

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO

NATHÁLIA SOARES CORRÊA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E
SEUS IMPACTOS NA QUALIDADE DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS: UM
OLHAR A PARTIR DA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO NO MUNICÍPIO DE
PELOTAS**

PORTO ALEGRE

2021

NATHÁLIA SOARES CORRÊA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E
SEUS IMPACTOS NA QUALIDADE DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS: UM
OLHAR A PARTIR DA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO NO MUNICÍPIO DE
PELOTAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de mestre em direito.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

Orientador: Professor Doutor Francisco José Borges Motta

PORTO ALEGRE

2021

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Soares Corrêa, Nathália

A judicialização do direito fundamental social à educação e seus impactos na qualidade das ações governamentais: um olhar a partir da política pública de educação no município de pelotas / Nathália Soares Corrêa. -- Porto Alegre 2021.

207 f.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges Motta.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Direito à Educação; Políticas Públicas; Ações Governamentais; Qualidade Educacional; Município de Pelotas. I. Borges Motta, Prof. Dr. Francisco José, orient. II. Título.

NATHÁLIA SOARES CORRÊA

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E SEUS IMPACTOS NA QUALIDADE DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS: UM OLHAR A PARTIR DA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO NO MUNICÍPIO DE PELOTAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de mestre em direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS)

Assinatura: _____

Prof. Dr. Handel Martins Dias

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes

Instituição: Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus maiores incentivadores,
Meus pais, Artur e Cecy

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, Artur e Cecy, pelo incentivo e por não medirem esforços para que mais esse objetivo fosse alcançado. Obrigada pelo amor incondicional e por acreditarem em mim, até mesmo quando eu duvidava. Eu amo muito vocês!

Ao meu orientador, Professor Doutor Francisco José Borges Motta, pela inspiração, pelo incentivo, pela gentileza em cada orientação e, principalmente, pela paciência, atenção e confiança durante toda esta jornada.

Aos amigos que conquistei ao longo desta caminhada acadêmica, que levarei para a vida, Cíntia Burille, Lucas Moreschi Paulo, Ana Luiza Liz dos Santos e Fernanda Coelho. Obrigada pelo apoio e por dividirem conhecimento, experiências, angústias e alegrias durante estes dois anos. A jornada, certamente, foi mais prazerosa com vocês ao meu lado.

À minha irmã de alma e amiga Elisa Farina Frainer, por compreender minhas ausências durante o período de desenvolvimento dessa pesquisa. Pela amizade incondicional e por estar ao meu lado, não me deixando esmorecer em momento algum.

À professora e amiga Luciane Albernaz de Araújo Freitas, pelo apoio e incentivo, sempre com as palavras certas, em todos os momentos durante o desenvolvimento dessa pesquisa.

À amiga Luísa Freitas e ao primo Filippe Lima, pelo apoio no decorrer dessa caminhada.

A todos os Professores do Mestrado, cuja generosidade em compartilhar conhecimento foi essencial para minha evolução.

À Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul pela acolhida e pela oportunidade.

“Educação não transforma o mundo.
Educação muda as pessoas.
Pessoas transformam o mundo”.

Paulo Freire

RESUMO

A concretização dos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional desafiam diariamente os modelos jurisdicionais contemporâneos. Ciente da importância que o tema possui, a presente investigação tem o fito de averiguar os reflexos decorrentes da judicialização do direito fundamental social à educação, especificamente quanto à qualidade das ações governamentais no contexto da política pública de educação no município de Pelotas/RS. Na pesquisa, parte-se da hipótese de que a excessiva judicialização para a concessão de vagas nas escolas municipais provoca diversos efeitos negativos tanto para aqueles que já estão inseridos no sistema, quanto para os que virão a ser inseridos através de demandas judiciais. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legislativa e documental, busca-se, no primeiro momento, traçar linhas teóricas gerais no que se entende por jurisdição constitucional e como ela é concretizada, motivo pelo qual um aprofundamento em no sistema democrático faz-se necessário. Logo após, adentra-se no objeto do presente estudo, qual seja, a implementação e operacionalização de política pública em âmbito municipal e a questão da judicialização, de modo que, no último ponto, se possa abordar a questão da qualidade das ações governamentais, sobretudo em decorrência da intensa judicialização de demandas envolvendo educação infantil no exemplo privilegiado do município de Pelotas/RS. Conclui-se que não se trata de negar a legitimidade das ações individuais pela concretização do direito à educação, mas de encontrar saídas que reconheçam a legitimidade do direito postulado em juízo, mas que não ponham em risco o bom funcionamento das ações governamentais realizadas nos municípios, adotando, com isso, uma postura responsável e efetivamente transformadora da realidade social.

Palavras-chave: Direito à educação; políticas públicas; ações governamentais; qualidade da educação; Município de Pelotas.

ABSTRACT

Concretizing social-fundamental rights of provision enforcement daily challenges contemporary jurisdictional models. In awareness of this important theme, this research aims to investigate the repercussion resulting from the judicialization of the social fundamental right to education, specifically concerning the quality of governmental actions in the context of education public policy in the city of Pelotas/RS. One starts from the hypothesis that excessive judicialization in granting places in municipal schools causes several negative effects for those already inside the system and also for those who will be included via judicial decisions. The method adopted was deductive hypothetical as well as the techniques of bibliographic, judicial precedents, legal, and documentary research. Firstly, one draws general theoretical lines on constitutional jurisdiction and how it is materialized. For that, a deepening in the democratic system is required. Afterward, one enters the object of this study, which is the implementation and operationalization of public policy in the municipal sphere, and also the judicialization question. As a final point, the quality of governmental actions is addressed, foremost due to the intense judicialization of the demands involving child education in the city of Pelotas/RS, as a privileged example. One concludes that is not about denying individual legal standing for the realization of one's right to education. Instead, to find alternatives that on one hand, acknowledge this legal standing, and on the other hand, do not endanger the proper functioning of government actions carried out in municipalities. Therefore, a responsible posture that effectively transforms social reality is necessary.

Keywords: Right to education; public policies; government actions; education quality; City of Pelotas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAQi – Custo Aluno Qualidade Inicial

CEB – Centro de Educação Brasileiro

CF – Constituição Federal

CME – Conselho Municipal de Educação

CNE – Conselho Nacional De Educação

CPC – Código De Processo Civil

DCNEI – Diretrizes Curriculares Nacionais Para A Educação Infantil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EI – Educação Infantil

FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica

FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

LBA – Legião Brasileira de Assistência

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

MOBRAL – Movimento Brasileiro de Alfabetização

PEJA – Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos

PME – Plano Municipal de Educação

PNE – Plano Nacional de Educação

STJ – Superior Tribunal de Justiça

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

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À EDUCAÇÃO	16
2.1	CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.1.1	Direitos fundamentais como núcleo do sistema normativo	28
2.1.2	Estatuto jurídico dos direitos fundamentais sociais	34
2.2	REVESES ENFRENTADOS PELOS DIREITOS SOCIAIS E AS CRÍTICAS À CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO	43
2.2.1	Mínimo existencial e reserva do possível: parâmetros à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais	47
2.2.2	A questão da legitimidade do Poder Judiciário para rever os atos da Administração Pública e o limite de sua discricionariedade	56
2.3	DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA	61
2.3.1	Direito à educação na Constituição Federal	63
2.3.2	Políticas públicas constitucionais para a efetividade do direito à educação	69
3	IMPLEMENTAÇÃO E OPERACIONALIZAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO EM ÂMBITO MUNICIPAL E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	74
3.1	POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM PROCESSO DINÂMICO	76
3.1.1	Participação social do indivíduo como importante marco no processo de decisão e implementação de políticas públicas educacionais	82
3.1.2	Equidade e igualdade: a importância na adoção de princípios compatíveis com objetivos e prioridades estratégicas na formulação de políticas educacionais	90
3.2	REALIDADE DOS MUNICÍPIOS	96
3.2.1	Responsabilidades, encargos e competências	97
3.2.2	Dimensão social e ética: será necessário repensar o papel da educação?	105
3.3	JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ENTRE A LITIGÂNCIA INDIVIDUAL E COLETIVA	108
3.3.1	Controle jurisdicional de políticas públicas e a (in)eficácia das demandas individuais	109

3.3.2 Pertinência da tutela coletiva através de processos estruturais: uma opção à concretização do direito à educação?	117
4 POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL NO MUNICÍPIO DE PELOTAS: A QUESTÃO DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NA QUALIDADE DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS	126
4.1 DIAGNÓSTICO DO CONTEXTO HISTÓRICO, CULTURAL E ECONÔMICO DO MUNICÍPIO DE PELOTAS	130
4.2 A GESTÃO DA POLÍTICA MUNICIPAL NO EXEMPLO PRIVILEGIADO DO MUNICÍPIO DE PELOTAS	137
4.2.1 Judicialização de vagas nas escolas municipais: principais razões	144
4.2.2 Contextualização do problema: o conteúdo material (substancial) das demandas judiciais	147
4.3 A (IN)EFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL E OS IMPACTOS SOBRE AS AÇÕES GOVERNAMENTAIS	156
4.4 A EXPANSÃO DO ACESSO E OS DESAFIOS NA QUALIDADE DA EDUCAÇÃO..	160
5 CONCLUSÃO	170
REFERÊNCIAS	184
ANEXOS	202

1 INTRODUÇÃO

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição no Estado Democrático de Direito – e decorrente abandono da concepção do texto constitucional representar meras normas programáticas – os direitos sociais passaram a integrar o catálogo e ser reconhecidos como direitos fundamentais. Neste contexto, parte-se da premissa que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil, em atenção aos anseios e expectativas da população, voltada, especialmente, para o respeito e consequente efetivação dos direitos fundamentais, em um ambiente plural e democrático. A vista disso, o Poder Judiciário passou a assumir uma nova posição no contexto contemporâneo, sendo convocado a exercer maior controle sobre os direitos e a fiscalizar sua implementação, ocasionando tensões entre ele e os demais poderes (Executivo e Legislativo) em virtude da judicialização e consequente deslocamento das funções de poder, frente as amplas necessidades sociais e os escassos recursos públicos. Dentre os direitos sociais que protagonizam esse conflito está, sem dúvidas, o direito à educação.

Ciente da importância que o tema possui, a inquietação desta pesquisa gira em torno dos impactos da judicialização da educação na efetivação das políticas públicas, notadamente em relação à qualidade educacional. Para tanto, usa-se como base o estudo de caso específico em relação ao município de Pelotas, de modo a ilustrar os desafios que a judicialização impõe à implementação de políticas públicas na área da educação naquele município.

Para esse fim, o presente trabalho se desenvolve em três capítulos, excetuados a introdução e conclusão. Utiliza-se, em sua configuração, o método hipotético-dedutivo, técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legislativa e documental para fundamentar os pontos abordados e construir o raciocínio atinente aos reflexos decorrentes da judicialização na qualidade das ações governamentais no contexto da política pública de educação no município de Pelotas. Na pesquisa, parte-se da hipótese que a excessiva judicialização para a concessão de vagas nas escolas municipais provoca diversos efeitos negativos tanto para aqueles que já estão inseridos no sistema, quanto para os que virão a ser inseridos através de demandas judiciais.

No capítulo inicial, tem-se como ponto de partida a Constituição Federal de 1988 e o constitucionalismo. Primeiramente, examina-se o constitucionalismo contemporâneo— adentrando assim no núcleo dos direitos fundamentais, – de modo a ocasionar um aprofundamento da discussão para que se possa compreender o caminho percorrido até a atual

concepção de justiça constitucional e como está sendo executado, em especial, a concretização e conseqüente efetivação dos direitos sociais, com especial atenção ao direito à educação.

Logo após, será objeto de investigação os reveses enfrentados pelos direitos sociais, destacando-se os problemas práticos e teóricos decorrentes da falta de compreensão adequada dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à efetivação dos direitos de caráter prestacional. Deste modo, pontuando as discordâncias doutrinárias acerca da justiciabilidade desses direitos e os limites na atuação do Poder Judiciário para rever os atos da administração pública e fornecer uma resposta satisfatória quando aos conflitos, especialmente quando impõem obrigações de fazer ao ente público.

É a partir disso que, no capítulo seguinte, busca-se analisar o emaranhado dinâmico de operacionalização e implementação de políticas públicas educacionais, especificamente em âmbito municipal, com intuito de demonstrar a importância de boas práticas no decorrer desse processo, em contraponto ao fenômeno de judicialização, considerando-se as razões constitucionais, jurisdicionais e institucionais de sua disseminação nas últimas décadas e, com base nisso, evidenciar o perfil de litígio estabelecido nos tribunais.

Destaca-se, assim, a complexidade das instituições educacionais, nas quais as interações e ações dos sujeitos que lá atuam influenciam o processo de implementação e ajudam a desvendar as dinâmicas que ali são construídas. Tais elementos, em maior ou menor grau, induzem novas estratégias e contribuem para que o cotidiano das escolas e dos atores a essas vinculados fosse modificado, alterando a dinâmica desses espaços e, conseqüentemente, o processo de implementação dessas políticas. Além disso, a condução da política educacional é um processo permeado de conflitos e envolve sempre administrar carências, não adiantando, portanto, continuar construindo escolas para que elas sigam sendo “depósitos” de criança e adolescentes se não houver esforços para resolver o problema da qualidade das vagas já existentes.

Vale ressaltar que para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, a solução dos conflitos mediante um “devido processo legal” deve ser efetiva e não apenas formal. Para tanto, devem ser equacionadas as modificações sociais, econômicas, políticas e culturais existentes. Em verdade, a necessidade de processos supraindividuais não é nova, pois há muito ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. Nessa linha de raciocínio, constata-se, na prática atual, que o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado de forma irresponsável pelos tribunais brasileiros. Irresponsabilidade não porque os

juízes que atuam nesses processos ajam de modo totalmente incorreto, mas sim porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados.

Acredita-se que a redução de um conflito multipolar envolvendo políticas públicas, por exemplo, a um modelo bipolar de processo, obscurece o real problema que o litígio encerra, ou seja, o modo como os recursos públicos como um todo devem ser alocados. E mais, além de obscurecer o problema maior, condiciona a distribuição de recursos públicos à existência de pretensões levadas individualmente a juízo, ao invés de facilitar a referida alocação de recursos, acabando por privilegiar aqueles possuem maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses.

Por derradeiro, no último capítulo objetiva-se, a partir de dados empíricos e da análise de decisões judiciais, demonstrar a realidade do município de Pelotas e quais os impactos relacionados à concessão de vagas nas escolas municipais pela via do sistema de justiça – especificamente quanto ao ensino público gratuito fornecido pelo município na fase da educação infantil, tendo por base a preocupação com a efetividade da política pública municipal e a qualidade educacional.

Tem-se, como ponto de partida, uma avaliação global da gestão da educação no município, destacando questões atinentes a gestão da política municipal e as principais razões da judicialização envolvendo o acesso à educação infantil nas escolas do município. A proposta, inicialmente, seria trazer levantamentos estatísticos e avaliá-los de forma a definir, proporcionalmente, qual a influência das decisões do Poder Judiciário na execução da política pública e que espaço teria o administrador municipal para a realização de sua função constitucional. Todavia, a realidade evidenciou a ausência de dados adequadamente compilados que permitissem uma avaliação desta natureza, motivo pelo qual as informações servirão de argumento para justificar ou não algumas das premissas teóricas até então trabalhadas. De modo a não atentar com o objetivo precípuo dessa investigação, impôs-se uma análise dos argumentos que são comumente utilizados nos acórdãos judiciais sobre educação infantil no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS oriundos da Comarca de Pelotas para que fosse possível, então, refletir sobre as características destas decisões em face de todo o contexto até então explorado, de modo que, foi analisado criticamente o conteúdo discursivo e procedimental em atenção às bases teóricas construídas.

Após, o estudo passa a abordar as várias distorções proporcionadas pela intervenção judicial na política pública, como argumento, por assim dizer, contra majoritária, à legitimidade das decisões judiciais que se multiplicam na concretização do direito fundamental. Importa referir que não se pretende negar a legitimidade à judicialização da política, mas apenas trazer

à discussão elementos concretos que não podem ser ignorados ou desprezados para a formatação de uma decisão judicial justa e democrática que reconheça – ao mesmo tempo – a legitimidade do direito postulado em juízo mas que não ponha em risco o bom funcionamento das ações governamentais realizadas nos municípios, adotando, com isso, uma postura responsável e efetivamente transformadora da realidade social.

Ao final, analisa-se os impactos oriundos da expansão do acesso e os consequentes desafios na qualidade da educação. Percebe-se que os aspectos ligados a qualidade educacional apontam para uma diversidade conceitual e argumentativa apresentados para examinar a questão da judicialização, tanto sob a perspectiva do Direito, como da Educação, de modo a ressaltar a sua complexidade no contexto inserido.

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil em reflexo aos anseios e expectativas das camadas mais diversas da população, e voltada, especialmente, para o respeito aos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, em um ambiente plural e democrático. Estruturada de uma forma compreensiva e inclusiva, ela amalgamou valores do Estado Liberal e do Estado Social, buscando, com isso, criar mecanismos capazes de realizar um ideal de sociedade plural, justa e igualitária (OLSEN, 2012).

Nesse contexto, pode-se dizer que uma das inovações mais marcantes oriundas do texto constitucional de 1988 foi o enquadramento dos direitos fundamentais sociais como autênticos direitos fundamentais. Com isso, pode-se dizer que o constituinte buscou evidenciar a desigualdade econômica que marcava – e marca – a sociedade brasileira, de forma a atribuir direitos que contemplassem todos os cidadãos, garantindo-lhes condições dignas de sobrevivência e participação nos processos democráticos (OLSEN, 2012).

Em vista disso, a partir da inexorável necessidade de preservação e concretização dos direitos fundamentais, mais especificamente dos direitos fundamentais sociais, previstos no artigo 6º da Constituição da República, busca-se, no presente capítulo, traçar linhas teóricas gerais tendo como ponto de partida desta análise a Constituição e o constitucionalismo, de forma que, primeiramente, é objeto de análise o constitucionalismo liberal, indo ao encontro do constitucionalismo contemporâneo e, após, ao advento do Estado Democrático de Direito, adentrando, assim, no núcleo dos direitos fundamentais, de modo a ocasionar um aprofundamento da discussão.

A essência está, portanto, no que se entende por jurisdição constitucional e como ela é concretizada, motivo pelo qual um aprofundamento no sistema democrático será necessário para, então, compreender-se como chegamos à atual concepção de justiça constitucional e como se executa, em especial, a concretização e conseqüente efetivação dos direitos fundamentais sociais, neste caso, do direito fundamental social à educação.

2.1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo, levando em consideração suas características iniciais, é a concretização de um desejo da sociedade em delimitar a atuação do governante, garantindo os direitos fundamentais a todos e designando direitos e limites à atuação estatal. Por outro lado, o constitucionalismo é também a necessidade de consolidar regras em um único instrumento, que deve servir como norte para os demais.

Segundo Canotilho (2003, p. 51), em uma visão política, o constitucionalismo é uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Dessa forma, o autor informa, ainda, que o constitucionalismo é, na verdade, uma teoria normativa política. Além disso, em sua obra *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, o mesmo autor ainda assevera que, antes de tudo, deve-se decidir se a Constituição é apenas um estatuto organizatório, como simples instrumento de um governo, ou se deve conceber um plano normativo global, que cuida do Estado, mas também da sociedade, das normas e programas a serem seguidos (CANOTILHO, 1982).

Entender o que é, para que serve, onde e como o constitucionalismo se desenvolveu é primordial para a compreensão do tema deste trabalho. Logo, nas próximas linhas será abordado, de maneira sucinta, o desenvolvimento do constitucionalismo, desde a Antiguidade até os dias atuais e a questão da centralidade dos direitos fundamentais no presente contexto.

A notável obra de Rui Barbosa¹ (2010 [1919], p. 57) *A questão social e política no Brasil* ensina que

¹ Rui Barbosa viveu durante todo o período da segunda metade do século XIX e as duas primeiras décadas do século XX, tendo exercido uma grande influência na história brasileira. Ele se envolveu em diversas discussões como parlamentar, como jurista e como jornalista, tendo opinado e se posicionado sobre os problemas que a sociedade brasileira enfrentava. Entretanto, faz-se necessário considerar as transformações pelas quais essa sociedade estava passando, relacionando o que ocorria no Brasil com o que estava acontecendo no mundo. Em seus discursos, apontava as transformações e os problemas que a sociedade brasileira estava enfrentando, como a corrupção na política, o descaso dos governantes para com o povo, as péssimas condições de vida e trabalho da classe operária. Citou, também, em um deles, a educação, que, no seu entendimento, teria que sofrer modificações para se adequar às novas necessidades do país. No discurso sobre a “questão social e política”, ele apontou algumas soluções para a melhoria das condições de trabalho e de vida dos operários à medida que se acelerasse o processo de modernização iniciado nas últimas décadas do Império. Nos anos subsequentes, tais discussões se intensificaram no país, culminando na criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (1930) e na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1946. As questões políticas e sociais levantadas por Rui Barbosa durante a sua campanha presidencial permitem que possamos compreender as transformações desencadeadas com o desenvolvimento industrial, no início do século XX, assim como as propostas de solução apresentadas. Considera-se que o pensamento de determinado autor, bem como as questões por ele apresentadas acerca da regulamentação do trabalho do operário brasileiro e da educação, não podem ser tratadas isoladamente do contexto social que os engendra. Logo, as posições de Rui Barbosa não devem ser consideradas – apenas –

as Constituições são consequências da irresistível evolução econômica do mundo e por isso não podem continuar a ser utilizadas como instrumentos, com que se privem dos seus direitos aqueles mesmos, que elas eram destinadas a proteger, e que mais lhes necessitam da proteção. As nossas Constituições têm por normas as declarações de direitos consagradas no século dezoito. Suas fórmulas já não correspondem exatamente à consciência jurídica do universo. A inflexibilidade individualista dessas Cartas, imortais, mas não imutáveis, alguma coisa tem de ceder (quando lhes passa já pelo quadrante o sol do seu terceiro século) ao sopro de socialização, que agita o mundo.

Por esse motivo, na acepção atual pode-se dizer que Constituição e constitucionalismo são conceitos historicamente recentes. Como se sabe, o Estado moderno surge ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e associado ao absolutismo do poder real. A autoridade do monarca, tanto em face da Igreja quanto perante os senhores feudais, passa a fundar-se no direito divino e no conceito de soberania que então se delineava, elemento decisivo para a formação dos Estados nacionais (BARROSO, 2018).

Lenio Streck (2013) aduz que o constitucionalismo pode ser visto, em seu nascedouro, como uma aspiração de uma Constituição escrita, como modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, como oposição à tradição do medieval, onde era predominante o modo de dominação carismática, e ao poder absolutista do rei.

José Afonso da Silva (2014) pontua que, não raro, fala-se em constitucionalismo da Antiguidade e constitucionalismo medieval, mas essas expressões constituem abuso de um conceito que é moderno e preciso. Portanto, por “constitucionalismo” só se deve entender o movimento político, filosófico, cultural, voltado para a conquista de documentos constitucionais em que se fixam princípios liberais-democráticos, visto que o constitucionalismo nasceu como meio de limitar a ação do poder e garantir a vigência dos direitos da pessoa humana, por meio de uma constituição escrita. O modo de ser do Estado, assim, ficava caracterizado racionalmente pelas formas que lhe desse uma constituição escrita como lei suprema.

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 47) apregoa que:

O movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.

fruto de sua genialidade, mas sua obra e suas ideias devem ser entendidas como resultado de sua posição de luta ante as transformações que marcaram a sociedade brasileira no processo de industrialização do país (BARROS; MACHADO, 2006).

Para Barroso (2018), as Constituições possuem vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização, por sua vez, retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Todas as Cartas Políticas preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades.

Releva anotar, segundo Lenio Streck (2013), que em relação à Constituição escrita podem ser acrescentadas outras características, quais sejam, a legitimidade e a função. Quanto à legitimidade, a Constituição escrita se sustenta em dois elementos: o conteúdo mesmo de seu texto e o fato de emanar da vontade do povo. Ou seja, o moderno constitucionalismo está ligado, por um lado, aos princípios jusnaturalistas com sua obra de racionalização do direito vigente e, por outro, à “revolução democrática” da segunda metade do século XVIII, que, culminando o processo de secularização, não se fundamenta mais, como no medievo, no direito divino do rei nem na tradição, mas sim, no consenso racional dos cidadãos, donde se depreende a importância das teorias contratualistas e da metáfora do “contrato social”, aparecendo, portanto, a Constituição como a explicitação desse “contrato”.

A segunda característica se refere à função, isto é, quer-se uma Constituição escrita não somente para impedir um governo autoritário e instaurar em seu lugar um governo limitado, mas, também, garantir os direitos dos cidadãos, impedindo que o Estado os viole (STRECK, 2013).

Fernando Atria (2005) assevera que, no limiar do século XVIII, a burguesia começou a demandar de modo cada vez mais categórico o reconhecimento de certos bens que para ela eram importantes. A burguesia havia crescido dentro, e junto, do Estado-nação, que, quase por definição, governava uma sociedade dividida em classes, colocando-se acima e além delas. Mesmo quando a burguesia já havia se estabelecido como classe dominante, delegara ao Estado todas as decisões políticas. Só quando ficou patente que o Estado-nação não se prestava como estrutura para maior crescimento da economia capitalista, a luta latente entre o Estado e a burguesia se transformou em luta aberta pelo poder (ARENDRT, 2013).

Neste sentido, houve a necessidade e até mesmo exigência de que certos direitos fossem reconhecidos, direitos estes que assegurariam à burguesia fundamentalmente proteção frente à arbitrariedade do político. Pode-se dizer que o reconhecimento desses direitos foi paulatino, mas apenas ao final do século XVIII a luta ideológica para estabelecê-los foi ganha, ou seja, foi

a partir desse período que houve o reconhecimento dos chamados direitos civis e políticos e que se estruturou o conceito de Estado de Direito (ATRIA, 2005).

Neste ponto, torna-se importante o destaque de duas notas centrais do Estado de Direito, quais sejam, do princípio da distribuição, conforme o qual a liberdade dos indivíduos é anterior ao Estado, e, portanto, em princípio ilimitada, enquanto a faculdade do Estado para invadi-la é, em princípio, limitada; e o princípio de organização, conforme o qual o poder do Estado é desmembrado em diversos órgãos, de forma que se explicam e justificam pela necessidade de criar estruturas institucionais que garantam o gozo dos direitos, ditos “naturais”, dos indivíduos (ATRIA, 2005).

Portanto, os direitos desta — que depois foi chamada de “primeira geração” — “irromperam historicamente da mão da revolucionária ideia de que o político era uma associação não-natural, vale dizer, uma associação constituída de humanos de modo artificial”. A partir daí, reconheceu-se que os direitos eram aquilo que os indivíduos detinham antes da constituição do Estado, e, desta forma, justificava-se a ideia de constituir a comunidade política. Logo, os direitos eram, por consequência, naturais, no sentido de que eram ontologicamente prévios à existência da comunidade política, de forma que, o respeito a esses direitos converteu-se no fundamento da autoridade dos novos sistemas políticos modernos (ATRIA, 2005, p. 10-11, grifo nosso).

Importante frisar que desde o surgimento do Estado Liberal, na segunda metade do século XVIII, o mundo viveu algumas ondas de constitucionalização, com a elaboração de constituições por diferentes Estados, dentro de determinado período e circunstâncias históricas. Embora as primeiras constituições ainda respondessem ao esquema do princípio monárquico, com o passar dos séculos e com características sendo incorporadas, houve uma “revolução” no papel constitucionalista.

Vale destacar que o Estado Liberal era um Estado comprometido exclusivamente com uma ideologia liberal, onde nele, em princípio, não existia conflito ideológico entre classes, pois havia uma classe hegemônica que dominava o universo político-jurídico. Portanto, o Estado Liberal pode ser entendido como um Estado em que havia certo distanciamento entre o poder e a sociedade, onde vigorava apenas uma garantia formal de direitos de igualdade, não havendo uma normatividade endereçada a fomentar ações estatais positivas (PORTO, 2006).

Para Fernando Atria, na visão liberal, são os direitos individuais que constituem o núcleo duro de legitimidade:

O Estado é utilizado como um instrumento para fazer cumprir as obrigações que os indivíduos tinham em relação aos outros, inclusive no estado de natureza, e que correspondiam a esses direitos naturais. As obrigações dos demais (incluindo o Estado) e os direitos do agente são correlativos, mas a prioridade normativa corresponde aos direitos (ATRIA, 2005, p. 11-12).

Neste ínterim, pode-se aferir que — no paradigma liberal — a Constituição formal demonstrava-se divorciada da relação sociedade e Estado, e desta forma é inegável admitir que a crise do liberalismo se instalou, sobretudo, em decorrência da inefetividade do texto constitucional em relação à realidade concreta que lhe cabia regular. Neste sentido, assevera Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 69):

No limiar da crise do Estado Liberal, que se externava por golpes de Estado, totalitarismos de direita, e o crescente conflito entre as classes sociais, enfim, pelo abismo que se cavava entre as promessas do idealismo constitucional e os efeitos do formalismo constitucional, tem início uma grave e profunda instabilidade da Constituição e, por conseguinte, do Direito de um modo geral, pois impossível separar direito constitucional e infraconstitucional em categorias diversas e estanques, visto que os princípios constitucionais devem conectar e filtrar todo o sistema.

É sabido que, ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundiram e se consolidaram na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental tornou-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado Social. Dele já não se esperava apenas que se abstinhasse de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, tornava-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população. Como natural e previsível, o Estado Social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado. De fato, com ele se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos (BARROSO, 2018).

Nessa perspectiva, Leonardo Medeiros Junior (2018, p. 15) complementa:

A mudança do Estado Liberal para o Estado Social traçou uma nova compreensão do Estado constitucional, em que o século XX se mostrou marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes. [...] Essa fase social atribuiu ao Estado o chamado constitucionalismo social, com a consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição — e do papel que deve desempenhar — percorreu um longo e acidentado caminho. O individualismo e o

abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social (SILVA, 2014).

O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social (BARROSO, 2018).

Para Lenio Streck (2013, p. 109), o constitucionalismo consolidado pela tradição jurídica

[...] finca raízes no mundo contemporâneo a partir da nossa Constituição como estatuidora de limitações explícitas ao governo nacional e aos Estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), aparecendo o Judiciário como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do *judicial review*. Mais do que isso, é importante salientar que o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que posteriormente lhe serviu de suporte ideológico, identificando ordenamento jurídico e Estado, ofereceram esses dispositivos formais, consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno.

Com a proposta do constitucionalismo contemporâneo — também chamado de neoconstitucionalismo² — pretendeu-se instrumentalizar a força normativa do direito, no

² O neoconstitucionalismo é uma linha de pensamento formulada nos ambientes acadêmicos da Espanha e da Itália, incorporada aos debates brasileiros a partir da grande difusão da chamada “trilogia neoconstitucional”, isto é, três coletâneas de artigos editadas pelo jurista mexicano Miguel Carbonell (2009). Daniel Sarmento (2009) assevera que não é tarefa simples definir o neoconstitucionalismo, justamente porque a base teórica que o enseja é heterogênea, de forma que se trata de diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, as quais só podem ser agregadas em uma mesma linha por terem alguns denominadores comuns; por efeito, há um comprometimento na precisão do conceito. Ao se defrontar com a necessidade de definição, Miguel Carbonell (2009) abriu, a fim de análise, o neoconstitucionalismo em três planos: textos constitucionais, práticas judiciais e teorias constitucionais; porquanto se introduziram elementos substancialistas nas Cartas Magnas, os operadores do direito se socorrem cada vez mais de abordagens principialistas e metodologia mais aberta, principalmente a partir da ponderação, e os teóricos formulam modelos constitucionais em busca da compreensão dos fenômenos evolutivos do direito, como também são participantes de sua própria criação. Logo, enfatiza que o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de constituições que não se limitam em estabelecer somente competências e separar os poderes públicos, mas que contém altos níveis de normas materiais que condicionam a atuação do Estado, determinando certos fins e objetivos. Essas constituições possuem um amplo catálogo de direitos fundamentais, que deveriam determinar a relação entre o Estado e os cidadãos. Daniel Sarmento (2009), por sua vez, na busca por uma definição, parte de um conjunto de fenômenos evolutivos do Estado constitucional e depois tece considerações sobre elementos compartilhados e consensualizados pelos neoconstitucionalistas de uma teoria do direito que dotasse esses fenômenos de sistematicidade. Em resumo, os fenômenos distintos e reciprocamente implicados que representariam o novo paradigma seriam: reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e adoção de metodologia mais aberta; constitucionalização do Direito; reaproximação entre o Direito e a Moral; e judicialização da política e das relações sociais.

sentido de tornar justas as relações sociais. O Estado Social ganhou espaço no período do pós-guerra e com o advento dos direitos humanos de segunda dimensão, que exigiram do Estado prestações positivas no sentido de concretização e efetivação de direitos sociais, como educação, saúde etc. (PORTO, 2006).

Muito embora não exista na doutrina unanimidade quanto à extensão desse conceito, diz-se que o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo surge como uma forma de reconciliar a hermenêutica constitucional, visando a indicar não somente o que o direito é, mas como deveria ser, trazendo no campo filosófico-jurídico a contraposição em relação ao juspositivismo e ao jusnaturalismo com a ideia de que o direito não se dissocia, necessariamente, da moral (MIGLIAVACCA, 2013).

Neste sentido, a doutrina passa a discutir o neoconstitucionalismo, uma nova perspectiva para o constitucionalismo, de forma que a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos (BARCELLOS, 2007).

Essa eficácia do texto constitucional é o maior dilema enfrentado pelo neoconstitucionalismo, que tem o dever de manter o Estado Democrático de Direito, proteger os direitos individuais e limitar o poder estatal, bases de qualquer movimento constitucional, mas, agora, aliando razão, direito e moral, visando transformar a Constituição em um instrumento norteador do sistema jurídico, mas evitando a prolixidade e almejando a efetividade das normas nela contida.

Deste modo, com as Constituições democráticas do século XX, o aspecto da Constituição como norma diretiva fundamental assume papel de destaque, aspecto este que coloca o texto constitucional em posição de dirigente de poderes públicos e possibilita o condicionamento a particulares, assegurando a realização de direitos fundamentais sociais. Portanto, a nova concepção de constitucionalismo une a ideia de Constituição como norma fundamental à noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental. Além disso, o caráter inovador assumido pelo constitucionalismo contemporâneo tem influenciado poderosamente em determinados aspectos implícitos na constitucionalização do direito (STRECK, 2013).

Posteriormente, os paradigmas instituídos pelo Estado Democrático de Direito ocasionaram uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pela Constituição. Atualmente não é mais possível que se fale em normas programáticas, pois o texto constitucional possui determinação de agir, suas normas possuem eficácia e, mais ainda, este paradigma instituído liga-se à função transformadora que o direito assume, da ideia de direito

como transformador e como ordenador, não mais podendo referir-se ao direito apenas como mero instrumento de parametricidade formal (STRECK, 2013).

No entendimento de Paulo Rui da Fontoura Porto (2006, p. 72):

Se o Estado Social é uma evolução do Estado Liberal, o Estado Democrático de Direito é também uma evolução em relação ao Estado Social, pois se alicerça no princípio democrático, constitucionalmente consagrado, e que existencializa mais do que um método ou técnica de os governados escolherem os governantes, pois, como princípio normativo considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a torna-se impulso dirigente de uma sociedade. [...] No Estado Democrático de Direito, o Direito serve a propósitos de transformação positiva da sociedade civil, na direção de uma maior igualdade de oportunidades e de realizações individuais e coletivas.

Neste sentido, com o advento do Estado Democrático de Direito, vem implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação. Acerca disso, pontua Francisco José Borges Motta (2012, p. 28):

Esse câmbio de modelo de Estado deve(ria) refletir na alteração do perfil de atuação da agência judiciária, que passa a ter de se entender com conflitos (notadamente, os de perfil social) que até então não pertenciam ao seu cotidiano. E deve(ria) fazê-lo a partir de uma compreensão do sentido da Constituição, caso queira fazer jus à sua cimeira condição de topo normativo e interpretativo.

Na concepção de Lenio Streck (2013), o Estado Democrático de Direito é considerado um novo paradigma, pois pode-se dizer que foi engendrada uma nova legitimidade no campo do direito constitucional, na qual o direito assume um papel modificador de realidades fáticas e de transformação, até mesmo em relação à crise do Estado Social, de modo que pela escassez das políticas públicas, colocava-se em risco a realização dos direitos fundamentais e sociais.

Ainda, esclarece o mesmo autor que, o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do Direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios — produzidos democraticamente — introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (facticidade) até então negado pelo positivismo (STRECK, 2013).

Mais ainda, é preciso ter claro que o Estado Democrático de Direito se liga inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume. Da ideia de Direito como ordenação e até mesmo de promoção, sendo possível que se diga que exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição, enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal. A partir desse momento, parece não restar dúvidas de que houve uma

alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui a ação do Estado (STRECK, 2013).

Na linha do que foi exposto, o Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou liberal, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se social após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais (BARROSO, 2018).

O Estado contemporâneo tem o seu perfil redefinido pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda de densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização. Mas não há qualquer sintoma de que esteja em processo de extinção ou de que a ele será reservado um papel secundário. O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção diante da atuação abusiva dos particulares (BARROSO, 2018).

Luiz Roberto Barroso (2018) aduz que a constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo — centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação —, tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele tem-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam.

Além disso, a rapidez com que se alteram os cenários político e econômico, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel do Direito e das instituições jurídicas no corpo social. E mais, a profunda crise de paradigmas que atravessa o Direito, a partir de uma dogmática jurídica refém

do positivismo jurídico cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, acabam guardando um traço comum, qual seja, o arraigamento ao esquema sujeito-objeto (STRECK, 2013).

Nesta ótica, Lenio Streck (2013) pontua que, em tempos de enfrentamento entre constitucionalismo contemporâneo e positivismo³ em suas várias correntes e tudo o que isso

³ Cabe salientar que o positivismo jurídico surge com vistas a buscar a objetividade do sistema, para tanto, equipara o direito à lei, de modo que este direito passa a ser produção da vontade humana, a partir de sua criação pelo Estado, através da lei. Esse pensamento teve o condão de embasar a superação do jusnaturalismo, a separação do Direito do divino e a limitação do poder soberano pela lei, bem como afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades — como a caça às bruxas, a perseguição aos cientistas etc. — eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não) (LACERDA, 2009). O positivismo jurídico — modernamente — é centrado nas ideias de Augusto Comte, além disso, tem em Hans Kelsen e, posteriormente, em Herbert Hart, seu apogeu (BOBBIO, 2004). Comte é considerado por alguns — como Lacerda (2009) — o fundador do positivismo, pois abandona a busca de causas religiosas para centrar seu pensamento na busca empírica nos próprios fenômenos observáveis, propondo a separação entre Igreja e Estado. Logo, o ponto central é a tentativa de separar a religião de aspectos racionais. Hans Kelsen, por sua vez, coroa o positivismo iniciado por Comte com sua Teoria Pura do Direito. Para o autor, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do direito, para Kelsen (1994), devem ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas — como hábitos e costumes — além de valores disseminados socialmente. Logo, o estudo do Direito deveria ser desprovido de valores, e a moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico. Importante ressaltar que ele não ignorou a carga valorativa que informa o fato jurídico, mas simplesmente ressaltou a necessidade de o fenômeno jurídico ser analisado como tal; independentemente de outras áreas de conhecimento. É de grande importância a posição dos valores na concepção de Direito em Kelsen. Para ele, a norma superior sustenta a validade das normas inferiores, mas até onde? Esta cadeia de validade precisa encontrar o elemento de validade em uma última norma superior (KELSEN, 1994). Então, o fundamento de validade de todo o sistema se baseia na norma fundamental, que se mostra como o fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta na qual todo conteúdo pode ser inserido no Direito; não se confunde com a Constituição, que é o conteúdo estático desta norma. A norma fundamental, pressuposta e dinâmica, insere-se no sentido lógico-jurídico de Constituição, enquanto a Constituição vigente, em sentido jurídico-positivo. Assim, a justiça estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do Direito aferir tão somente a validade formal da norma, e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo o sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo (KELSEN, 1994). A positividade de uma norma que fosse identificada como válida seria a forma de aferição do conteúdo material do Direito — a verificação da validade da norma ocorre por meio de sua compatibilidade com a Constituição. Se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como reto e justo (KELSEN, 2000). Em sua ótica, o conteúdo valorativo de uma norma era dado pelo legislador, não cabendo ao hermenêuta a identificação do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta. O ordenamento jurídico, para ele, não contemplava uma aplicação valorativa da norma, ou qualquer pauta de correção. A questão se limitava ao aspecto de validade da lei, e não de seu conteúdo. Se fosse válida, deveria ser aplicada conforme o legislador a concebeu. Alfonso García Figuerola (2009, p. 224, tradução nossa) destaca que, para Kelsen, “o direito pode ter ‘qualquer conteúdo’”, uma vez que a aferição de legitimidade tem um caráter formal. Herbert Hart (1996) contribui com o positivismo jurídico no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma — ponto central do positivismo. Em seu pensamento, que ganhou a análise e crítica de Dworkin (2010), informa que a validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Outra inovação do autor é considerar duas espécies de regras: as primárias, de obrigação, que dizem respeito ao que as pessoas devem ou não fazer, como formas de controle social; e as secundárias, em que se inclui a regra de reconhecimento, as quais asseguram que as regras primárias possam ser criadas — se uma norma é válida, significa que ela satisfaz aos critérios da regra de reconhecimento; categorias complexas não previstas por seus antecessores. Mas continua a entender o Direito distante das questões valorativas ou morais. Após a sua morte, Joseph Raz, seu discípulo, passa a ser o maior expoente vivo do positivismo jurídico. Carl Schmitt (1961) também advogou contra a admissão da moral na concreção do Direito. Na obra *A Tirania dos Valores* (1961), o autor defende a ideia de que não é possível ordenar o Direito e a política pelos valores, uma vez que estes têm uma forte expressão subjetiva. Critica o crescimento da importância de valores excludentes e de flutuação livre nos contextos jurídico, político e ideológico. Em suma, a questão central para o positivismo gira em torno da segurança jurídica, enquanto o ponto relativo à justiça da aplicação de uma norma restringe-se ao aspecto de sua validade, sob o prisma formal (Kelsen, Joseph Raz, Hart —

representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo⁴: como se

em sua visão anterior). O aplicador do Direito não realiza a verificação se os efeitos, quando da concreção, são bons ou ruins, justos ou injustos, há somente a aferição de sua validade; o sistema não adota uma pretensão de correção. Portanto, os aspectos morais são extrínsecos ao Direito. O positivismo, nas palavras de Dworkin (2010, p. 27-28), pode ser resumido em três preceitos-chave: (a) creditar o Direito como “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”, regras essas que são aferidas quanto a sua validade (*pedigree*); (b) caso não se encontre uma solução dentro do Direito (conjunto de regras) para um determinado fato, o aplicador da norma deve ir “além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra jurídica já existente”; e (c) dizer que “alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. [...] Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica”. O positivismo jurídico é então entendido como ciência da legislação positiva, que “pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 33, tradução nossa).

⁴ A crise do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões, pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado, e pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista. O positivismo jurídico tradicional passa a não ser capaz “de explicar adequadamente a realidade do direito” (FIGUEROA, 2009, p. 228-229, tradução nossa). Autores como Robert Alexy (2008), Ronald Dworkin (2010), Gustavo Zagrebelsky (2007), García Figuerola (2009) e, entre os nacionais, Paulo Bonavides (2009), Luís Roberto Barroso (2007), André Rufino do Vale (2009), Humberto Ávila (2009), entre muitos outros, entendem o Direito segundo essa nova perspectiva. Apesar de não serem linearmente coincidentes seus pensamentos, pode ser identificada uma série de características comuns em suas ideias. Segundo André Rufino do Vale (2009, p. 47), há um ponto de convergência entre os autores citados, eles “relativizam a separação entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas”. É sabido que uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas. O pós-positivismo tenta firmar bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente. Dworkin (2010) foi o primeiro autor da Teoria do Direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. É o próprio autor que, ao iniciar o capítulo sobre a diferenciação entre regras e princípios, demonstra de pronto sua posição antipositivista ao afirmar: “quero lançar um ataque geral contra o positivismo” (DWORKIN, 2010, p. 35). Um pouco mais tarde, do outro lado do globo, na Alemanha, Robert Alexy formula sua teoria dos direitos fundamentais, em 1979, também em uma visão não positivista. Na Itália, Zagrebelsky (2007) toma a mesma postura. Para Barroso (2007, p. 22), o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”. Da mesma forma, para André Rufino do Vale (2009) e para Manuel Atienza (2004), o neoconstitucionalismo combina aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico em uma só corrente. É, pois, uma posição eclética que tenta conciliar as duas correntes antagônicas anteriores. Sobre a confluência das duas correntes anteriores, André Rufino do Vale (2009, p. 33) chega a duas conclusões: 1) a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo ou do jusnaturalismo, tampouco do realismo jurídico; e 2) aspectos diferentes de cada uma das teorias são imprescindíveis para poder compreender as normas jusfundamentais no fenômeno constitucional contemporâneo. Assim, conclui o autor que “a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria ao mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas”. Antônio Cavalcanti Maia (2009) aduz que o pensamento jurídico contemporâneo está além da querela entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Assim, o foco central da filosofia do direito não é mais a verificação de qual das teorias passadas deve prevalecer. O que se busca atualmente são as bases de uma nova teoria: o pós-positivismo. As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como: i) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; ii) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; iii) a Constituição passa a ser o lócus principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.

interpreta, como se aplica e como é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do Direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil.

Neste ínterim, o modelo jurídico de cunho marcadamente conservador — no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos, ineficaz a mecanismos de tutela e controle jurisdicional no que diz respeito aos atos da Administração Pública e de seus agentes, sobretudo no âmbito do delineamento e da efetivação das políticas públicas — vem sendo paulatinamente superado por um (novo) modelo de Estado inclusivo, marcadamente social, que assume obrigações onerosas (de efetiva intervenção) perante os cidadãos e que, ao buscar efetivá-las, dialoga com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais, consertando-os.

Admite-se, neste contexto, a existência de um *continuum* entre uns e outros direitos, inclusive entre direitos civis, políticos e sociais, sem que nem as obrigações que eles contêm nem o caráter da sua formulação possa convertê-los em direitos de livre configuração legislativa, tampouco em direitos cuja efetividade fica adstrita à esfera discricionária do gestor público (SCHWARZ, 2016).

Salienta-se, portanto, que o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais, mais especificamente aqui, os de natureza social-prestacional, está em constante e permanente evolução, alcançando ápice com seu reconhecimento nas Constituições, trazendo relevo ao estudo do constitucionalismo como tentativa jurídica de oferecer limites para o poder político, que se dá por meio das Constituições (TASSINARI, 2013).

Assim, pode-se concluir que não bastaria previsão de direitos, mas também previsões de efetivação desses direitos. Em outros termos, um Estado que prevê não é um Estado que provê. Indo ao encontro dessa preocupação com a efetividade constitucional, surgem várias linhas de raciocínio, delineadas a seguir.

2.1.1 Direitos fundamentais como núcleo do sistema normativo

Atualmente, falar-se em direitos fundamentais implica fazer referência a um regime específico de aplicação de normas constitucionais, sujeito ao princípio da aplicabilidade imediata. Por certo, não se pode olvidar que de fato existem algumas normas de Direito fundamental que carecem de concretização legislativa, o que, entretanto, implica na necessária vinculação do legislador, e não lhe retira a influência irradiadora de todo sistema jurídico

(OLSEN, 2012). Esta última questão será oportunamente abordada, sendo que, no presente item, a preocupação dirige-se tão somente para uma caracterização formal e material dos direitos fundamentais, estes figurando como núcleo do sistema normativo. As implicações desta concepção para a efetividades das normas fazem parte dos itens que analisados a seguir.

Cabe salientar a opção terminológica de “direitos fundamentais”, que será usada neste ponto,⁵ em detrimento de “direitos humanos”, “direitos naturais” etc. O presente tópico tem como foco principal os direitos expressamente positivados na Constituição, portanto, buscou-se que a terminologia acompanhasse a utilizada pelo constituinte de 1988. É evidente que a terminologia em nada altera uma eventual conexão entre os direitos fundamentais, os direitos humanos, os direitos naturais — que serão igualmente tratados —, porém, não será amplamente empregada quando a referência for os direitos fundamentais positivados na Carta Magna de 1988.

Independentemente da terminologia utilizada, Paulo Bonavides (2011, p. 560), referindo-se a Konrad Hesse, aduz: “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”. E mais, “ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

Segundo o mesmo autor, toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da

⁵ Em vista da opção terminológica, faz-se necessário explicitar a distinção apresentada por Ingo Sarlet (2018). O autor ressalta que não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse apenas por este motivo, impor-se-ia a utilização uniforme da expressão “direitos humanos” ou expressão similar, de tal sorte que não é nessa circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção. Em que pese as duas expressões (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Além disso, Sarlet (2018) refere que a consideração de que a expressão “direitos humanos” pode ser equiparada à de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam — ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) — da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, nesse sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos — considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana —, mas, neste caso, de direitos não positivados.

Constituição, e ambas — a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição — a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção “brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2011, p. 596).

Para Dieter Grimm (2006)⁶, os direitos fundamentais são um produto das revoluções burguesas do final do século XVIII e pertencem ao programa do Estado constitucional moderno, de onde provêm. Em geral, na ciência histórica não há a clareza necessária neste sentido, pelo contrário, há uma tendência frequente de considerar toda liberdade legalmente protegida como um direito fundamental. Desta forma, pode-se dizer que os direitos fundamentais iriam recuar muito na história e o constitucionalismo moderno apenas os introduziria em um novo estágio de seu desenvolvimento, isto é, sua validade não começaria com isso, apenas seu escopo seria expandido. O autor ressalta ainda que:

É verdade que os direitos fundamentais constituem uma forma histórica de proteção jurídica da liberdade e, como tal, têm uma longa tradição, no entanto, não se deve perder de vista que constituem uma forma específica de tutela jurídica da liberdade que rompeu com os seus precursores em aspectos essenciais e que é precisamente desta ruptura que têm tirado até hoje sua atração persistente. Portanto, se desejamos compreender a particularidade dos direitos fundamentais, é aconselhável questionar-se sobre as diferenças entre as antigas formas da proteção jurídica da liberdade e dos catálogos de direitos fundamentais das constituições modernas, que garantem juridicamente a transformação provocada pela via revolucionária (GRIMM, 2006, p. 77-78, tradução nossa).

Em um contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, que passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, mas também no que concerne a sua titularidade, eficácia e efetivação, fala-se que esses direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar do pensamento liberal burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (SARLET, 2010).

⁶ Originalmente publicado em 1991.

O pensamento vigente na época, de viés individualista e originado da doutrina iluminista dos séculos XVII e XVIII, que ensejou a primeira dimensão⁷ de direitos fundamentais,⁸ dá margem, com os graves problemas sociais advindos do impacto da industrialização e ante os movimentos reivindicatórios para seu reconhecimento, à segunda dimensão de direitos fundamentais, de cunho positivo (diferentemente dos anteriores, de cunho negativo) caracterizada pela atuação positiva do Estado, caracterizando-se por outorgar ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2010).

Nesta ótica, ensinou Paulo Bonavides (2011, p. 564):

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo, pois dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

É nesse contexto que os direitos sociais passaram a integrar as Constituições dos mais diversos países durante o século XX, assumindo a posição de direitos fundamentais. Essa conquista formal foi um fator relevante para a transformação do constitucionalismo contemporâneo em grande parte dos países ocidentais. No entanto, os direitos sociais não estavam inseridos e compatibilizados com teorias políticas e econômicas que lhes respaldassem tanto quanto ocorreu com os direitos civis e políticos. Pode-se dizer, então, que houve, de certa

⁷ Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em três gerações, também chamadas de dimensões por grande parte da doutrina, entendendo-se que o uso da terminologia “geração” remeteria a uma ideia de sucessão, substituição, onde os últimos se sobreporiam aos primeiros, mostrando-se incompatível com uma visão de integração, complementaridade e fortalecimento destes direitos constitucionalmente reconhecidos. Assim, a classificação dimensional dos direitos se dá apenas como referência histórica e cronológica do surgimento dos direitos fundamentais e sua recepção no âmbito constitucional mundial. Mais recentemente, parte da doutrina tem reconhecido a existência de direitos de quarta dimensão, e até mesmo de quinta dimensão. Segundo Norberto Bobbio (2004), os direitos de quarta geração seriam aqueles relacionados à engenharia genética, enquanto Paulo Bonavides (2011) defende que tal dimensão relaciona-se com a globalização política, democracia, informação e pluralismo. Ainda, defende Bonavides que o direito à paz poderia ser considerado como um direito de quinta dimensão.

⁸ A positivação dos direitos fundamentais traz um marco jurídico, a partir do século XVIII, principalmente a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*). Por este motivo, também pode-se notar que o núcleo da esfera de proteção dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão correspondem ao lema de tal revolução: liberdade, igualdade, fraternidade. Importante destacar neste ponto as declarações americanas de direitos formuladas quando da sua independência da Inglaterra (*Bill of Rights*).

maneira, um “casamento perfeito” entre direitos civis e políticos com ideias políticas e econômicas dominantes.

No Brasil, com a Constituição de 1824, assim como com as Constituições francesas de 1793 e 1848 e a alemã de 1849, o direito a prestações sociais foi disciplinado, e hoje estão consubstanciados e preconizados pelo artigo 6º da Constituição Federal, como o direito ao ensino público e gratuito, à saúde pública, à alimentação, à moradia etc.

Não obstante, a efetivação dos direitos fundamentais, desde suas primeiras manifestações, vem se construindo por um lento processo, vez que ou a ciência jurídica lhes negava o *status* de direito subjetivo, ou os considerava apenas uma espécie *sui generis* de direitos subjetivos (MELLO, 2004).

Há, que se falar dos direitos fundamentais de terceira dimensão, também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, os quais trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, passando a preocupar-se com a proteção de grupos humanos (família, povo, nação etc.), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2010).

Ingo Sarlet (2010) pontua que a nota distintiva dos direitos de terceira dimensão reside — basicamente — em sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável. Neste ponto, o destaque se dá ao fato de que a atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos fundamentais da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação.

Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão. Paulo Bonavides (2011) ensina que são direitos de quarta dimensão (geração) o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Segundo o autor:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem — sem, todavia, removê-la — a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais

direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais súbita eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. E na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação (BONAVIDES, 2011, p. 572).

Pode-se dizer que a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, marcadas pelas diversas dimensões — aqui abordadas —, revelam que os direitos fundamentais constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo. Neste contexto, aponta-se para a circunstância de que, na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos direitos fundamentais” no texto da Constituição, mas principalmente em nível hermenêutico e jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais (SARLET, 2010).

Norberto Bobbio (2004) aduz que o fato de os direitos fundamentais estarem em contínua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas também que deveria trazer a consciência de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências deriva é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa “nova sociedade”, não basta os chamados direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Prova disso é que as exigências de direitos sociais se tornaram tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade.

Segundo o autor, cabe considerar, de resto, que as exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexecutáveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido (BOBBIO, 2004).

A despeito desses e de todos os demais aspectos citados, destaca-se que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos (governantes e governados), no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais — de todas as dimensões — numa ambivalência necessária heterogênea e multicultural, pois apenas assim

estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional “altruísta” e “fraterno” (SARLET, 2010).

Isto posto, como já foi explicitado anteriormente, neste trabalho não se pretende simplesmente fazer uma análise de teorias sobre o conteúdo dos direitos fundamentais com objetivo de, no final, optar por uma das teorias e/ou questões aqui desenvolvidas. A partir das premissas aqui expostas, o que se pretende com esta parte do objeto do trabalho — *direitos fundamentais como núcleo do sistema normativo* — é ressaltar a importância de que a questão envolvendo os direitos fundamentais deve ser encarada como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados, de modo que dar efetividade aos direitos fundamentais não é tão somente cumprir a letra fria da Constituição, mas sim, respeitar os valores construídos e difundidos na sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou ou pretendeu traçar (OLSEN, 2012).

2.1.2 Estatuto jurídico dos direitos fundamentais sociais

Passadas já quase três décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda é possível afirmar que o debate em torno dos direitos fundamentais e de sua efetividade segue alcançando o cotidiano das pessoas e ocupando a pauta dos grandes desafios para o Estado e a sociedade. Partindo desta ótica, a judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais sociais (educação, saúde, moradia, trabalho etc.), vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-juiz, que frequentemente é provocado a manifestar-se sobre questões antes menos comuns, como, por exemplo, a alocação de recursos públicos, o controle das ações comissivas e omissivas da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais e, até mesmo, a garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais na esfera das relações entre particulares.

O surgimento dos textos, ao agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentou a densidade normativa das Constituições, as quais, como já mencionado, passaram não apenas a ser concebidas como um elemento organizacional, mas também a influir diretamente na política governamental a partir de uma noção de irradiação constitucional pelo sistema jurídico. Com isso, estas estratégias jurídicas possibilitaram mudanças significativas através de duas frentes: por um lado, ampliou-se o catálogo de direitos aos cidadãos (com o fito de se criar uma política de bem-estar); por outro, assentou-se o dever de cumprir de modo imediato este programa constitucional (TASSINARI, 2012).

Além disso, os grandes problemas práticos e teóricos decorrentes da falta de compreensão adequada dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à efetivação da categoria denominada direitos prestacionais, justificaram uma densificação teórica. De um lado, formularam-se teorias classificatórias que esvaziam o conteúdo protetivo dos direitos sociais, argumentando-se não ser da competência do juiz a sua efetivação: somente a esfera política detém legitimidade democrática para desenvolver políticas públicas. No extremo oposto, não falta quem defenda a irrestrita judicialização dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a quaisquer prestações estatais potencialmente abrigadas no âmbito de proteção do Direito, isso a qualquer custo, desprezando-se por completo o pluralismo razoável e/ou a capacidade prestacional da sociedade (CORDEIRO, 2012).

A proliferação doutrinária de pesquisas sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, maiormente após a promulgação da Constituição de 1988, instaurou uma multiplicidade de discursos apoiados em matrizes filosóficas e ideológicas variadas, muitas das quais divergentes e contraditórias (HACHEM, 2014). Tudo isso já seria suficiente para, como já demonstrado, ensejar um ambiente de maior procura do Judiciário, que passou também a ser caracterizado como lócus de concretização dos direitos previstos, mas não cumpridos pelos demais Poderes. Contudo, as transformações ocorridas não ficaram restritas a este tipo de alteração (TASSINARI, 2012).

Diante deste ambiente, a sociedade se apresenta imersa em uma ampla litigiosidade como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. Com isso, surge um cenário um tanto quanto contraditório, pois, ao mesmo tempo que o atual contexto faz surgir a tutela de direitos difusos e coletivos, em contrapartida, a busca por sua efetivação predominantemente se dá pela via do litígio individual. Deste modo, forma-se um numeroso conjunto de ações singulares visando à tutela de direitos coletivamente assegurados. Todas estas transformações — a complexidade, o caráter de litigiosidade e a massificação da sociedade — desaguam na judicialização e acabam criando um imaginário que reforçou ainda mais o papel do Judiciário como instituição hábil a resolver todos os problemas da sociedade (TASSINARI, 2012).

A questão, como se percebe, é das mais complexas do Direito Constitucional, pois envolve, dentre outros aspectos dignos de reflexão, as ideias de supremacia da Constituição e sua força normativa, jurisdição constitucional, Estado de Direito e separação de Poderes e, por óbvio, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. Passa-se,

inevitavelmente, pela necessidade de harmonizar a liberdade de conformação dos órgãos politicamente legitimados na escolha dos instrumentos adequados para a implementação das políticas de proteção social e a garantia do direito a uma existência digna. Não é à toa, pois, que o tema vem instigando acirrada discussão doutrinária sem que se tenha chegado a um consenso mínimo (CORDEIRO, 2012).

Pode-se dizer que na doutrina jusconstitucionalista brasileira, os pontos de vista acerca dos direitos fundamentais sociais têm-se colocado em dois polos antagônicos. De um lado, estão aqueles que asseveram que os direitos fundamentais sociais são prescritos por normas com eficácia muito reduzida e por isso são insuscetíveis de serem judicializados. E, de outro lado, estão aqueles que sustentam serem os direitos fundamentais sociais verdadeiros direitos subjetivos, entretanto, não oferecem uma solução para os problemas relativos à aplicação desses direitos (LEIVAS, 2006).

Importante destacar que, embora para a absoluta maioria das pessoas possa soar como elementar a afirmação de que o direito à educação é também um direito fundamental — e, portanto, assegurado mediante garantias e deveres fundamentais — segue havendo controvérsias a respeito de se os direitos sociais são “autênticos” direitos fundamentais, ou, em o sendo, se estão sujeitos a um regime jurídico substancialmente equivalente (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Os direitos sociais, apesar de terem sido elaborados em algumas sociedades em razão de lutas políticas, como a Constituição Alemã de Weimar, ou mais recentemente, a Constituição da África do Sul, não gozaram de um substrato teórico dominante, seja jurídico, político ou econômico, que fosse capaz de lhes fornecer uma base sólida para sua interpretação e aplicação. Por isso, sofreram diversas críticas, principalmente do chamado liberalismo conservador (ACCA, 2019).

Cláudio Ari Mello (2004), em sua obra *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, afirma que, tradicionalmente, a doutrina constitucional sustenta que apenas os direitos liberais podem ser tutelados por meio dos instrumentos processuais da atividade judiciária; já os direitos sociais padeceriam de uma congênita injusticiabilidade decorrente do seu próprio objeto, que exige sempre uma prestação material a ser cumprida pelo Estado, conforme pressupostos e condições jurídicas e materiais que não estão acessíveis ao agir judicial. As normas constitucionais que preveem direitos sociais falam apenas metaforicamente de “direitos”, mas a rigor elas são apenas normas que dispõem programas, fins ou tarefas atribuídas ao Estado, e, portanto, não conferem posições jurídicas subjetivas concretizáveis judicialmente. A jurisdição constitucional só seria viável como jurisdição das liberdades, não

já como jurisdição da justiça social implementável através de decisões judiciais imponíveis coercitivamente ao Estado, representativas ao fim e ao cabo de indevidas intervenções jurisdicionais nas competências de direção política da sociedade, que devem ser exercidas com exclusividade pelo governo e pelo Legislativo.

O argumento da injusticiabilidade dos direitos sociais pertence à teoria liberal dos direitos fundamentais, incompatível com a maioria dos sistemas constitucionais, especialmente o brasileiro, cuja tutela judicial, não obstante, tem usado um esquema argumentativo subsuntivo, com interpretação literal e sistemática dos textos legais, com uma avaliação política apenas individual em relação à consequência da negação, sem uma análise sistêmica da medida judicial (MELLO, 2004).

Barzotto (2005) pontua que é necessário que haja a compreensão dos direitos fundamentais por um prisma comunitário, posto que no Estado Liberal os direitos foram determinados à margem da vida da sociedade. Assim, ele divide a justiciabilidade dos direitos sociais em poder subjetivo e direito subjetivo, afirmando que o mais popular é concebê-la como poder subjetivo, poder de disponibilidade garantido juridicamente, onde é indiferente o impacto do direito individual sobre a coletividade. É um poder subjetivo individual a uma parcela do orçamento do direito social respectivo.

Nesse sentido, na perspectiva do autor suprarreferido, o fenômeno (educação, saúde, trabalho, moradia etc.) é uma qualidade individual, mas o direito a ele não. Para melhor exemplificar, utiliza-se de um exemplo relacionado ao direito à saúde. Nas palavras do autor:

A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo auto interessado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização é independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos auto interessados recusam a fornecer-lhe de bom grado. Ao contrário, conceber o direito subjetivo à saúde como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir esse último (BARZOTTO, 2005, p. 75).

O que merece a devida atenção é o fato de que não se trata de saber se é adequado ao indivíduo “X” receber uma certa quantia porque eventualmente sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz, pois por mais que a saúde seja uma qualidade individual, o direito à saúde não é. Nesse sentido, “a saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada

nas suas consequências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade” (BARZOTTO, 2005, p. 75-76).

Portanto, em consonância com o que foi ressaltado, se uma comunidade não possui uma quantia determinada para fornecer ao indivíduo “X”, sem que seu orçamento entre em colapso e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade, o que será afetado é a saúde do indivíduo “X”, mas não o seu direito à saúde, “pensar que o direito a saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social” (BARZOTTO, 2005, p. 76).

Fernando Atria (2005) destaca que o compromisso com o direito social não é, necessariamente, o de cada pessoa poder requerê-lo em juízo. E, assim como Barzotto, utiliza-se de um exemplo, neste caso quanto ao direito ao trabalho, de modo a afirmar que:

O compromisso com o direito ao trabalho não é um compromisso com um direito subjetivo de cada pessoa a demandar coativamente um posto de trabalho, senão uma manifestação do compromisso comunitário de considerar o emprego não como um dado macroeconômico mais na formulação da política monetária, mas como um aspecto central da forma em que a comunidade entende sua responsabilidade de assegurar a igual cidadania de cada um (ATRIA, 2005, p. 39).

Pode-se dizer, então, que os direitos fundamentais sociais constitucionalmente protegidos se constituem como direitos subjetivos, sendo exigíveis do Estado. Todavia, a dúvida perpassa em como o Judiciário tem realizado e em que medida tem “satisfeito” os direitos sociais judicialmente requeridos.

Cabe mencionar, neste ponto, algumas contribuições de Abramovich e Courtis (2002), as quais vêm sendo cada vez mais utilizadas na doutrina pátria para apontar possibilidades de justiciabilidade dos direitos sociais. Segundo os autores, uma primeira hipótese de se dá em intervenções estatais que violam um direito social. Neste caso, são cabíveis ações de inconstitucionalidade, de impugnação ou nulidade de atos regulamentares gerais ou particulares, de atos declaratórios e de ações de danos ou prejuízos. Já nos casos de omissão de implementação, sustentam que a realização de políticas públicas parciais é discriminatória e gera direitos exigíveis judicialmente (individuais ou individuais homogêneos, no caso de um grupo). E complementam que, se a sentença de um juiz é inexecutável por requerer provisões de verbas, estas podem constituir veículos para canalizar ações dos poderes públicos nas agendas políticas, expressas em termos de direitos obrigatórios e não meramente reclamados.

Merece destaque o fato de que embora persistam muitas dessas leituras distintas, inclusive as que negam aos direitos sociais a condição de autênticos direitos fundamentais e, por consequência, sua aplicação direta e sindicabilidade judicial, uma tendência específica ganhou corpo no Poder Judiciário brasileiro na última década. Trata-se da ideia segundo a qual os sobreditos direitos enquadram-se no conceito de direito subjetivo e são, portanto, plenamente justiciáveis (HACHEM, 2014).

Dessa forma, há diversas discussões a respeito de quais seriam os efeitos jurídicos dos direitos sociais ou acerca de quais seriam as medidas necessárias para que esses efeitos surgissem. Em meio a esse debate, chegou-se a duvidar da própria juridicidade dos direitos sociais. Essa questão é colocada pela doutrina, aqueles podendo ser agrupados em três correntes teóricas distintas. Para uma primeira corrente, os direitos sociais não detêm qualquer elemento que possa caracterizá-los como verdadeiros direitos; assim, não passam de meras exortações morais, objetivos futuros a serem alcançados, mas que não geram conteúdo obrigacional e seus correlatos direitos (ACCA, 2019).

Uma segunda corrente entende que os direitos sociais possuem eficácia limitada, ou seja, só podem ser aplicados após uma intervenção do legislador, não gerando, portanto, obrigações constitucionais originárias. E, por fim, uma terceira corrente, posiciona-se pela semelhança — quase identidade — estrutural entre direitos sociais, de um lado, e civis e políticos de outro. Levando em consideração o posicionamento desta última corrente, seria possível pensar que todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são direitos públicos subjetivos e gozam das mesmas características (ACCA, 2019).

Interessa destacar que no Brasil, José Afonso da Silva (2002) é um dos constitucionalistas que poderia ser classificado na segunda corrente supracitada, uma vez que refuta a tese de que os direitos sociais não são verdadeiros direitos fundamentais. O autor entende que os direitos fundamentais sociais gozam de uma eficácia limitada, isto é, esses direitos, para a sua execução, dependem de posterior intervenção legislativa.

Seguindo nesta ótica, a compreensão a respeito da eficácia e da aplicabilidade dos direitos sociais como direitos fundamentais, levando em consideração a segunda vertente, pode ser caracterizado em dois modelos: por um lado, há os direitos civis e políticos que não necessitam, para serem aplicados, de intervenção do legislador, gerando assim direitos subjetivos aos cidadãos contra o Estado. E por outro lado, há os direitos sociais que só poderiam ser completamente aplicados a partir do momento em que o legislador, por meio da elaboração de leis, decidisse exatamente quais são as obrigações devidas pelo Estado aos cidadãos, com base no texto constitucional que garante direitos como saúde, educação etc. (ACCA, 2019).

Em que pesem as distinções apontadas, deve-se ressaltar que há quem defenda que os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito. Além disso, é possível verificar que — para além dos direitos sociais — existem outros direitos fundamentais prestacionais, cujo conceito, portanto, é mais abrangente, de tal sorte que os direitos sociais prestacionais (direitos à prestação em sentido estrito), constituem espécie do gênero prestações (SARLET, 2010).

Em sua obra *O custo dos direitos*, Stephen Holmes e Cass Sunstein (2019) lançaram uma afirmativa categórica que aduz que todos os direitos exigem uma prestação do Estado no sentido econômico, ou seja, todos os direitos têm custo, custo este no sentido de realização de prestações sociais fáticas, como a criação de estruturas institucionais que permitam o exercício desses direitos. Assim, segundo os autores, direitos não podem ser protegidos ou cumpridos sem dinheiro público. Tanto o direito à seguridade social quanto o direito à propriedade possuem custos ao tesouro. O direito à liberdade de contrato possui custo ao Erário, que não é menor que o direito à saúde. O direito à liberdade de expressão não custa menos que o direito à moradia. Todos os direitos necessitam do Tesouro. Um regime político baseado legalmente em direitos poderia se dissolver numa destruição mútua sem uma bem-organizada e cuidadosamente proteção contra o mau uso dos direitos fundamentais. Em relação ao argumento sobre o caráter prestacional dos direitos sociais, Abramovich e Courtis (2002) seguem Holmes e Sunstein (2019) e afirmam que tanto os direitos individuais quanto os direitos coletivos têm um custo para o Estado, de forma que o argumento sobre o caráter prestacional tem fundo ideológico, não sendo suficiente para negar a justiciabilidade desses direitos.

Flávio Galdino (2002), ao fazer uma análise minuciosa da obra *O custo dos direitos*, defende — mesmo sem adentrar efetivamente se a dimensão do custo dos direitos corresponde a limite à efetividade dos direitos fundamentais, ou se é parte inerente à sua realização — a total abolição da noção de direitos positivos e negativos, para que se assumam em todos os direitos fundamentais uma dimensão positiva. Ressalta que todo direito pressupõe uma atuação do Estado, seja mediante provocação, seja espontaneamente.

Por sua vez, Ana Carolina Olsen (2012) discorre que é certo que não se pode falar em uma dicotomia absoluta entre as duas funções, na medida em que ambas as dimensões dos direitos fundamentais se completam (positiva e negativa) e, no caso concreto, podem ser depreendidas de uma mesma norma jusfundamental. Por mais que possa afirmar essa certa completude, ainda assim, segundo a autora, é possível falar-se em normas de direitos

fundamentais que apresentem o caráter preponderantemente de direito de defesa ou de direito à prestação, e cita, a título de exemplo, o direito à liberdade de expressão:

Ainda que seja possível dele depreender um direito a uma prestação fática e normativa, no sentido de criação dos meios para que o pensamento seja manifestado, e esta manifestação seja juridicamente protegida — representa primordialmente o direito do titular a uma abstenção do Estado, no sentido de que ele não poderá tolher a livre manifestação do pensamento. Logo, ainda que seja possível deduzir um direito positivo, é a dimensão negativa do direito de livre manifestação do pensamento que sobressai (OLSEN, 2012).

Por certo, bem observou Flávio Galdino (2002) ao pontuar que a distinção entre direitos de defesa e direitos à prestação muitas vezes é utilizada pela doutrina e pelos tribunais a fim de justificar uma maior justiciabilidade dos primeiros em detrimento dos segundos, sendo que as razões mais frequentemente apresentadas são que os direitos de defesa têm seu conteúdo integralmente determinado na norma jusfundamental e dependem tão somente de uma abstenção do Estado, o que não geraria despesas. Já os direitos prestacionais teriam baixa determinabilidade normativa, dependendo, em muitos casos, da concretização legislativa, e seriam dispendiosos, razão pela qual estariam na dependência da reserva orçamentária e da existência de recursos financeiros disponíveis.

Todavia, essa posição não mais se sustenta na medida em que, em maior ou menor grau, todos os direitos dependem de recursos financeiros do Estado para se mostrarem efetivos. E quanto ao conteúdo, existem direitos de defesa que também dependem da atuação do legislador, a título de exemplo, está o direito à greve (OLSEN, 2012).

Faz-se importante ressaltar neste ponto que, com as devidas ressalvas, o presente trabalho mantém-se fiel à classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e prestacionais, ainda que reconheça a possibilidade de que todo direito fundamental, na medida em que se considerado como um todo, pode assumir uma dimensão positiva e uma negativa. Nesse contexto, observa-se, que o objeto dos direitos sociais dificilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, pelo contrário, deve haver análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre no grupo ora em exame.

O que se percebe, portanto, é que os diversos direitos sociais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito à educação, moradia, trabalho, saúde etc.). Para tanto, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 283-284) assevera que:

Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstratas, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.

Faz-se necessária a ressalva de que a falta de apuro técnico para compreender em que medida e em quais situações os direitos fundamentais — não só os chamados “sociais” — se apresentam como uma pretensão jurídico-subjetiva, apta a ser reclamada judicialmente pela via individual, acarretou consequências destoantes das diretrizes constitucionais. É possível que se diga, inclusive, que há, atualmente, um senso comum teórico, consoante no fato de que “se direito social é direito subjetivo, eu posso postular judicialmente as prestações que, ao meu juízo, estão contempladas por ele”. Uma avalanche de ações judiciais passou a assolar o Poder Judiciário, o juiz tornou-se o protagonista da realização desses direitos, ganhando, também, a atenção hegemônica da doutrina especializada. À Administração Pública e ao legislador relegou-se um papel secundário no que diz respeito à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais (HACHEM, 2014, p. 23).

Logo, os grandes problemas práticos e teóricos decorrentes da falta de compreensão adequada dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à efetivação da categoria denominada direitos prestacionais, justificam uma densificação teórica. De um lado, formulam-se teorias classificatórias que esvaziam o conteúdo protetivo dos direitos sociais, argumentando-se não ser da competência do juiz a sua efetivação: somente a esfera política detém legitimidade democrática para desenvolver políticas públicas. No extremo oposto, não falta quem defenda a irrestrita judicialização dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a quaisquer prestações estatais potencialmente abrigadas no âmbito de proteção do direito, isso a qualquer custo, desprezando-se por completo o pluralismo razoável e/ou a capacidade prestacional da sociedade (CORDEIRO, 2012).

Deste modo, não se pode negar que a satisfação das pretensões sociais encontra obstáculos em sua implementação, o que ensejou a formação de teses e princípios que influenciam as decisões dos tribunais e cortes brasileiras. Os argumentos utilizados como

fundamento são a reserva do possível, o mínimo existencial, a proibição do excesso e insuficiência. Nesse sentido, faz-se necessário dedicar as próximas linhas a essa abordagem.

2.2 REVESES ENFRENTADOS PELOS DIREITOS SOCIAIS E AS CRÍTICAS À CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A natureza dos direitos sociais concentra boa parte das críticas à justiciabilidade desses direitos. Comparados aos direitos individuais, que são conhecidos como direitos negativos que impõem deveres de abstenção ao Estado, o caráter prestacional ou positivo dos direitos sociais estabelece obrigações de fazer ao Estado e traz inúmeras dificuldades de efetivação pela via do Judiciário.

Em que pese o Judiciário ser o autêntico intérprete da lei, legitimado a decidir a adequada solução aos casos concretos, por vezes essa instituição tem dificuldades em substituir a sua decisão à da Administração. Os limites abarcados em uma ação judicial (para sua viabilidade) colocam determinados recortes que não demonstram e não permitem ao juiz sopesar todos os fatores que estão envolvidos nas discussões dos aportes pecuniários em determinadas políticas públicas. Em diversos casos, essa instituição carece de capacidade para exercer a função de determinar a melhor e mais adequada decisão para o caso concreto (VERÍSSIMO, 2006).

É exatamente nesse ponto que se coloca a crítica à capacidade institucional, questionando os limites e as possibilidades de o Poder Judiciário dar uma resposta satisfatória aos conflitos distributivos, especialmente quando impõe obrigações de fazer. Portanto, pode-se dizer que a crítica à capacidade institucional analisa as características típicas do modelo de adjudicação adotado pelo Poder Judiciário e as possibilidades de os conflitos considerados como plurilaterais serem solucionados por essa instituição.

Antes de adentrar no debate pátrio sobre a capacidade institucional, cabe uma breve recapitulação sobre como essa crítica é abordada por alguns autores norte-americanos, no intuito de aproveitar o conhecimento lá produzido desde a década de 1950 e averiguar em que medida isso auxilia a pensar em possibilidades, limites e aprimoramentos da justiciabilidade no sistema pátrio.

O debate norte-americano sobre a justiciabilidade tornou-se particularmente aceso a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*,⁹ iniciado pela corte Warren, em 1954,

⁹ Em *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte utilizou a XIV Emenda para limitar a autonomia de Estado-membro porquanto contrária a *equal protection clause* (cláusula de igualdade de proteção). Entretanto,

produzindo vasto debate sobre as intervenções do Judiciário em decisões tipicamente políticas. Esse e outros casos produziram extenso debate sobre a capacidade do Judiciário interferir em decisões políticas e impor ações aos Poderes Executivo e Legislativo.

Em que pese não se ignore as grandes diferenças históricas e operacionais que separam o sistema jurídico brasileiro do norte-americano, mostram-se válidas as “comparações”, vez que a discussão que aqui interessa — o Judiciário atuando em questões de natureza política — aborda problemas muito semelhantes em ambos os sistemas, quais sejam: a legitimidade dos julgadores, as dificuldades de avaliar e efetivar as decisões orçamentárias e executivas, dentre outras. Assim, em breve apanhado, apresentar-se-á o sistema norte-americano, de forma que ressalvas extremamente relevantes entre os dois sistemas — brasileiro e norte-americano — receberão a devida atenção.

Destarte, uma questão histórica relevante sobre o sistema da *common law* dos Estados Unidos é relatada por Hazard e Taruffo (2006), ressaltando que o sistema processual americano herdou, em seus primórdios, a estrutura das cortes de *common law* inglesas, com a conseqüente separação entre os procedimentos em cortes de *common law* e *equity*, de forma que as primeiras cuidavam de casos que envolviam o uso de violência e as segundas apreciavam casos que não eram tratadas nas primeiras, como, por exemplo, os casos de fraude ou de violação à boa-fé.

Em apertada síntese, pode-se dizer que esses sistemas processuais diferenciados duraram até metade do século XX no sistema norte-americano. Já no começo do século XIX, iniciou-se um movimento de reforma para simplificar o sistema processual, chamado *code pleading*. Esse sistema aboliu a distinção entre tribunais de *law* e *equity*, com exceção do uso de jurados, simplificando também a formulação dos pedidos, unificando-os. No entanto, por mais que a intenção fosse simplificar, o *code pleading* não resolveu de forma satisfatória diversas questões. Assim, em 1938, as cortes federais adotaram novas regras, as chamadas *Federal Rules of Civil Procedure*. Essa regulamentação acolheu de forma mais ampla os princípios da *equity*,

este julgado é referência dentro e fora dos Estados Unidos, não por tratar de questão federativa, mas pelo aspecto do direito fundamental à igualdade e por romper com mais de meio século de segregação racial nos Estados Unidos. Talvez fosse correto asseverar que se trata do último ou do penúltimo ato em prol da efetiva liberdade dos descendentes de negros africanos que se viram forçados, séculos antes, a deixar seu continente para atuar como escravos na América. Foi o começo do fim do segregacionismo praticado nos Estados Unidos. [...] A Corte Warren, ao julgar em grau de recurso a ação intentada pelo pai da menor Linda Brown, decidiu que a doutrina dos iguais mas separados (*separate but equal*) feria a Emenda XIV e, portanto, não se sustentava, considerando que a segregação praticada nas escolas públicas não propiciava às crianças “do grupo minoritário” as mesmas oportunidades educacionais e, ainda mais grave, causava-lhes uma sensação de inferioridade, afetando-lhes a motivação para aprender: “A segregação sancionada pela lei induz ao retardamento educacional e ao desenvolvimento mental das crianças negras e as priva de alguns benefícios que elas receberiam num sistema escolar em que houvesse integração das raças”. A decisão unânime da Suprema Corte no caso *Brown* causou enorme impacto na sociedade norte-americana, contribuindo para modificar, com profundidade poucas vezes vista, o comportamento de uma nação no presente e futuro (SOUTO, 2015, p. 73-76).

tornou mais flexíveis as regras dos *code pleadings* e regulamentou o procedimento das (conhecidas) *class actions*. Após essa reforma federal, diversos estados reformaram seus códigos processuais adaptando-os às novas regras processuais, que estão vigentes até hoje (HAZARD; TARUFFO, 2006).

Lon Fuller (1978), ao abordar os conflitos plurilaterais norte-americanos, denominados policêntricos pelo autor, sustenta que esses, em geral, são de difícil acomodação ao modelo de adjudicação tradicional, já que nessa espécie de conflito cada pedaço do todo é um centro distinto, distribuidor de tensões que afetam muitas partes e envolvem diversos afazeres. Por esse motivo, o autor ressalta como é dificultoso às cortes solucionar problemas de alocação de recursos em que uma decisão tem repercussões amplas e, por vezes, intermináveis. Afinal, nem sempre os interessados figuram no polo ativo do litígio e, por vezes, o problema exige uma complexidade de ações a serem tomadas que o Judiciário não consegue solucionar por meio de uma (simples) decisão. Ademais, as decisões das cortes são demasiadamente lentas para acompanhar o dinamismo necessário de alguns problemas sociais.

Essas observações iniciais são relevantes na medida em que muitos dos procedimentos adotados nos processos plurilaterais são heranças do sistema da *equity*, o que garantiu aos juízes americanos instrumentos mais apropriados para atuar nesses processos. Uma diferença substancial que deve ser ressaltada é a respeito das cortes brasileiras não atribuírem tanta discricionariedade e flexibilidade de atuação aos juízes, como no caso americano, para levantar maiores informações sobre os litígios que estão em cena (HAZARD; TARUFFO, 2006). Isso talvez coloque desafios ainda maiores à justiciabilidade dos direitos sociais no sistema pátrio.

No Brasil, a discussão acerca da capacidade institucional do Judiciário atuar em conflitos plurilaterais é recente e ainda pouco abordada. Ao explorar as distinções entre os direitos individuais e os direitos sociais, José Reinaldo de Lima Lopes (2001) afirma que os direitos sociais são bens comuns, indivisíveis, produzidos e distribuídos coletivamente. E, dessa forma, o desenho institucional do Judiciário traça importantes limites à resolução de conflitos distributivos em sua esfera, vez que esse sistema foi criado e montado para defender direitos individuais adquiridos.

Ademais, Lopes (2001) também caracteriza o modelo de adjudicação tradicional como um conflito bipolar, cuja função do julgador é dizer o que é certo e o que é errado, levando uma das partes a ganhar o conflito e, a outra, a perdê-lo. Diferentemente dos conflitos de direitos individuais, o objeto dos direitos sociais é um bem coletivo (saúde, educação, moradia etc.), e sua lógica é distributiva, ou seja, todos — em tese — têm direito a uma parte igual do quinhão

de uma sociedade. Esses conflitos são plurilaterais, o que significa que um ganho para um é um ganho para todos, da mesma forma que a perda para um é a perda para todos.

O mesmo autor, em pesquisa realizada em 1989 sobre a utilização de demandas coletivas para reclamar direitos sociais, apontou em suas conclusões que os conflitos suscitados no Poder Judiciário eram pensados e decididos como se fossem conflitos bilaterais, sob a lógica da justiça comutativa, na base do tudo ou nada: se o bem solicitado foi considerado um direito, ele era devido e deveria ser imediatamente provido ao particular independentemente de seus custos. Do contrário, o bem solicitado era desconsiderado como direito (LOPES, 1989).

O que precisa ser salientado é que essa constatação demonstra a dificuldade das cortes em lidar com um conflito que visa manter o *status quo*. A exigibilidade judicial de um direito social com obrigações de fazer deveria levar em conta seu caráter plurilateral e os consequentes reflexos distributivos que tal decisão implica nos recursos da própria sociedade.

O julgamento do litígio social de forma fragmentada e individual, em geral, não leva em conta o impacto econômico que a decisão judicial produzirá no orçamento público ou os efeitos dessa decisão no desenvolvimento das políticas públicas como um todo, abrindo espaço para que o “efeito carona” torne-se uma prática constante, o que é deveras problemático em uma sociedade desigual como esta (LOPES, 2006). Ademais, a criação de redefinições orçamentárias por alguém que não foi eleito pela população. Reordenando as prioridades de investimento, sem ao menos avaliar a totalidade da política pública em questão é outro efeito do julgamento fragmentado de direitos sociais. A tradição e a cultura jurídica brasileira também são claros obstáculos à justiciabilidade. O conceito de direito subjetivo individual ainda está fortemente arraigado na cultura deste país, o que dificulta a efetivação de uma concepção democrática que prima pela universalidade e isonomia.

Deve-se observar que algumas relações humanas não dispõem de características adequadas para um processo de decisão que é institucionalmente previsto para atuar na base do argumento racional. A criação de novos mecanismos ou diretrizes não é função das cortes e essas tarefas — arrisca-se dizer — são totalmente impróprias para o Poder Judiciário.

Em que pese todos os problemas institucionais elencados, Lopes (2008, p. 187-190) reconhece que o problema político e constitucional que se coloca em relação aos direitos sociais é a possibilidade de que o processo distributivo só se realize segundo “ritmo imposto por uma só das partes”, em situações em que o sistema político não garante aos Poderes Executivo e Legislativo “suficiente iniciativa ou isolamento de certos grupos de interesse”. Nessas condições, é até compreensível que se busque tal iniciativa no Judiciário e essa problemática não deve ser descartada. Logo, o grande desafio é pensar a justiciabilidade de forma coletiva —

abordada posteriormente com a importância que requer —, de forma a não ignorar a natureza distributiva dos direitos sociais.

No próximo ponto, segue-se com a abordagem sobre os reveses enfrentados pelos direitos sociais, porém agora referente ao sopesamento de princípios e ao debate doutrinário sobre o alcance da justiciabilidade dos direitos sociais contrapostos no âmbito dos direitos sociais prestacionais que envolvem uma dimensão coletiva e estão condicionados, de forma mais direta, a aspectos como recursos públicos, orçamento, eleição de fins e meios etc.

2.2.1 Mínimo existencial e reserva do possível: parâmetros à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais

Para que se possa compreender adequadamente o mecanismo de atuação do Estado no sentido da efetivação dos direitos fundamentais prestacionais por meio das políticas públicas, é imprescindível o exame dos elementos que afetam a sua realização. É notório que o planejamento, a implementação e o controle das políticas públicas levadas a efeito pelo Estado dependem da disponibilização de recursos públicos (BREUS, 2007). Em face disso, surge o seguinte questionamento: poderia o Direito oferecer respostas seguras para essas situações, no sentido de apontar uma solução adequada para o que e a quem o Estado deve atender ou não, sendo o Direito Fundamental universalmente assegurado, num cenário de ausência de meios econômicos do Estado para a satisfação de todos?

Sem a intenção de oferecer resposta ao questionamento suprarreferido, importa destacar que é possível afirmar que o debate acerca dos direitos fundamentais sociais tem como objeto principal a garantia da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a ideia de mínimo existencial traz consigo a tarefa de enumerar os direitos sem os quais não haveria possibilidade de desfrutar de uma vida digna, segundo um esforço classificatório de prioridades, diante da dificuldade de atender a todos em tudo. Assim, quando se fala em mínimo existencial, está-se referindo a uma noção que não pode se distanciar da concretização dos direitos fundamentais materializadores da dignidade humana, tampouco se pode crer que o Estado ou a sociedade consigam suprir todas as expectativas de vida confortável a todas as pessoas (SILVA; MASSON, 2015).

Para Ana Carolina Lopes Olsen (2012), o mínimo existencial pode ser identificado caso a caso. Por exemplo, no direito à previdência, há que se examinar se o benefício previdenciário em termos de valor recebido pelo aposentado supre ou não suas necessidades básicas como alimentação, vestimenta, saúde e moradia. O mesmo se pode dizer do direito à educação, quanto

a oportunizar aos cidadãos iguais condições de acesso, permanência e êxito nas escolas, ao ponto de exercitarem em iguais condições o direito à cidadania, tal como a participação na vida social e política.

Lazari (2012) apresenta uma conceituação de mínimo existencial denominada, por ele mesmo, simplória e reducionista. O autor assevera que a ideia precípua é a de assegurar a dignidade humana. O mínimo existencial, por sua vez, deve ser entendido como o conjunto de condições elementares que garantem a dignidade do ser humano, de forma que sua subsistência seja respeitada. Muito embora afirme isso, o mesmo autor ressalta que o mínimo existencial não deve ser confundido com mínimo vital ou mínimo de sobrevivência.

No mesmo sentido são as considerações de Cordeiro (2012). A autora destaca que uma estratégia focada tão somente na noção de sobrevivência — ou minimalista — encontra pouca resistência, pois não supre as necessidades efetivas de uma vida digna. O mínimo existencial, portanto, não deve beirar esse limite, já que não é o que se espera de uma sociedade que reverencia a dignidade da pessoa humana, de todos e de cada um. Por esse motivo, acredita que o mínimo existencial não deverá ser reduzido ao mínimo vital, sob pena de não abranger uma vida de qualidade.

Embora a perspectiva deste estudo seja eminentemente jurídico-constitucional, o mínimo existencial, assim como a dignidade da pessoa humana, não são categorias exclusivas do mundo do Direito. Desse modo, não há como se furtar de algumas considerações, ainda que breves, acerca da sua fundamentação filosófica, pois é precipuamente através da filosofia que se busca explicar por que é obrigação do Estado — e da sociedade, portanto — garantir aos seus membros o acesso aos recursos materiais mínimos para suprir as necessidades humanas básicas.

Deste modo, no campo da filosofia política, destacam-se as ideias desenvolvidas por John Rawls (2003), cujo intento foi apresentar à comunidade uma base filosófica e moral razoável que pudesse ser endossada por todos na busca de uma sociedade de pessoas livres e iguais. Logo, o autor propõe uma situação hipotética por ele denominada posição original, onde as pessoas não têm o poder de identificar como será a vida, a que posição social pertencerá, qual será a cor da pele, visto que possuem uma característica em comum: estão cobertas pelo véu da ignorância.

A posição original pensada por Rawls é capaz de abstrair as características e circunstâncias particulares de cada sujeito. Assim sendo, abstrai também as contingências da estrutura básica, tornando possível um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais. O acordo, então, dirá respeito aos princípios de justiça para a estrutura básica e especifica os termos justos

da cooperação de tais pessoas. É nesse contexto que ele explica a justiça como equidade (RAWLS, 2003). A partir daí, o autor desenvolve os princípios de justiça:

(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (RAWLS, 2003, p. 60).

Para que se chegue aos dois princípios que compõem o conceito de justiça, no entanto, pressupõe-se a satisfação de um princípio anterior. Aqui fala-se da noção de mínimo existencial desenvolvida por Rawls. Tal noção passa a ter fundamental importância nos escritos do autor a partir da obra *O liberalismo político*, em que o mesmo expressa que o princípio pode ser precedido de um outro princípio lexicamente anterior que indique mecanismos de satisfação das necessidades básicas das pessoas, pelo menos à medida que essa satisfação permita que todos entendam e tenham condições de exercer seus direitos e liberdades (RAWLS, 2000).

Outro autor que fundamentou a garantia do mínimo existencial na liberdade foi Robert Alexy. Porém, ao contrário de Rawls, que construiu sua teoria a partir da filosofia política, Alexy alicerçou sua tese sobre o mínimo existencial no campo da dogmática constitucional, em diálogo com a jurisprudência da Corte Constitucional germânica partindo do entendimento que os direitos fundamentais são compreendidos como mandados de otimização, que devem ser realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Na presença de conflitos, deve-se recorrer à técnica da ponderação de interesses baseada na aplicação do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2008).

Diante da ausência de direitos fundamentais sociais na Constituição alemã, Alexy se vale da ideia de liberdade fática para justificar a sua proteção. Ele parte da premissa de que a liberdade fática tem importância extraordinária para o indivíduo, pois, sem ela, as liberdades jurídicas não passariam de fórmulas vazias (ALEXY, 2008). Todavia, o autor reconhece que a garantia da liberdade fática enseja diversos problemas. O primeiro vem do fato de que sua proteção judicial conflita com a competência conferida ao legislador para a definição das políticas sociais e para a eleição de prioridades no campo dos gastos públicos, haja vista os custos financeiros dos direitos prestacionais. O segundo deriva do reconhecimento de que a proteção dos direitos sociais tende a colidir com outros direitos (SARMENTO, 2020).

Para resolver esses conflitos, Alexy (2008, p. 512) recorre à técnica da ponderação, salientando:

a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está sobretudo o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da liberdade decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais que dizem respeito, sobretudo, à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos.

Alexy afirma, portanto, que essa ponderação resulta no reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, ou seja, para ele, o mínimo existencial é o resultado do sopesamento de princípios, não se submetendo a qualquer ponderação posterior (SARMENTO, 2020).

A partir do exposto, se verifica em termos gerais que o direito brasileiro aderiu à tradição alemã de fundar o mínimo existencial no direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade (SARLET, 2012). Ricardo Lobo Torres (2009, p. 13) afirma que a proteção do mínimo existencial é pré-constitucional e “está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana”.

Muito embora tenha sido plenamente aderida pela comunidade jurídica brasileira as noções de mínimo existencial, o Supremo Tribunal Federal ainda não desenvolveu com clareza a temática de sua fundamentação, por mais que tenha mencionado este direito em algumas decisões, a partir das quais se pode inferir que, segundo a Corte, o direito ao mínimo existencial foi acolhido pela ordem constitucional brasileira como direito fundamental, e que isso se dá por decorrência do direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança.

Deduz-se daí que a comunidade jurídica, como não poderia deixar de ser, encampa os fundamentos filosóficos do mínimo existencial. Mas, impende destacar que os fundamentos não são, necessariamente, excludentes. Pelo contrário, eles se complementam, e a adoção exclusiva de um deles em detrimento dos demais pode levar a consequências diversas e, inclusive, nocivas para o desenvolvimento humano que as sociedades democráticas devem almejar (CORDEIRO, 2012).

No mesmo sentido, Torres (2009) ressalta que a questão de adoção exclusiva desse princípio pode ser um problema, visto que abre caminho para algumas questões cadentes. Uma delas é o fato de que o mínimo existencial vai deixando de exibir apenas a problemática ligada a direitos fundamentais para se deixar envolver por aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável. Outra é que o Poder Judiciário passaria a examinar e controlar essa face

quantitativa. Correr-se-ia o risco, por exemplo, de não propiciar o mínimo existencial aos incapazes sob o argumento de que estes não teriam condições de exercer sua autonomia ou participar do processo democrático ainda que suas necessidades básicas fossem atendidas e sua situação de carência fosse eliminada (CORDEIRO, 2012).

De toda sorte, enquanto a ideia de mínimo existencial enumera as condições básicas que todo o ser humano necessita para uma existência digna, a ideia da reserva do possível apresenta os obstáculos para a execução das políticas públicas, isto é, apresenta-se como balizador na distribuição de bens como saúde, educação e moradia através de políticas públicas em virtude de questões, na maioria dos casos, orçamentárias.

Importante destacar que a denominada “reserva do possível” emergiu no mesmo momento histórico em que há o surgimento da Teoria dos Custos dos Direitos, com base em estudos levados a efeito em universidades norte-americanas a partir da década de 1970, defendendo a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia ocasionar (BREUS, 2007).

Por sua vez, a ideia de reserva do possível, como elemento de limitação à ação estatal, surgiu na Alemanha, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional germânica na década de 1970. O primeiro caso narrado pela doutrina é o relativo ao direito de acesso às vagas das universidades alemãs, em que o elevado Tribunal considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável.

Na hipótese concreta do caso em questão, em que se discutia a constitucionalidade da limitação de vagas nas universidades públicas, a decisão proferida pela Corte Constitucional figurou como *numerus clausus*, dado o seu entendimento judicial de que não é possível exigir do poder público mais do que ele razoavelmente pode oferecer (SILVA; MASSON, 2015). A Corte alemã, nesse contexto, passou a entender que os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, "daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade", correspondente, ao menos, ao "direito mínimo de existência" (BREUS, 2017). Os direitos compreendidos como integrantes desse mínimo existencial acabam, a partir dessa posição da Corte, por aferir aos indivíduos um direito subjetivo contra o Poder Público no que tange aos serviços sociais que asseverem a dignidade da pessoa humana.

Nesse particular, há que se observar que os conceitos "transplantados" do Direito comparado devem ser submetidos a um processo de adaptação conforme o modelo sociojurídico-econômico, requerendo, para tanto, um máximo de sensibilidade para harmonizar

as teorias estrangeiras conforme as peculiaridades de cada contexto, o que não se vê acontecer no contexto brasileiro.

Logo, ainda que exista um consenso mínimo sobre o seu conteúdo da “reserva do possível”, relacionado à existência de limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do Direito, não existe acordo no que se refere a sua natureza — também quanto ao significado da sua atuação na aplicação das normas constitucionais. Assim, o que se insurge neste aspecto é justamente a quem conferir legitimidade para a determinação do que é “o possível”, no que tange às prestações sociais a partir dos orçamentos nos diferentes órgãos federativos. E isso porque a reserva do possível não é uma espécie normativa, uma vez que ela não determina um estado de coisas a ser atingido, tampouco é um mandado de otimização (BREUS, 2007).

Alexy (2015), em artigo denominado *Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade*, ressalta que, em relação à relevância financeira, os direitos fundamentais sociais são, em grande medida, financeiramente significativos. Segundo o autor, isso conduz à discussão sobre qual o papel que as possibilidades financeiras do Estado exercem quando aplicam a ponderação em sede de direitos sociais. Assevera ainda que essas possibilidades financeiras fáticas do Estado não desempenhariam qualquer papel, se fossem consideradas tão somente como princípios formais. Admite-se, por certo, que os direitos sociais têm uma dimensão formal, mas a sua dimensão substantiva acaba predominando. Desse modo, as possibilidades financeiras se vinculam a metas substantivas potenciais, tais como: segurança pública, proteção do meio ambiente, educação, saúde, moradia etc.

Pode-se aferir, portanto, que todos os direitos fundamentais, de certo modo, dependem de orçamento público para serem efetivados. O problema — ou a solução — está em definir quais bens jurídicos serão protegidos (OLSEN, 2012). No entanto, uma questão persiste, já que para Alexy (2015) os objetos em ponderação não são os direitos sociais, mas expressamente as mencionadas dignidade humana e possibilidades financeiras. Portanto, o direito fundamental social mais importante é o direito a um mínimo existencial, e esse direito é, como se pode ler em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, um direito definitivo, ou seja, uma regra.

Nesse ínterim, pode-se dizer que ainda que se possa ponderar a reserva do possível com outros elementos, esta possibilidade não se apresenta como um critério suficiente para a sua identificação como princípio (BREUS, 2007). Na verdade, o que se pondera não é a reserva do possível propriamente dita, mas a escassez de recursos que ela representaria. A reserva do possível se apresenta, pois, como uma condição de realidade, ou seja, como um elemento do mundo dos fatos que influencia a aplicação do Direito.

A questão, como se percebe, é das mais complexas do Direito Constitucional, pois envolve, dentre outros aspectos dignos de reflexão, as ideias de supremacia da Constituição e sua força normativa, jurisdição constitucional, Estado de Direito e separação de Poderes e, por óbvio, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. Passa-se, inevitavelmente, pela necessidade de harmonizar a liberdade de conformação dos órgãos politicamente legitimados na escolha dos instrumentos adequados para a implementação das políticas de proteção social e a garantia do direito a uma existência digna. Não é à toa, pois, que o tema vem instigando acirrada discussão sem que se tenha chegado a um consenso mínimo (CORDEIRO, 2012).

Se, por um lado, o Direito exerce um papel na distribuição de bens como saúde, educação e moradia, por outro lado, não significa que essa distribuição caiba prioritariamente ao Direito e, por conseguinte, ao Poder Judiciário. As políticas públicas são elaboradas e executadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, pois eles não só possuem conhecimento técnico para lidar com problemas sociais, como, diferentemente do Judiciário, podem elaborar planos para a alteração da realidade sem se vincular a procedimentos processuais. Além disso, os direitos sociais não se voltam para assegurar um bem-estar material elevado para todos os membros da sociedade. Essa é uma tarefa complexa que depende da elaboração de políticas sociais e econômicas que estão além da lógica jurídica.

Importante abrir um parêntese para abordar, de forma significativa e com a importância que requer, o debate existente acerca do princípio da proporcionalidade, uma vez que, originalmente, foi entendido em sede de direitos fundamentais pela faceta da proibição do excesso, ou seja, que o Estado não pode exceder a ponto de violar a esfera individual e as liberdades do cidadão.

Ocorre que, passou a ser entendido que o Estado deve atuar no sentido de dar efetividade aos direitos fundamentais, e no contexto do presente estudo, aos direitos fundamentais sociais, sob pena desses direitos não produzirem os efeitos desejados pela Carta Magna de 1988. Sendo assim, reconheceu-se outra faceta do princípio da proporcionalidade, qual seja, o princípio da proibição da proteção insuficiente, e é sobre isso que se discorre na sequência.

Paulo Ricardo Schier (2015) ressalta que, no campo dos direitos fundamentais, cada vez mais se reconhece que o Direito, ao mesmo tempo em que se preocupa com questões vinculadas à correção normativa, precisa preocupar-se com questões pautadas no cuidado com a correção factual e correção discursiva, pois torna-se inevitável que o Direito, a partir da análise da teoria dos princípios, torne-se aberto ao plano da moral. A delimitação se faz necessária pois o Judiciário passou a controlar decisões oriundas do parlamento, dotadas de forte carga de

legitimidade democrática, permitindo, portanto, forte interferência da moral e de dados de subjetividade de difícil controle de racionalidade.

Para Gilmar Mendes (2009), o vício da inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo configura um dos mais tormentosos temas atuais, pois cuida de aferir a compatibilidade de um ato legislativo com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de proceder à censura sobre a adequação e a necessidade de um ato legislativo. No entendimento desse autor:

a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins (MENDES, 2009, p. 47).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2010), embora as ideias de proporção e razoabilidade, vinculadas à noção de justiça e equidade, sempre tenham estado presente no ordenamento jurídico, permeando — em termos gerais — o Direito contemporâneo:

Nem todas as manifestações suscitadas pela ideia de proporção dizem respeito ao princípio da proporcionalidade em seu sentido técnico-jurídico. [...] O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos — tanto comissivos quanto omissivos — dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados (SARLET, 2010, p. 395-396).

No entendimento de Mônia Clarissa Henning Leal (2015, p. 148):

a maior dificuldade operacional com relação a esses aspectos se apresenta, por seu turno, no âmbito dos direitos sociais prestacionais que envolvem uma dimensão coletiva e estão condicionados, de forma mais direta, a aspectos como orçamento e eleição de fins e meios.

É sabido que recentes decisões do Poder Judiciário sobre direitos sociais refletem bons exemplos de como as decisões jurídicas podem afetar a distribuição de bens na sociedade. O que se vê são juízes tratando os direitos fundamentais sociais como trunfos, e, assim, generosamente concedendo esses bens sem levar em consideração os impactos de sua decisão para a economia ou a política pública em questão (ACCA, 2019).

No Brasil, há críticas de que a falta de uma cultura democrática no campo argumentativo e até mesmo a existência de forte tradição autoritária têm possibilitado um uso inadequado da regra da proporcionalidade, já que não é novidade que estudos apontam que as decisões do Supremo Tribunal Federal aplicam inadequadamente a proporcionalidade e nem sequer

respeitam — por vezes — os seus próprios precedentes condicionados (SCHIER, 2015).

É neste ponto, sobre a suposta aplicação inadequada da proporcionalidade pelos tribunais, que o controle jurisdicional de políticas públicas ganha espaço no cenário, abrindo, portanto, margem a uma larga discussão acerca da atuação dos tribunais nessa seara. A discussão parte de uma suposta violação à separação dos poderes

Uma vez que nessa perspectiva não apenas os fins são fixados pelo Direito (Constituição), mas também os meios para sua realização passam a ser passíveis de fiscalização. Dito de outra forma, ainda que a eleição de prioridades (fins) e dos instrumentos (meios) aconteça dentro da esfera da Política (discricionariedade), ela está condicionada à consecução de um fim maior, que são os direitos fundamentais. O critério balizador e o limite para estas escolhas residem, por sua vez, justamente na observância do princípio da proporcionalidade [...] (LEAL, 2015, p. 149).

Nesta ótica, pode-se falar ainda sobre o objeto deste ponto do presente estudo, ou seja, a partir do conhecimento expresso da teoria do “dever de proteção” dos direitos fundamentais pelo Estado, de conceitos como “proibição do excesso” e “proibição de proteção insuficiente”, todos esses estreitamente conectados à noção de proporcionalidade. Entende-se que o Estado não se afigura mais como mero violador ou destinatário das proibições impostas por esses direitos, tornando-se responsável também por protegê-los e por assegurar as condições para sua efetiva garantia (LEAL, 2015).

Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal já se valeu desses conceitos em alguns dos seus julgados, podendo ser constatado que a realização de uma proteção adequada dos direitos fundamentais não é uma faculdade daquele que atua em nome do poder público, devendo sua atuação pautar-se pela proporcionalidade, a fim de que ela não se dê de modo insuficiente ou excessivo. Este aspecto sugere a existência de uma escala de intensidades e de possibilidades de intervenção por parte do Estado que não pode ultrapassar nem no sentido do excesso e nem no da insuficiência, sob pena de ferir a Constituição (LEAL, 2015).

Portanto, neste contexto, segundo Leal (2015), é possível notar que na Corte Suprema deste país há uma linha muito nítida de análise que passa pela associação de elementos como “mínimo existencial”, “núcleo essencial dos direitos fundamentais” e “reserva do possível”. Pode-se, inclusive, constatar que quando o “mínimo existencial” está em jogo ele é ponderado com a “reserva do possível”, com a prevalência daquele em detrimento deste, devendo o direito pleiteado ser garantido independentemente da possibilidade orçamentária.

Além do mais, cabe destacar que o “mínimo existencial” — quando do “aparecimento” da noção de dignidade humana — vem atrelado a ela, independentemente da “reserva do possível”, sendo destacado, acerca desse ponto, que:

Tal aspecto, apesar de num primeiro momento parecer atribuir força jurídica à dignidade, conduz, entretanto, a uma certa banalização do conceito, estabelecendo-se assim, um aparente paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que resta fortalecido, ao ser invocado para a garantia do direito de forma desvinculada do orçamento (isto é, sem possibilidade de restrição em virtude da “reserva do possível”), ele acaba sendo enfraquecido ao ser identificado com a noção de “mínimo” (existencial). [...] De qualquer forma, por mais que o “núcleo essencial” configure um “mínimo”, um núcleo intangível, ele se insere em uma lógica na qual prevalecem as noções de “máxima realização possível” e de “mínima restrição necessária (LEAL, 2017, p. 155-157).

Para além do que já foi discorrido, cabe salientar ainda a importância da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecido como um direito fundamental. Torna-se importante esta contextualização, pois a ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas a particulares (SARLET, 2010).

Para Ingo Sarlet (2010, p. 403), “mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos”. Cabe, portanto, afirmar a tese de que o núcleo essencial não se confunde com o maior ou menor conteúdo em sede de direitos fundamentais, assim como também não a assim designada garantia do “mínimo existencial” — mesmo no caso de direitos sociais —, o que não quer dizer que não haja relação entre tais figuras jurídicas.

Finalizando este ponto, destaca-se que enquanto não houver a existência de uma jurisprudência tendencialmente uniforme quando da aplicação de institutos que envolvem os direitos fundamentais sociais, sua concretização e efetivação, questões como ponderação, “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “proibição da proteção insuficiente” serão objeto de acirradas controvérsias.

2.2.2 A questão da legitimidade do Poder Judiciário para rever os atos da Administração Pública e o limite de sua discricionariedade

A legitimidade do Poder Judiciário para rever os atos da Administração Pública (e seu limite de discricionariedade) e condená-la a obrigações de fazer, redefinindo as prioridades de investimento definidas pelos representantes eleitos pela população, é uma das grandes críticas frequentes na doutrina pátria. É sabido que o tradicional Estado de Direito criado a partir de ideais liberais estruturou-se em três pontos: a supremacia da lei, a separação dos poderes e a

afirmação de direitos fundamentais individuais. Nessa concepção, as definições sobre alocações de recursos públicos são feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo, os quais, eleitos por voto popular, são legitimados a elaborar o orçamento público. Logo, a discussão, proposição e decisão sobre as políticas públicas de cada área são feitas por meio de complexo processo conduzido pelo Poder Legislativo e Executivo do ente federativo responsável.

No contexto do Estado de Direito, a função tradicional do Poder Judiciário era processar e julgar crimes e litígios para guardar e proteger a ordem e os direitos fundamentais individuais. Logo, qualquer tipo de intervenção do Judiciário nos demais Poderes era vista como uma afronta, algo veementemente repudiado dentro de um ideal criado no bojo do liberalismo, visando a abstenção do Estado perante seus indivíduos. Contudo, como salienta Ferraz (1996), a Constituição de 1988 foi criada sob o hibridismo ideológico e institucional extremamente complexo e problemático para a operacionalização do Direito, de modo que se o Estado de Direito pressupõe um modelo de Estado que em relação à liberdade dos cidadãos deixa valer o *status quo*, por sua vez, as garantias exigidas pelo Estado Social pressupõem um Estado politicamente ativo que desempenha funções distributivas que, em última análise, desconhece o dualismo entre Estado e sociedade.

Assim, frente às amplas necessidades sociais e aos escassos recursos públicos, o Judiciário passou a assumir uma nova posição no contexto contemporâneo, sendo convocado a exercer maior controle sobre os direitos e a fiscalizar sua implementação. Esse dilema está presente na jurisdição dos direitos fundamentais, tanto positivos quanto negativos. No entanto, pode-se dizer que o debate contemporâneo sobre o problema da discricionariedade e da legitimidade é o aspecto mais controverso da doutrina e da jurisprudência em relação aos direitos a prestações positivas, e sua relevância não pode ser subestimada, quer por razões práticas, quer por razões teóricas (KLATT, 2014).

Em relação à relevância prática, nos últimos anos, tem-se visto um aumento significativo de decisões envolvendo direitos a prestações positivas, numa grande variedade de jurisdições. Matthias Klatt (2014) ressalta que o exemplo mais impactante é do Brasil, onde pesquisas empíricas têm demonstrado impressionantes taxas de crescimento do número de processos relacionados a prestações positivas pelo Estado. Quanto à relevância teórica, o problema possui duas vertentes. A primeira vertente aponta para os limites da *expertise* e a outra para a legitimidade propriamente dita. A variável da *expertise* sustenta que os Tribunais, em geral, não estão capacitados para lidar com questões complexas e de alto impacto político. Em contraste com o Legislativo, os Tribunais não estariam amparados por um vasto aparato burocrático apto a elaborar e a processar informações em ampla variedade de temas e matérias.

Já a outra variável que se refere à legitimidade propriamente dita, por sua vez, segundo Klatt (2014), não atribui a juízes qualquer função significativa na efetivação de direitos sociais, porque eles não são eleitos e nem podem ser politicamente responsabilizados por suas decisões. Esta variável tem sido vigorosamente articulada — novamente — pela doutrina constitucional da Alemanha. Afirma-se, deste modo, que atribuir competência aos Tribunais para controlar atos legislativos, com fundamento numa interferência em direitos a prestações positivas, é uma forma de violar o princípio do equilíbrio dos Poderes do Estado Constitucional. O verdadeiro poder do Estado se desviaria do processo político e dos representantes democraticamente eleitos para ser entregue aos Tribunais. Isso resultaria na transformação do Estado legislativo parlamentar num “Estado constitucional judicial” ou numa “juristocracia”.

Sem ignorar a importância da regra assumida no contexto do Estado Democrático de Direito e amplamente defendida por Klatt, faz-se necessário destacar que parte da doutrina jurídica desenvolveu alguns argumentos em prol da flexibilização da separação dos poderes, ou seja, do equilíbrio existente entre os poderes do Estado Constitucional. Deste modo, admitindo certo controle de atos dos Poderes Executivo e Legislativo exercido pelo Poder Judiciário (CAMPILONGO, 1991; CAPPELLETTI, 1999).

Cappelletti (1999) expõe que um dos argumentos acerca da flexibilização da regra da separação dos poderes questiona a efetividade da “técnica da regra democrática da maioria” como instrumento legitimador dos representantes eleitos. Do mesmo modo, Campilongo (1991) assevera que em eleições com mais de dois candidatos a regra da maioria pode se transformar em um instrumento contraditório, nem sempre expressando as expectativas da maioria.

Outro argumento nesse sentido é o de que a noção de democracia não se reporta somente às decisões da maioria, mas também à noção de “participação, tolerância e liberdade” (CAPPELLETTI, 1999, p. 107). Dessa forma, a corte de justiça pode funcionar favoravelmente ao acesso e proteção a grupos minoritários ou com pouca influência na política, mostrando-se, em algumas circunstâncias, como ressalta Salles (2003), como a instituição mais apta para decidir sobre o interesse público em determinadas situações, notadamente naquelas nas quais, por falha de outros processos decisórios envolvidos, ocorra uma desconsideração dos parâmetros básicos de sua formatação.

No mesmo entendimento, Vianna (2003, p. 372) afirma que a representação democrática na estrutura política contemporânea não se dá apenas pela regra da maioria manifesta na cidadania política, mas também pela cidadania social que “dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais e coletivas, de um simples requerimento à uma ação civil pública”. Assim, novamente Salles (2003, p. 214) sustenta a

“coordenação entre poderes autônomos do Estado” e admite uma interpretação mais flexível do princípio da separação dos poderes, sem desconsiderar que o Legislativo e o Executivo são os principais foros de discussão dos interesses públicos. Cappelletti (1999) ainda apresenta um terceiro argumento. O autor sustenta que a apreciação judiciária da norma é manifesta em sentenças públicas e devidamente justificada, o que possibilita decisões não arbitrárias e, também, uma fiscalização contínua do público sobre o trabalho dos magistrados.

Logo, pode-se dizer que, se em termos normativos, a Constituição Federal traz normas que possibilitam questionar a flexibilização do princípio da separação dos poderes no intuito de proteger os direitos fundamentais nela resguardados. Em termos políticos e jurídicos, há intensos argumentos que possibilitam a discussão sobre a legitimidade e o limite de apreciação do Juiz em um caso concreto. Conforme esclarecem Di Pietro (2003) e Marques Neto (2003), a apreciação e controle de atos administrativos pelo Poder Judiciário ainda encontra muita resistência em sede desse próprio poder, afinal, segundo os autores, o juízo político não é próprio do Judiciário. Diante de princípios abstratos de direitos sociais ou de conceitos jurídicos indeterminados, é a Administração Pública quem possui melhores condições de avaliar quais são as prioridades de investimento.

Na mesma ótica, Cordeiro (2012) assevera que, se por um lado é certo que no Estado de Direito todos os Poderes da República estão estritamente subordinados à Constituição, não se pode negar, por outro, que este mesmo Estado de Direito pressupõe a separação de poderes, considerada, por alguns, a última fortaleza do Estado Constitucional, donde se deflui ser imprescindível o reconhecimento da existência de certos domínios exclusivos que não podem ser invadidos pelo Poder Judiciário. Assim, basicamente, é função do Legislativo e do Executivo a elaboração de leis e a formulação e execução de políticas públicas, respectivamente. Ao Judiciário cabe aplicar o Direito, o que significa interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos em geral e os direitos fundamentais em particular e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico.

Ao dizer isso, não se está desconsiderando que a legislação, enquanto expressão central da democracia, envolva apenas o processo eleitoral e seus atores (eleitores, órgãos legislativos e líderes de governo), reconhece-se também os tribunais, na medida em que lhes cabe interpretar e, com isso, de certa forma implementar e desenvolver o Direito. Daí a intrincada relação que se estabelece entre a atividade judicial e a atividade legislativa (CORDEIRO, 2012).

As doutrinas expostas outorgam a ideia de que o debate sobre a justiciabilidade ainda tem grandes desafios. Se por um lado apresentam argumentos e estratégias para a viabilização da atividade jurisdicional, por outro lado é possível constatar que a força retórica da

argumentação ainda encontra problemas de ordem fática. A título de exemplo, no caso do direito à educação — ponto central deste estudo — há uma previsão de como esse direito será realizado e garantido pelo Estado, quais são seus princípios, de quem é a competência e como se dá seu financiamento. O conteúdo genérico e abstrato de suas normas permite afirmar que há deveres a serem realizados pelo Poder Público. Contudo, nem sempre é possível, com base nas normas conhecidas, delimitar o *quantum* devido a cada um e exigir individualmente uma prestação do Poder Público. Assim, em que medida é possível pedir acesso a vagas no Judiciário? Mandar construir escolas e contratar professores? E a qualidade de ensino, qual o parâmetro a ser utilizado e exigido?

Nenhum dos argumentos expostos até aqui é despido de total razão. Pelo contrário, há, em cada um, ao menos um fundo de verdade, mas por vezes ocultam dificuldades nas propostas colocadas. Explicar-se-á. Como pode um juiz realizar uma avaliação das prioridades relacionadas aos direitos sociais sem conhecer o orçamento e as políticas públicas planejadas como um todo? Como viabilizar em tempo hábil a invalidação de um ato administrativo e o remanejamento de recursos públicos para serem aplicados em direitos sociais de forma adequada?

Mesmo entre os autores que seguem as teorias em prol da implementação dos direitos sociais, os limites do controle do Judiciário não são um ponto pacífico. Em matéria de direitos prestacionais, a zona de sombra é significativamente mais extensa à de luz, isso em virtude das peculiaridades referidas alhures e que podem ser assim sintetizadas: os enunciados, em geral, têm baixa densidade normativa e são ricos em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; o objeto é indefinido, no sentido de que o direito pode ser realizado de diversos modos, graus e ritmos; e a sua realização está subordinada à reserva do possível. Diante disso, as objeções à tutela judicial são muitas. Os argumentos, contudo, podem ser reconduzidos — assim como já foi exposto —, de um modo ou de outro, à usurpação do poder pelos juízes, começando com o alcance da função de aplicar o Direito em face da textura aberta das normas, passando pela capacidade técnica dos juízes, até chegar ao problema mais amplo — que não deixa de abranger os dois primeiros —, atinente aos limites funcionais no desenho institucional vigente (CORDEIRO, 2012).

É evidente que não é possível separar a interação que ocorre entre os elementos políticos, sociais e jurídicos na composição do problema do judicialismo. No entanto, conflitos de direitos sociais demandam planejamento e previsão orçamentária para a sua adequada concretização. E, nesse ponto, extrai-se o grande problema apontado neste trabalho: atuando de forma fragmentada, o Judiciário corre o risco de criar distorções nas políticas públicas, dando

privilégios a alguns cidadãos ao conceder bens e direitos que, de antemão, pode-se dizer que não são amplamente universalizáveis dada a escassez de recursos.

Por isso, há de se dar razão aos autores que alegam que o Poder Judiciário não é o mais indicado para definir políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais. Falta aos juízes uma visão global das necessidades desatendidas, dos recursos materiais e humanos disponíveis e dos investimentos que precisam ser feitos para custear eventuais benefícios, de modo que nem sempre se dão conta de que a soma de ações individuais pode colocar em risco a continuidade das políticas públicas, desorganizar a atividade administrativa e impedir a alocação racional dos recursos públicos, estes sabidamente escassos (CORDEIRO, 2012).

Importante trazer à consideração, além do que já foi pontuado, elementos relevantes sobre a temática central do estudo: o direito à educação. Isso porque as questões e argumentos que se pretende construir de agora em diante referir-se-ão essencialmente a essa prestação social, motivo pelo qual, ao discutir-se, por exemplo, o conteúdo e a abrangência das decisões relativas a matérias nos capítulos seguintes, é preciso ter informações suficientes a propiciar um juízo crítico e permitir que fiquem mais evidentes os apontamentos que se lançam. As próximas linhas dedicam-se a essa abordagem.

2.3 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

A educação deve ser considerada como um processo global de aperfeiçoamento do ser humano para a vida, visando, com isso, seu pleno desenvolvimento, consequente qualificação para o trabalho e seu preparo para o exercício da cidadania. Dentro do contexto democrático, a educação — principalmente em seu aspecto político e moral — ganha destaque uma vez que permite o preparo e o desenvolvimento do educando para o exercício da cidadania, pela conscientização e prática dos direitos e deveres democráticos, e pela compreensão dos problemas políticos, sociais, econômicos, ambientais e culturais (FERREIRA, 2004).

Certamente já se ouviu falar que a educação é o elemento constitutivo do futuro; que sem educação nunca seremos modernos; que os países modernos atingiram seu alto grau de desenvolvimento porque investiram em educação; que a solução para os problemas da exclusão social, da marginalidade e da violência está na educação (SOUZA, 2009). Concorde-se com a presente afirmação, logo, parte-se da tese de que a educação, como direito social de oferta obrigatória — e muito recentemente considerada como direito universal —, constitui elemento componente de um projeto político de coletividade, mais do que o atendimento de interesses individuais; por isso, deve ser considerada um direito de natureza social, ou seja, embora a

educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, escolhe-se preservar (DUARTE, 2007).

Essa premissa remete a um dos pressupostos teóricos desenvolvidos por Hannah Arendt a partir seu escrito denominado *A crise da educação no mundo contemporâneo*, de 1957. No documento, a filósofa diz que "sem ser intrinsecamente política, a educação possui um papel político fundamental: trata-se aí da formação para o cultivo e o cuidado futuro para com o mundo comum, o qual para poder ser transformado também deve estar sujeito à conservação" (ARENDR, 1957).

Garcia (2004) destaca que a educação, longe de ser um adorno ou o resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. Como bem aponta Cury (2007), o direito à educação parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural. Como parte da herança cultural, o cidadão torna-se capaz de apossar-se de padrões cognitivos e formativos pelos quais tem maiores possibilidades de participar dos destinos de sua sociedade e colaborar na sua transformação.

Logo, pode-se dizer que parece haver consenso em torno da ideia de que a educação deve ser tratada como uma prioridade pelos governantes. Contudo, a realidade demonstra que a educação escolar de qualidade ainda é um sonho distante, sobretudo para os setores mais vulneráveis da sociedade. Poucos sabem, verdadeiramente, quais as implicações práticas da enunciação, na Constituição pátria, do direito à educação como um direito fundamental de natureza social e, conseqüentemente, o que pode ser exigido do Estado para a sua satisfação. Quem são os titulares desse direito? Ele pode ser exigido coletivamente? Abrange apenas uma vaga no ensino fundamental ou o direito à realização de uma política pública? Há mecanismos jurídicos que podem ser acionados em caso de sua oferta irregular ou insuficiente? O desafio, portanto, é delinear o regime jurídico de proteção do direito à educação como um direito fundamental de natureza social, buscando, com isso, contribuir para a ampliação das possibilidades concretas de sua realização (DUARTE, 2007).

Diante do exposto, nas linhas que seguem, passa-se a analisar a questão educacional brasileira, mais especificamente, ao longo da história político-institucional do Brasil, de modo que será possível perceber que a temática relacionada à educação vem sendo prevista e

disciplinada por diversas Cartas Constitucionais. Ao final, será possível afirmar que o Estado deve aparelhar-se para fornecer a todos, progressivamente, os serviços educacionais mínimos. Isso significa reconhecer que o direito à educação só se efetiva mediante o planejamento e a implementação de políticas públicas. Em outras palavras, a satisfação do direito não se esgota na realização do seu aspecto meramente individual (garantia de uma vaga na escola, por exemplo), mas abrange a realização de prestações positivas de natureza diversa por parte do poder público, em um processo que se sucede no tempo.

2.3.1 Direito à educação na Constituição Federal

Faz-se importante trazer à consideração — além do que já foi pontuado — questões relevantes sobre a temática central do estudo, qual seja, o direito fundamental social à educação. Para tanto, far-se-á considerações históricas de modo a traçar um referencial teórico de como chegou-se à atual concepção de exigibilidade da educação enquanto direito social, assim como na qualidade do papel social a que este direito se propõe.

No Brasil, mais precisamente na Constituição Imperial de 1824, havia previsão de “direito à educação”, porém de uma forma muito sucinta. Referia-se tal direito no capítulo relativo às garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos, a gratuidade da instrução primária (FERREIRA, 2004). A Constituição do Império — denominada Constituição Política do Império do Brasil —, em seu artigo 179,¹⁰ dispunha sobre a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, neste contexto sendo possível perceber a estreita vinculação entre a instrução primária e a concreção de outros direitos de natureza constitucional, como direitos políticos e liberdade (GARCIA, 2004).

Já a Constituição de 1891 — primeira Constituição Republicana, denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil — fez referência ao direito à educação. Em linhas gerais, dispôs sobre a obrigação do Congresso em “animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências¹¹”, em “criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados¹²” e em “prover a instrução secundária no Distrito Federal¹³”(GARCIA, 2004), além

¹⁰ A Constituição Política do Império do Brasil, promulgada em 25 de março de 1824, dispunha em seu artigo 179 que: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.

¹¹ Art. 35º, § 2º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

¹² Art. 35º, § 3º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

¹³ Art. 35º, § 4º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

disso, dispôs que seria leigo o ensino ministrado em estabelecimentos públicos¹⁴ (FERREIRA, 2004).

Com a Revolução de 1930, criou-se o Ministério da Educação Pública, o que pode ser visto como afirmação de nova consciência do problema educacional no país. Após, com a Constituição de 1934, ficou estabelecido que a União detinha competência para traçar as diretrizes e bases da educação nacional, bem como a prerrogativa de fixar o “Plano Nacional de Educação”. Proclamava-se, no texto constitucional, que a educação era um direito de todos e dever do Estado, assegurando a gratuidade do ensino primário — conforme as demais — estendendo, neste contexto, aos adultos (FERREIRA, 2004). A presente Constituição dedicou todo um capítulo à educação e à cultura, tendo reservado os artigos 148 até 158 para a matéria (GARCIA, 2004).

A Constituição de 1937, por sua vez, surgiu dotada de outro enfoque. A partir dela ficou estabelecido que a educação era instrumento a serviço da unidade moral e política de nação e ao incremento das forças de produção do Brasil. E posteriormente, com o retorno da democracia, promulgou-se a Constituição de 1946, retomando e aperfeiçoando o sistema adotado em 1934. Após, promulgou-se, em 1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 4.024/61¹⁵). Com a Constituição de 1967, tornou-se obrigatório no país o ensino dos sete aos quatorze anos de idade para todos, bem como o prosseguimento da gratuidade nos estabelecimentos primários oficiais (FERREIRA, 2004).

Com o advento da Constituição de 1988, fruto do processo de redemocratização do Estado brasileiro, houve uma grande reformulação na área educacional disposta no texto constitucional, cujas finalidades foram identificadas como: pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Conforme afirma Mônica Sifuentes (2009), a Constituição Federal contempla o direito à educação — especialmente quanto ao ensino fundamental — como o mais importante dos direitos sociais, recebendo cuidadoso e detalhado tratamento, mensurado como um valor de cidadania e de dignidade da pessoa humana. Ainda, todos os demais objetivos fundamentais da República, contidos no art. 3º da Magna Carta — como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir

¹⁴ Art. 72, § 6º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

¹⁵ A presente Lei foi revogada, vigendo hoje como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei de nº 9.394/96, que estabelece — assim como o próprio nome aduz — as diretrizes e bases da educação nacional, buscando fomentar, como descrito no artigo 1º do texto legal: “os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.”

as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação — têm como condição o direito à educação. Tal se dá porque, como reflete — inspirada em Pontes de Miranda — somente o ensino de todos os cidadãos pode concretizar substancialmente a igualdade intelectual necessária ao pleno exercício da cidadania.

Nesse diapasão, oportunas são as palavras de Pablo Serrano (2015), quando diz que a educação, do ponto de vista jurídico, conceitua-se como um direito superior e essencial à convivência humana. Trata-se, pois, de um direito venerável de todo ser humano, por ser causa e condição do desenvolvimento pleno das capacidades física, intelectual e moral do homem. Daí a obrigação de ser respeitada por todos, pois é nessa obrigação que reside o próprio fundamento jurídico e moral da educação. É considerada um “supradireito”, pois, por meio dela, há de se garantir a concretização daquelas ações moralmente necessárias à realização da cidadania. É por meio do Direito à Educação que os demais direitos serão reconhecidos e concretizados. É um direito que decorre do direito da personalidade e do princípio da dignidade humana.

A Constituição de 1988 dedicou a seção compreendida entre os artigos 205 e 214 ao direito à educação. O artigo 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o artigo 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. É nesse contexto que se pode afirmar que a educação é um direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula “a educação é um dever do Estado e da família”, constante do mesmo artigo que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito (SILVA, 2014).

Neste “novo” cenário constitucional, cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo da receita resultante de impostos à manutenção desenvolvimento do ensino.¹⁶ Portanto, a União não poderá aplicar menos de 18% (dezoito por cento) da receita proveniente de impostos; os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, de sua receita proveniente de impostos. Para Garcia (2004), sendo a federação a forma de Estado adotada no Brasil, seria necessário que, além das atribuições de ordem material, também a competência legislativa fosse disciplinada pela Constituição da República. O artigo 22, inciso XXIV da Carta Magna dispõe, portanto, que apenas à União compete legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. E, em concorrência, aos Estados e ao Distrito Federal também compete legislar sobre educação,

¹⁶ Artigo 212 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

cultura, ensino e desporto, conforme disposição do artigo 24 do mesmo diploma legal.

As obrigações do Estado em busca da concretização do direito à educação estão dispostas no artigo 208, *in verbis*:

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;**
- II — progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III — **atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;**
- IV — **educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;**
- V — acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI — oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII — atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
 § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
 § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola (grifo nosso).

Acerca do artigo supracitado, Garcia (2004) destaca que o constituinte dispensou um tratamento nitidamente diferenciado ao ensino obrigatório, realçando que, além de dever do Estado, o que poderia soar como mera enunciação de uma norma programática, configura, independentemente de qualquer requisito étario, direito subjetivo da pessoa humana. Com isto, torna-se exigível a sua ampla e irrestrita efetividade. Essa norma indica, de modo insofismável, que, dentre as opções políticas estruturantes contempladas na Carta de 1988, o direito à educação fundamental foi considerado uma parcela indissociável de uma existência digna de tantos quantos vivam em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de mínimo existencial.

Ainda, para o mesmo autor (GARCIA, 2004), as opções políticas do Constituinte não possuem o condão de engessar o contínuo desenvolvimento de uma sociedade democrática e nitidamente pluralista, ao contrário, respeitadas as decisões fundamentais consagradas na Carta Magna de 1988, nada impede a constante renovação da vontade popular, com a conseqüente expansão das concepções ideológicas prevalecentes.

Com fulcro na Constituição Federal de 1988, editou-se em 13 de julho de 1990 a Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de ampliar o já disposto no texto constitucional. O artigo 208 do diploma infraconstitucional dispõe praticamente os mesmos

direitos que o artigo da Carta Magna, *in verbis*:

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

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

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

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

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

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

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

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

IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção.

XI - de políticas e programas integrados de atendimento à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência.

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

§ 2º A investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido.

Na mesma ótica, a Lei nº 9.394/96 — Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional — também reforçou garantias de acesso, conforme explicita o artigo 5º do referido diploma:

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.

§ 1º O poder público, na esfera de sua competência federativa, deverá:

I - recensear anualmente as crianças e adolescentes em idade escolar, bem como os jovens e adultos que não concluíram a educação básica;

II - fazer-lhes a chamada pública;

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

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

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

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

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

Com a presente contextualização, é inegável que os direitos — incluídos nestes “direitos” as crianças e os adolescentes, sujeitos de direitos, isto é, destinatários da norma, pessoas que serão abarcadas pelos direitos constitucionalmente assegurados — são preservados pelo texto constitucional, bem como por normas infraconstitucionais. Acredita-se ser cabível, neste ponto da discussão, retomar conceitos de direito objetivo e subjetivo a fim de aferir disposições dos próprios textos legais supramencionados.

Garcia (2004) entende ser relevante lembrar a dicotomia existente entre direitos objetivos e subjetivos: o primeiro indica a norma, dissociada de circunstâncias afeitas à realidade e disciplina (em maior ou menor grau de abstração) tendo por base determinada situação jurídica. Já quanto ao direito subjetivo, é veiculado a ele a faculdade, conferida ao seu titular, de agir em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma e de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico. Para ele, o direito subjetivo é intitulado de privado quando consagrado em norma de igual natureza. Direito subjetivo público, por sua vez, é o decorrente de norma de caráter público, designativo que aufere suas características básicas no objeto da relação jurídica e na sua indisponibilidade, sendo prescindível que o Estado figure em um dos polos do vínculo. Consagrada a disciplina normativa e assegurado, em abstrato, o exercício de um direito, está o seu titular autorizado a exigir daquele que detém o dever jurídico à transposição desse estado potencial para a realidade fenomênica, com o consequente cumprimento da prestação devida, quer seja positiva ou negativa. Dessa assertiva defluem os elementos essenciais do direito subjetivo: sujeito, objeto e relação jurídica.

Dos elementos supracitados, o sujeito é o titular do direito. O objeto é o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce a faculdade que lhe fora assegurada pela norma. E a relação jurídica é o vínculo mantido entre o titular do direito subjetivo e aquele que tem o dever jurídico de observá-lo. Além disso, os apontamentos acima expostos se apresentam como nucleares para o objeto em estudo, de forma que é perceptível que o direito à educação exprime enorme fundamentalidade e corrobora a ideia trazida por Eliane Ferreira de Souza (2010), a qual expõe ser a educação pré-requisito para a concretização de outros direitos fundamentais. E isso fica mais latente quando se constata que a Carta de 1988 elevou o direito à educação ao *status* de direito público subjetivo. Nesse contexto, o sentido da realização desse direito é forte a ponto de afastar qualquer recusa do Estado em efetivá-lo. E não basta só a garantia do direito à educação, faz-se necessário ações paralelas que permitam à sociedade as condições de chegar até a escola e manter-se nela, bem como a asseguarção de sua qualidade pelo Estado.

A presente contextualização é necessária para que seja entendido que, quer seja considerado na individualidade de um dos componentes do grupamento, quer seja visto como direito de todos, o direito à educação, a depender da ótica de análise, será considerado um direito subjetivo passível de judicialização. No entanto, é necessário que se lembre, como destaca Garcia (2004, p. 182), “não se sustenta que todo e qualquer direito previsto na Constituição possa resultar na coerção estatal para o seu fornecimento, isto porque os recursos estatais são reconhecidamente limitados, enquanto as necessidades são indiscutivelmente amplas”.

Nas próximas linhas, delinear-se-ão as vertentes em relação à efetividade do direito à educação através de políticas públicas, no sentido de complementar as informações já explicitadas no presente tópico.

2.3.2 Políticas públicas constitucionais para a efetividade do direito à educação

O processo de implementação de políticas públicas envolve a execução de ações com vistas a operacionalizar objetivos definidos. Além disso, assume-se que a implementação deve ser compreendida como uma dinâmica, que revela e constrói trajetórias, conformando um diálogo entre subjetividades e temporalidades, revelando uma dimensão histórica, coletiva e social. Assume-se, a partir daí, que as instituições educacionais são arenas complexas, nas quais as interações e ações dos sujeitos que lá atuam influenciam o processo de implementação e ajudam a desvendar as dinâmicas que ali são construídas. Tais elementos, em maior ou menor grau, induziram novas estratégias e contribuíram para que o cotidiano das escolas e dos atores a essas vinculados fosse modificado, alterando a dinâmica desses espaços e, conseqüentemente, o processo de implementação de políticas educacionais.

No presente item, delinea-se acerca da efetividade do direito à educação no Brasil, mediante o indispensável papel da política pública como uma das ferramentas do Estado no compromisso de atuar positivamente para sua garantia. Sem a intenção de exaurimento total da temática, os principais pontos da criação das políticas públicas e sua especificidade dentro do campo educacional serão tratados nas próximas linhas.

Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 266-268) salienta que o comprometimento do Estado na criação de políticas públicas é primordialmente desenvolvido por meio de etapas, quais sejam:

1. Formação: apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos.

2. Execução: medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa.
3. Avaliação: apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de todas as escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados.

No mesmo sentido, Felipe de Melo Fonte (2015) esclarece que o ciclo das políticas públicas pode demonstrar que elas se apresentam inicialmente em algo intangível, que é a agenda institucional. Paulatinamente, elas passam a ganhar roupagem jurídica, com a edição de duas importantes habilitações ao exercício da ação governamental: as leis orçamentárias e as leis em sentido lato, as quais servirão de sustentáculo à prática de atos e fatos administrativos tendentes à consecução das finalidades públicas. Portanto, discricionariedade administrativa e legislação orçamentária são os instrumentos por excelência de manifestação jurídica das políticas públicas, além das leis em sentido amplo.

Logo, é compreensível que a formulação das políticas públicas deve percorrer um caminho de conhecimento acerca das necessidades coletivas do meio, que, mediante a representatividade do povo, pelo Legislativo define as diretrizes e objetivos gerais, os quais serão adimplidos pelo Executivo em tempo oportuno.

Maria Paula Dallari Bucci (2006) ainda reforça que a política pública nada mais é do que o programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial —, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Deste modo, políticas públicas devem ser definidas como a ferramenta de materialização das normas constitucionais, gerais e abstratas, por meio dos órgãos ou ainda da sociedade civil, com a finalidade única de atingir o bem comum e pleno gozo dos direitos fundamentais pelo povo. Logo, resta verificado, como bem leciona a lição trazida por Gomes (2001), que são as políticas públicas aquelas ações afirmativas que ultrapassam a ideia mínima de concretização da igualdade de oportunidades. Vislumbram realizar intensas transformações de caráter cultural, pedagógico e psicológico, com vistas ao enfraquecimento da ideia de superioridade de raças ou ainda de desigualdade de sexo. Nesse sentido, as lições propostas por Souza (2007, p. 69) traduzem que “a formulação de políticas públicas se constitui no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.

Assim, pode-se aferir que a promoção da educação no Brasil, com a criação de políticas públicas de caráter educacional, conforme discorre Paulo Sena Martins (2010, p. 499), tem como objetivo traçar intensas reduções nas desigualdades sociais, como preleciona o art. 3º da Carta Magna, de forma que:

A política educacional é uma política pública social, na medida em que busca a redução das desigualdades, volta-se para o indivíduo — não como consumidor, mas como cidadão, detentor de direitos, e uma política setorial, uma vez que se refere a um domínio específico.

Analisando-se criteriosamente o processo de formação e desenvolvimento das políticas públicas, é possível notar que na base de cada uma delas encontram-se necessidades humanas, que foram problematizadas e se transformaram em questões de direito. Impende observar que algumas políticas públicas já estão definidas na Constituição, devendo necessariamente ser adotadas por corresponderem, seus fins, aos objetivos da República.

A partir da ideia de que a educação pode servir de instrumento poderoso de desenvolvimento da pessoa humana e do exercício da cidadania, com o que será possível cumprir os objetivos da República e a própria manutenção de um Estado Democrático de Direito, exige-se que o integral atendimento ao direito à educação signifique cumprir, qualitativa e quantitativamente, as obrigações que dele decorrem, produzindo ações políticas e serviços educacionais adequados à plena formação do educando (ARAÚJO, 2012).

A rede pública de ensino tem, pois, a missão de proporcionar aos frequentadores o desenvolvimento de conhecimentos e habilidades que qualifiquem e incluam as pessoas nos mais diversos segmentos sociais. O objetivo da política educacional deve estar voltado para uma educação básica de qualidade, libertadora, e não somente o contexto de educar para o trabalho. Por isso, as políticas públicas sociais devem permitir que a educação básica envolva ciência, tecnologia, questões éticas e direitos humanos (GONÇALVES, 2011).

Viu-se que o texto constitucional de 1988 é um marco na democratização e no reconhecimento dos direitos sociais. Articulado a isso, a Constituição alargou o projeto de democracia de forma a reconhecer a participação social como um dos elementos-chave na organização das políticas públicas. De fato, é inegável que, com a Constituição de 1988, a participação social passa a ser valorizada não apenas quanto ao controle do Estado, mas também no processo de decisão das políticas sociais e na sua implementação, em caráter complementar à ação estatal. Todavia, a universalização da educação e a sua qualificação ainda expressa uma promessa de realização no Brasil (em que pese o elevado número de políticas públicas

existentes), o país carece de intenso e prioritário investimento em termos de políticas públicas educacionais no sentido de garantir a igualdade de acesso a todas as crianças e jovens (ARAÚJO, 2012).

Do mesmo modo, no Brasil, através da Lei nº 9.394/96, estabeleceram-se as diretrizes e bases da educação nacional. Esta Lei se tornou a expressão, em nível infraconstitucional, do princípio democrático-participativo, trouxe os contornos do direito de participação que os artigos 205 e 206 da Constituição abordaram. Em seu artigo 14, está prevista a necessidade de uma direção democrática no ensino público fundamental. O inciso I prevê a participação de profissionais da educação na elaboração de projetos pedagógicos das escolas, já o inciso II trata da participação da comunidade escolar ou local em conselhos escolares.

Faz-se necessário, então, indagar quais seriam as garantias políticas da eficácia desses direitos previstos constitucionalmente e infraconstitucionalmente? Para responder a indagação, o professor Helder Baruffi (2008) alega que a garantia de realização dos direitos fundamentais sociais se dá pela construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social; pelo apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização, e pela participação popular no processo político que leve os governantes a atender suas reivindicações.

Portanto, pode-se aferir que a sociedade é, pois, o mecanismo imprescindível para a efetivação do direito à educação. Sua participação vai desde a constatação da necessidade de implementar determinada política pública, passando pela sua elaboração, efetivação e avaliação, podendo-se determinar, de modo pontual, as necessidades prementes que devem ser sanadas. É certo que os problemas da educação não serão resolvidos tão somente com a participação da sociedade civil, porém, ela exerce um papel representativo, em especial, direcionando ao Estado o clamor por melhorias na educação.

É importante observar que o papel da sociedade não é substituir o Estado, liberá-lo de suas atribuições constitucionais, postar-se sob sua tutela, mas se organizar de maneira competente para fazê-lo funcionar (MARTINS, 1998), influenciando direta ou indiretamente na formulação e na gestão de políticas públicas. Esta participação da sociedade pode se concretizar a partir da implementação de conselhos, fóruns, câmaras setoriais, orçamentos participativos, dentre outros. Logo, é preciso que o Estado adote medidas que permitam a participação da sociedade em todos os níveis da educação, bem como adote medidas com a implementação de políticas públicas para garantir o acesso à educação de qualidade e a permanência do educando na escola.

Em síntese, após a abordagem feita no referido estudo, é nítido que pensar a organização, a gestão da educação e dos demais órgãos educacionais é entender que estes, enquanto instituições dotadas de função social, são palco de interações em que os seus atores colocam os projetos político-pedagógicos em ação compartilhada.

Nesse palco está a fonte de diferentes ideias, formuladas pelos vários sujeitos que dão vida aos programas educacionais. Acrescenta-se a isso a noção de que a obrigatoriedade da gestão democrática, determinada, em particular, no ensino público (inciso VIII do artigo 3º da Lei de Diretrizes e Bases), e prevista, em geral, para todas as instituições de ensino nos artigos 12 e 13, que preveem decisões coletivas, é medida desafiadora, porque pressupõe a aproximação entre o que o texto legislativo estabelece e o que se sabe fazer, no exercício do poder, em todos os aspectos.

Finalizando este tópico, conclui-se que a política educacional, como qualquer política pública, hierarquiza atores, agendas e preferências, produz efeitos específicos e, conseqüentemente, externalidades positivas e negativas. Em maior ou menor grau, a política educacional se concretiza nas instituições e nos espaços escolares públicos e privados, incidindo direta e indiretamente no trabalho cotidiano realizado pelos profissionais que ali atuam.

3 IMPLEMENTAÇÃO E OPERACIONALIZAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO EM ÂMBITO MUNICIPAL E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A implementação e conseqüente operacionalização de políticas públicas por meio do Direito representa um processo interativo que envolve agências governamentais, organizações reguladas e diversos grupos de interesse. Portanto, pode-se dizer que a forma de implementar a política consiste no desenho governamental, na escolha e na administração de instrumentos políticos para atender finalidades sociais, além do gerenciamento da política governamental em um ambiente complexo e politizado (CLUNE, 1983).

Neste sentido, a operacionalização de políticas públicas depende fundamentalmente do fato de algo ser executado pelo governo, aqui entendido como corpo político responsável pela trajetória de determinado governo estatal. Como é sabido, no Brasil, este corpo político é eleito a cada quatro anos em eleições majoritárias (presidente, governadores, prefeitos e senadores) e proporcionais (vereadores, deputados estaduais/distritais e federais) (REISMAN; DETONI, 2017).

Como se nota, alguns elementos são centrais: i) o fato de que a política pública é um programa, isto é, um conjunto coordenado de ações; ii) a adjetivação de que se trata de ações governamentais, ou seja, levadas a cabo, ao menos prioritariamente, pelo Estado; iii) e que os objetivos devem ser socialmente relevantes. Pode-se afirmar, portanto, que as políticas públicas servem de instrumento para a realização (efetivação) de direitos sociais constitucionalmente assegurados. E também, nessa mesma toada, são os modos para que o Estado cumpra seus deveres constitucionais de efetivação dos direitos fundamentais (CAVALCANTE FILHO, 2017).

Contudo, ao mesmo tempo que se reconhecem as políticas públicas como faces de um dever estatal de efetivar direitos sociais, também é de se aceitar a possibilidade de que cabe aos poderes políticos definir modos de realizar essa obrigação. Ademais, essa percepção parte do pressuposto de que a legitimação para a identificação de objetivos públicos caberia, ao menos inicialmente, aos Poderes Executivo e Legislativo, dispensando — neste ponto — qualquer intervenção do Poder Judiciário (DIAS, 2016).

Logo, dizer que o Judiciário não deve ser protagonista na elaboração de políticas públicas significa afirmar que os atos estatais estarão fora do controle judicial em toda e qualquer situação, mesmo que signifique uma violação aos direitos fundamentais reconhecidos e positivados constitucionalmente?

A resposta certamente será “não”, já que parece claro que as duas questões tratadas anteriormente não são, de modo algum, conexas. Assim, os argumentos que sustentam que as políticas públicas devem ser elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo, e não com o protagonismo do Poder Judiciário, não se prestam a justificar a inexistência de controle judicial (DIAS, 2016). Por conseguinte, cabe definir de que forma o controle judicial será menos prejudicial à operacionalização da política pública.

Logo, quanto ao objeto principal do estudo, tem-se que em decorrência da disseminação do fenômeno de judicialização das políticas públicas no campo educacional, aumentou o interesse por parte dos operadores do Direito em compreender os aspectos específicos do que se tem denominado judicialização da educação, bem como sua relação com o desenho das políticas públicas de educação básica (educação infantil e ensinos fundamental e médio) e de ensino superior. Nesse sentido, há um número crescente de estudos sobre a atuação das instituições do sistema de justiça no campo educacional e sobre o conteúdo de ações e decisões em matéria de direito à educação.

Como parte do fenômeno de judicialização da educação, pode-se considerar desde intervenções judiciais no currículo e na avaliação escolar até ações destinadas a assegurar condições de exercício do direito à educação, como garantia de vagas, transporte, insumos e seu financiamento. Também é possível localizar julgados que ampliam o alcance do sentido normativo do direito à educação na Constituição Federal de 1988, como as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que declararam a educação infantil em creche e pré-escola como prerrogativa exigível de cada criança; ou ainda decisões do STF sobre a constitucionalidade de políticas públicas de ação afirmativa, dando suporte à sua implementação, como no caso das políticas de cotas para ingresso no ensino superior; ou que, em sentido oposto, revisam decisões legislativas, limitando total ou parcialmente seus efeitos, conforme ocorrido na implementação da Lei do Piso Salarial Nacional do Magistério da Educação Básica (XIMENES; SILVEIRA, 2020).

No campo educacional, portanto, percebe-se tanto a ampliação das normas para campos antes reservados à autonomia de escolas e docentes, por exemplo, quanto maior detalhamento jurídico dos processos e práticas escolares. Uma vez reguladas em norma jurídica, tais processos e práticas passam a ser controláveis nas vias judiciais e extrajudiciais. Essa perspectiva, entretanto, não costuma ser compartilhada por agentes tradicionais do sistema de justiça (juízes, promotores de justiça, defensores públicos e advogados), formados na sólida tradição dogmático-normativa de estudos jurisprudenciais. Segundo essa tradição, os estudos sobre a atuação do Judiciário nas políticas públicas restringem-se a analisar o conteúdo em si

das decisões judiciais e, quando muito, o seu cumprimento pelos órgãos públicos (XIMENES; SILVEIRA, 2020). Nessa abordagem, em geral, não há espaço para o caráter multifacetado das políticas em questão. Quando aplicado ao controle jurisdicional de políticas educacionais, a dogmática jurídica tradicional serve para justificar a alienação do sistema de justiça quanto à complexidade de fatores político-pedagógicos que compõem o processo de políticas públicas nesse ramo específico da ação estatal.

Logo, o objetivo do presente capítulo é apresentar e analisar o fenômeno de judicialização da educação, considerando-se as razões constitucionais, jurisdicionais e institucionais de sua disseminação nas últimas décadas e, com base nisso, evidenciar o perfil de litígio estabelecido nos tribunais, de modo a explicitar o emaranhado dinâmico de operacionalização e implementação de políticas públicas, especificamente em âmbito municipal, com intuito de demonstrar a importância de boas práticas, tais como a participação social ativa no processo de formação de implementação das políticas públicas. Além disso, demonstrar que, diante da violação de direitos fundamentais, a “correção” de políticas públicas não deve se dar somente em casos individuais, mas também que essa revisão judicial deve se estabelecer de forma mais abrangente, capaz de realmente ajustar os objetivos eleitos pela Constituição Federal. Nas próximas linhas, dar-se-á a abordagem com a importância que o tema requer.

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM PROCESSO DINÂMICO

As políticas públicas são um processo dinâmico, com negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizões de interesses. Compreende a formação de uma agenda que pode refletir ou não os interesses dos setores majoritários da população, a depender do grau de mobilização da sociedade civil para se fazer ouvir e do grau de institucionalização de mecanismos que viabilizem sua participação (TEIXEIRA, 2002).

Logo, é preciso entender que a composição de classe, os mecanismos internos de decisão dos diversos aparelhos, seus conflitos e alianças internas da estrutura de poder, não são “impermeáveis” às pressões sociais, já que nelas se refletem os conflitos da sociedade. Ademais, na sociedade civil também há uma diversidade de interesses e de visões que precisam ser debatidas, confrontadas, negociadas, buscando-se um consenso mínimo. Por esse motivo, essa formulação hoje se torna complexa, devido à fragmentação de organizações representativas, apesar de existirem algumas iniciativas de articulação em alguns setores. É sabido que elementos de conteúdo e de processo na estruturação das políticas públicas já estão

claros, tais como: democratização, eficácia, transparência, participação social etc. Contudo, esses elementos precisam ser traduzidos, em parâmetros objetivos, para que possam nortear a elaboração, implementação e avaliação das políticas públicas propostas pelos órgãos estatais (TEIXEIRA, 2002).

Os debates sobre políticas públicas implicam responder a questões sobre o espaço que cabe aos governos na definição e implementação de políticas públicas. Não se quer, com isso, defender que o Estado legislador (ou demais órgãos ou instituições que implementam políticas públicas ou participam do processo decisório) são inteiramente pressionados por grupos de interesse para que realizem determinado ato, como diria a versão mais simplificada do pluralismo. Também não se defende que o Estado opta sempre por implementação e consequente operacionalização de políticas públicas definidas exclusivamente por aqueles que estão no poder, como nas versões também simplificadas do elitismo, nem que servem apenas aos interesses de determinadas classes sociais, como diriam as concepções estruturalistas e funcionalistas do Estado (SOUZA, 2007). No processo de definição de políticas públicas, sociedades e Estados complexos, como os constituídos no mundo moderno, estão mais próximos da perspectiva teórica daqueles que defendem que existe uma “autonomia relativa do Estado”, o que faz com que o mesmo tenha um espaço próprio de atuação, embora permeável por influências externas e internas (EVANS; RUESCHMEYER; SKOCPOL, 1985).

Embora seja importante reconhecer que políticas públicas requerem um certo grau de liberdade ou de margem de manobra e adaptação por parte dos agentes públicos (por exemplo, na escolha de meios alternativos e concorrentes para a realização de objetivos ou na opção por essa ou aquela solução para dado problema identificado ao longo da implementação da política), a doutrina jurídica brasileira, ao tratar da discricionariedade dos agentes para implementar e operacionalizar as políticas, parece estar mais preocupada com a busca do que com o que são, intrinsecamente e até mesmo conceitualmente, atos vinculados ou discricionários, ou com o delineamento de critérios para disciplinar a liberdade de escolha do agente público e, por isso, menos engajada em ajudá-lo a tomar a melhor decisão dados os constrangimentos reais que a realidade impõe. Como resultado, o binômio “pode/não pode” prevalece, em suma, sobre a discussão a respeito de “como se pode” alcançar objetivos na Administração Pública (COUTINHO, 2013).

É certo que os objetivos a serem alcançados pelo Estado — aqueles que orientam a política pública — estão recortados pela indispensável compatibilidade com a ordem constitucional e os compromissos finalísticos nela contidos. Mas não é menos certo que o balanceamento entre esses mesmos propósitos e as inúmeras alternativas de ação para o seu

alcance estejam abertos à escolha do administrador público, ou seja, é possível que, na perspectiva de aplicação de uma política pública, ela se revele violadora de eventual direito individual ou de uma coletividade, mesmo possuindo legitimação para existir. Neste ponto, não se fala necessariamente daqueles que se punham como destinatários da política pública, mas sim cidadãos que, por um efeito reflexo, tenham sua esfera de direitos atingida (VALLE, 2017).

A importância dessa questão é uma só: mesmo que a política pública implementada esteja correta em sua concepção — enquanto programa de ação estatal — essa mesma política pode se revelar inadequada em sua aplicação tendo em vista uma particular esfera individual ou mesmo coletiva de direitos. Logo, pode-se verificar que o controle da política pública em si pode envolver um juízo de reprovação do padrão de comportamento eleito pela Administração Pública, no todo ou em parte de seus aspectos. Isso terá como consequência uma redefinição do curso de ação, com os consectários a ele inerentes, inclusive no que toca à realocação de recursos materiais, humanos e financeiros (VALLE, 2017).

Importante salientar que dentro do campo específico das políticas públicas, alguns modelos explicativos foram desenvolvidos para que se entenda melhor como e por que o governo realiza ou deixa de realizar alguma ação que repercutirá na vida dos cidadãos. Sem a intenção de esgotar o tema na presente análise, mapeiam-se as principais tipologias para que se possa entender um pouco mais acerca desse campo de atuação tão heterogêneo.

Theodor Lowi (1964, 1972) desenvolveu, talvez, a mais conhecida tipologia sobre políticas públicas, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Com isso, Lowi definiu que cada tipo de política pública encontrará diferentes formas de apoio e de rejeição, e que disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas.

Outrossim, para o referido autor, a política pública pode assumir até quatro formatos. O primeiro, “distributivo”, que seria aquele em que as decisões tomadas pelo governo desconsideram toda e qualquer questão envolvendo recursos limitados e escassos, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar determinados grupos ou regiões em detrimento do todo. O segundo Lowi denomina “regulatório”, que pode ser definido como aquelas políticas mais visíveis ao público, envolvendo burocracias, atores políticos e grupos de interesse. O terceiro, por sua vez, é o das “políticas redistributivas”, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e, por sua vez, ganhos incertos e futuros para outros. Essas políticas são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e, conseqüentemente, são as de mais difícil encaminhamento. O quarto e último é o das políticas constitutivas, que lidam com

procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma diferente.

Além das visões adotadas por Lowi, Lindbom (1979), Caiden e Wildavsky (1980) desenvolveram pesquisas baseadas em uma visão incrementalista das políticas públicas. Através de pesquisas empíricas, os autores argumentaram que os recursos governamentais para um programa, órgão ou uma dada política pública não partem do zero, e sim de decisões marginais e incrementais que desconsideram mudanças políticas ou mudanças substantivas nos programas públicos. Assim, a partir desse raciocínio, as decisões dos governos seriam apenas incrementais e pouco substantivas. Importante frisar que a visão incrementalista perdeu parte de seu poder explicativo com as profundas reformas ocorridas em vários países, provocadas pelo ajuste fiscal. No entanto, gestores que trabalham nos órgãos estatais responsáveis pelos serviços e orçamentos públicos conhecem bem a força do incrementalismo, que mantém intactas estruturas governamentais e recursos para políticas públicas que deixaram de estar na agenda dos governos (SOUZA, 2006).

Ademais, há autores, como William Clune (1993), que se aprofundaram no assunto e produziram importantes contribuições e análises originais sobre a relação entre Políticas Públicas e o Direito, fato que nos interessa no bojo do presente estudo. Clune (1993) observa que as políticas públicas foram introduzidas numa era de estruturas grandes e relativamente estáveis, que disciplinaram muitas transações durante anos. O Direito preservou sua integridade conceitual e consequencial em áreas em que as consequências sociais são mais observáveis, em que o sentido dos programas pode ser apreendido no desenho geral das leis e em sua história legislativa. Isso confirma que a relativa autonomia do Direito se manifesta na institucionalização das políticas.

Mas, adverte o autor, quando se adota a retórica das consequências sociais sem atenção às realidades empíricas, geralmente não há ganho em efetividade. Diante do utilitarismo passageiro, o Direito se arrisca ao colapso, mantendo funções meramente simbólicas. Além disso, se há casos de falso consequencialismo, existem também os falsos raciocínios jurídico-formais, o que termina por minar a lógica de responsividade social que deveria estar na base das políticas públicas. Isso provocaria a perda de independência do Direito como fonte de significado, afetando a conformação de direitos e o desenvolvimento jurídico subsequente.

A respeito disso, Maria Paula Dallari Bucci (2019) ressalta haver a necessidade de abrir parênteses para dizer que a persistência das estruturas legais ao longo do tempo — que poderia ser exemplificada, no caso do Brasil, com a estruturação constitucional do Sistema Único de Saúde e da assistência social — tem sido um dilema para a teoria jurídica das políticas públicas,

uma vez que nem sempre é possível compatibilizar tais sistemas (de vocação permanente, “políticas de Estado”) com a noção de programa de ação governamental que tem sido adotada como delimitador da política pública em relação ao entorno jurídico institucional. Além disso, noutro trabalho aduz que geralmente uma política nasce “de governo” e se transforma em “de Estado”, à medida em que assume uma institucionalização mais completa, passando a depender menos das forças políticas que patrocinaram o seu nascimento (BUCCI, 2013).

Importante referir que quem no Brasil procura explorar as interações que existem entre o Direito e as políticas públicas não tarda a constatar que há inúmeras dificuldades em fazê-lo e que essas dificuldades são de diferentes ordens — conceituais, semânticas, metodológicas, teóricas e práticas. Perguntas do tipo “é possível e útil pensar em uma teoria jurídica das políticas públicas?”, “como as relações entre Direito e políticas públicas podem ser observadas empiricamente?” ou “quais critérios metodológicos podem ser empregados para descrever os papéis desempenhados pelo arcabouço jurídico nas políticas públicas?”, assim como indagações do tipo “qual a acepção da palavra ‘direito’ no contexto das políticas públicas?” ou “existe alguma distinção relevante e útil entre as expressões ‘direito das políticas públicas’ e ‘direito nas políticas públicas?’”, traduzem, de antemão, desafios nada triviais à pesquisa neste campo (COUTINHO, 2013, p. 181).

Como se pode notar, o estudo das políticas públicas é complexo, dinâmico e heterogêneo, por esse motivo, não chega a ser surpreendente que os juristas brasileiros tenham grandes dificuldades em identificar, analisar, avaliar e aperfeiçoar de modo sistemático os arranjos e as ferramentas jurídicas empregadas em políticas públicas. Porque partem da suposição de que elas (a não ser se vistas fragmentariamente) não são seu *métier*, terminam, no fim das contas, por se excluir e privar de debates centrais a respeito da construção e aperfeiçoamento do aparelho do Estado e do Estado Democrático de Direito. Diante disso, pode-se dizer que a perquirição da eventual especificidade de uma contribuição analítica e metodológica sobre políticas públicas, erigida a partir do Direito, não deve desconhecer que juristas e cientistas políticos experimentam contiguidades e aproximações em suas respectivas abordagens, notadamente em função de interrogações fundamentais sobre um objeto que lhes é comum, qual seja, o Estado, sua natureza, características e forma de ação (BRUNET, 2019). Um sem-número de procedimentos mediados por códigos, leis, decretos, regulamentos, portarias, circulares e outras espécies de normas é diariamente movimentado no dia a dia das políticas públicas. Os juristas, por isso, são a todo o tempo solicitados a opinar e decidir sobre problemas que surgem nas diferentes fases de tais políticas, defender ou questionar

judicialmente as referidas políticas públicas, responder consultas e dirimir dúvidas sobre os mais diversos expedientes e providências que as envolvem (COUTINHO, 2013).

E, neste ponto, faz-se uma crítica.

O próprio interesse pelo estudo de políticas públicas e a institucionalização acadêmica deste tema têm como pano de fundo e são responsivos às transformações pelas quais passou o Estado brasileiro, notadamente a partir da transição à democracia e com o advento da Constituição Federal de 1988, processo este intensificado, já sob a égide da estabilidade político-democrática, pela profusa legislação materializadora do programa constitucional, bem como pelos correlatos desenvolvimento de capacidades institucionais visando à materialização de objetivos politicamente pactuados e proliferação de programas governamentais nos diversos níveis federativos (BRUNET, 2019). Contudo, os juristas brasileiros estudam pouco as políticas públicas, e quando o fazem, utilizam-se de recursos metodológicos escassos e frágeis. Pode-se dizer, em outras palavras, que a disciplina do Direito tem uma relação um tanto ambígua com o campo transversal das políticas públicas. Se, de um lado, quando desempenham papéis de gestores, administradores ou procuradores, os juristas interagem com elas intensamente (moldando-as e operando-as), de outro, delas mantêm, como cientistas sociais, uma reveladora distância.

Além disso, do ponto de vista da pesquisa acadêmica, perdem a oportunidade de desenvolver métodos de análise e abordagens próprias, que possam compor, no estudo integrado das políticas públicas, um repertório consolidado de aprendizados que possam, no limite, ser replicáveis em outros contextos, setores, localidades ou níveis federativos. Com isso, perdem também os demais profissionais envolvidos na gestão de políticas públicas — cientistas políticos, economistas, sociólogos, administradores públicos, gestores, entre outros, que se ressentem da falta de uma interlocução mais substantiva com quem forja, implementa, interpreta e aplica leis (COUTINHO, 2013).

Partindo desses aspectos, a construção de um programa de ensino de Direito e políticas públicas deve se apropriar criticamente do papel que o saber jurídico desempenha, reservando em sua agenda o devido espaço ao aprofundamento metodológico e ao refinamento das categorias propriamente jurídicas de análise das políticas públicas, sem perder de vista que, dando-lhe peculiar conotação e sentido, tal esforço é empreendido em um contexto político e histórico de transformação das profissões, do pensamento e do ensino jurídicos. Ademais, os eixos interdisciplinar e histórico contribuem sobremaneira para iluminar os desafios à frente nesse caminho (BRUNET, 2019).

Por esse motivo, o presente estudo defende que a temática continue sendo rediscutida por todos os envolvidos (políticos, gestores, técnicos, especialistas e membros da sociedade civil), sempre no intuito de procurar as respostas mais satisfatórias à sociedade brasileira, em termos de eficiência, mediante uma cooperação mútua, afastando discursos meramente retóricos, políticos e panfletários, bem assim trazendo para a arena de discussões argumentos com vistas a subsidiar a implementação satisfatória dos direitos fundamentais sociais. Sem essa mentalidade, a efetivação dos direitos sociais continuará refém dos conflitos e divergências interpretativas entre juizes, políticos, técnicos, especialistas e sociedade civil. Ademais, enxergar o fenômeno única e exclusivamente sob as lentes do operador do Direito significa empobrecer e simplificar um debate instigante e complexo, com diversas variáveis e diferentes propostas de solução (FRAZÃO; SILVA, 2017).

3.1.1 Participação social do indivíduo como importante marco no processo de decisão e implementação de políticas públicas educacionais

Conforme visto, o processo de implementação de políticas públicas envolve a execução de ações com vistas a operacionalizar objetivos definidos. Neste trabalho, em específico, assume-se que a implementação deve ser compreendida como uma dinâmica que revela e constrói trajetórias, conformando um diálogo entre subjetividades e temporalidades, revelando uma dimensão histórica, coletiva e social. Sendo o texto constitucional de 1988 um marco na democratização e no reconhecimento dos direitos sociais, a Constituição alargou o projeto de democracia de forma a reconhecer a participação social como um dos elementos-chave na organização das políticas públicas. De fato, é inegável que com a Constituição de 1988 a participação social passa a ser valorizada não apenas quanto ao controle do Estado, mas também no processo de decisão das políticas sociais e na sua implementação, em caráter complementar à ação estatal.

Assume-se, na presente análise, que as instituições educacionais são arenas complexas, nas quais as interações e ações dos sujeitos que lá atuam influenciam o processo de implementação e ajudam a desvendar as dinâmicas que ali são construídas. Logo, salienta-se que o direito à educação emerge como elemento necessário à formação da autoimagem do indivíduo, à estabilização das aspirações e preferências, em suma, ao desabrochar das características que vão conferir ao ser humano a individualidade que é inerente à personalidade. É essencial que a sociedade forneça estes elementos mínimos que caracterizam o processo civilizatório. Ademais, não basta que a sociedade garanta o direito à participação na gestão

pública se não forem fornecidas as condições de vida para que o indivíduo seja capaz de fazê-lo com algum grau de reflexão e maturidade. Uma concepção de democracia meramente formal, regida pelo princípio majoritário, sem outras considerações, não dá conta desta dimensão essencial da vida em sociedade (FONTE, 2015).

O reconhecimento de que a participação popular sintetiza valores da cultura política democrática e da cidadania ativa faz com que se destaque a importância dos canais de participação e o grau de interesse e de ocupação desses espaços. Dentre os canais de participação institucionalizada, destacam-se os conselhos municipais, que, juntamente com as secretarias municipais, têm o papel de deliberar e implementar as políticas públicas, e fiscalizar a aplicação dos recursos para as diferentes áreas sociais; e as audiências públicas, realizadas para discutir o Plano Diretor, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, as políticas públicas vinculadas às secretarias municipais, e outros temas de interesse da população (AMORIN; REOLON, 2009). Entretanto, as experiências de gestão pública no Brasil, fundadas na cooperação entre Estado e sociedade e na instauração de mecanismos de fiscalização e de controle social, ainda são escassas. Portanto, o argumento desenvolvido aqui é de que o desempenho governamental deve ser avaliado a partir do envolvimento da sociedade no processo de formulação e implementação de políticas públicas, tendo em vista “fazer com que o poder se democratize e seja compartilhado. É essa participação, em suma, que consolida, protege e dinamiza a cidadania e todos os variados direitos humanos” (NOGUEIRA, 2005, p. 133).

Todo e qualquer planejamento na elaboração de políticas requer um diagnóstico da realidade social e uma definição clara dos objetivos e metas, tendo em vista os recursos disponíveis para a realização das ações. Assim, os indicadores sociais são um dos instrumentos mais utilizados para subsidiar a formulação e a avaliação de políticas públicas, apesar de nem sempre revelarem as características contraditórias presentes nos estados e nos municípios como, por exemplo, a convivência de padrões do desenvolvimento humano com a persistência da pobreza e das desigualdades sociais, que esbarram em questões estruturais, agravadas pelo desemprego e pela redução da renda das famílias (AMORIN; REOLON, 2009). Se as políticas públicas forem definidas como diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público, regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade (TEIXEIRA, 2002), o processo de formulação e implementação de políticas deveria ser visto como processo estratégico e participativo que envolve a participação de agentes governamentais, de atores não governamentais e da população beneficiária (SILVA; MELO, 2000). Mas como avaliar a eficácia e a eficiência dos resultados de determinada política pública e como relacioná-los ao

desempenho da gestão municipal? Qual a real capacidade dos atores envolvidos de influenciar o processo decisório e avaliativo?

Portanto, no sentido de responder esses questionamentos, acerca de como se dá a participação social dos indivíduos no processo de decisão e implementação de políticas públicas, utilizar-se-á do exemplo privilegiado do município de Pelotas, apresentando uma análise a partir da perspectiva do Plano Municipal de Educação do referido município, de forma a demonstrar que agentes de base são inseridos nessa discussão como sujeitos e atores relevantes no processo de implementação no nível local. Assim, as instituições educacionais serão analisadas como uma das instâncias em que a política educacional se materializa e como espaços nos quais a política é transformada a partir da atuação dos profissionais que neles atuam, sujeitos que interpretam e traduzem as políticas públicas educacionais no contexto da prática. De forma a demonstrar, com isso, que a importância da participação social nos processos de decisão e implementação de políticas educacionais se dá, pois, é através da colaboração de todos que se torna possível garantir a transparência da tomada de decisões, bem como, das estratégias elencadas e do monitoramento constante.

Importante referir que desde a Constituição Federal de 1988, os municípios receberam significativo aumento das transferências constitucionais e foram considerados o principal destinatário da descentralização de competências e atribuições na área social. Dessa forma, pode-se dizer que a análise das políticas públicas no âmbito municipal permite avaliar melhor a democraticidade das ações governamentais no sentido mais amplo, tanto do ponto de vista da política formal, como das dimensões econômica e social. Entre os novos espaços de participação, estão os conselhos municipais e as audiências públicas, instituídos nos anos 1990 com o objetivo de alcançar descentralização política, controle, gestão e fiscalização das ações governamentais. A literatura que estuda os conselhos tem chamado a atenção sobre as limitações da participação efetiva da população nesses espaços democráticos (FUKS; PERISSINOTTO, 2006).

Do ponto de vista do município de Pelotas, com a publicação da Lei nº 13.005, em 24 de junho de 2014, que instituiu o Plano Nacional de Educação para o decênio 2014-2024, fez-se necessária a adequação do Plano Municipal de Educação, aprovado pela Lei nº 5.871, de 04 de janeiro de 2012, e pensado para o decênio 2011-2020. Este processo de adequação teve início em dezembro de 2014, com a participação de diversas instituições representativas da comunidade e da sociedade civil envolvidas com a educação no território de Pelotas.

Tendo a Secretaria Municipal de Educação e Desporto como condutora do processo, estiveram representados: o Conselho Municipal de Educação, a Promotoria Regional da

Educação, as Secretarias Municipais de Cultura, Desenvolvimento Econômico e Turismo, Gestão Administrativa e Financeira, Justiça Social e Segurança, Qualidade Ambiental e Saúde, a Câmara de Vereadores, a 5ª CRE, os Institutos de Ensino Superior (Universidade Católica de Pelotas, Universidade Federal de Pelotas, Faculdades Anhanguera e SENAC), o Sistema S (SEST/SENAT – Serviço Social de Transporte/Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte, SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, SESI – Serviço Social da Indústria), o Instituto Federal Sul-rio-grandense, o Centro de Reabilitação de Pelotas (CERENEPE), a Escola Especial Alfredo Dub, a Associação Escola Louis Braille, o Sindicato dos Municipários de Pelotas, o Sindicato dos Professores do Ensino Privado (SINPRO/RS), o Centro dos Professores do Rio Grande do Sul (CPERS), a Associação dos Proprietários de Centros de Recreação de Pelotas (APROCRIP), o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (COMDICA) e o Conselho Municipal de Políticas Públicas Sobre Drogas (COMDPEL).

A culminância dessa primeira etapa se deu com a Conferência Municipal de Educação, em que, por meio de delegados, aprovaram-se as metas e estratégias que constituirão o arcabouço prático da educação pelos próximos dez anos no município de Pelotas.

A readequação do atual Plano Municipal de Educação obedeceu ao disposto no artigo 6º do Plano Nacional de Educação, que preconiza:

o município deverá promover a realização de pelo menos duas conferências municipais de educação até o final da década, com intervalo de até quatro anos entre elas, com o objetivo de avaliar e monitorar a execução do PME — 2011-2020 — e subsidiar a elaboração do Plano Municipal de Educação para o decênio 2021-2030.

Assim como do artigo 7º, que dispõe que

as estratégias definidas no Anexo desta Lei não elidem a adoção de medidas adicionais em âmbito local ou de instrumentos jurídicos que formalizem a cooperação entre os entes municipais e estadual, podendo ser complementadas por mecanismos locais de coordenação e colaboração recíproca.

E também ao disposto no artigo 8º do Plano Nacional, quando diz que

os estados, o Distrito Federal e os municípios deverão elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas neste PNE, no prazo de um ano contado da publicação desta lei (BRASIL, 2014).

Quanto às diretrizes que orientam o Plano Municipal de Educação, é preciso salientar que o mesmo se consubstancia na construção de um projeto que apresenta a educação como polo indutor de políticas públicas que perpassam por diversos setores que não só os tradicionalmente vinculados à educação. Com efeito, trata-se de um plano que se faz pela participação efetiva de variados segmentos da sociedade civil, comunidades escolares, Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e sindicatos, em consonância com o Plano Nacional de Educação. Mais do que garantir o acesso, qualifica a permanência, trabalhando em conjunto com a assistência social, por exemplo. A colaboração de todos é que garante a transparência da tomada de decisões, das estratégias elencadas e do monitoramento constante.

Neste ínterim, as diretrizes são: erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação; melhoria na qualidade da educação; formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; a valorização dos profissionais da educação e da comunidade escolar, de modo a fortalecer os Conselhos Escolares; elevação da escolaridade da população; e, por fim, promoção dos princípios de respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

A Constituição Federal de 1988 declara o papel fundamental da educação para o exercício da cidadania, afirmando em seu artigo 6º ser a educação um dos direitos sociais do cidadão, sendo ratificado no artigo 205 como direito de todos. Por sua vez, a Lei de Diretrizes e Bases Nacional, em seus artigos 84, 85 e 87, respalda as mesmas ideias, ao considerar que a educação é dever do Estado. Estes princípios são também referendados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e todo lastro legal aqui evocado determina às instâncias governamentais o compromisso da criação e implementação de diferentes meios de acesso à escolarização e permanência na escola para todos os cidadãos.

Além da educação básica, o Plano Municipal também aborda, em seus eixos temáticos, o ensino superior, elencando as universidades presentes no município — Universidade Católica de Pelotas, Universidade Federal de Pelotas, Faculdade Anhanguera, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-Riograndense e Faculdade SENAC Pelotas — de modo a demonstrar, através de um mapeamento avaliativo dos cursos, formas para aperfeiçoamento contínuo das instituições, de forma a identificar, com o referido mapeamento, as fragilidades, potencialidades e diretrizes para aperfeiçoar as dimensões acadêmicas, pedagógicas e administrativas.

Quanto ao acompanhamento e avaliação, o artigo 5º da Lei nº 13.005/2014 preconiza que a execução do Plano Municipal e o cumprimento de suas metas serão objeto de monitoramento contínuo e de avaliações periódicas. Frente à importância do mesmo no território de Pelotas, faz-se necessário, portanto, esclarecer os mecanismos de acompanhamento e avaliação para que as metas e estratégias elencadas no Plano Municipal constituam-se em políticas públicas referentes ao decênio 2015-2024.

O Fórum Municipal de Educação, constituído após a promulgação da Lei Municipal nº 6.245/2015, irá monitorar, acompanhar e avaliar o cumprimento das metas e estratégias do Plano Municipal de Educação no decênio 2015-2024. Enquanto sistema municipal de ensino, é da competência do Conselho Municipal de Educação a participação primordial nesse processo, devendo a Secretaria Municipal de Educação e Desporto garantir apoio técnico e administrativo para as ações de acompanhamento e avaliação. A coordenação do Fórum Municipal de Educação, que compete à Secretaria Municipal de Educação e Desporto e ao Conselho Municipal de Educação, será responsável por organizar, na periodicidade prevista na lei e sempre que julgar necessário, seminários, audiências públicas e conferências municipais para que a sociedade civil, as diferentes redes de ensino e instituições educacionais possam acompanhar a execução e a avaliação do Plano Municipal de Educação.

Neste sentido, as metas são:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência do Plano Municipal de Educação.

Meta 2: universalizar o ensino fundamental de 9 (nove) anos para toda a população de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência do Plano Municipal de Educação.

Meta 3: universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência do Plano Municipal de Educação, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento).

Meta 4: universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados.

Meta 5: alfabetizar todas as crianças, no máximo, até o final do 3º (terceiro) ano do ensino fundamental.

Meta 6: oferecer educação em tempo integral em, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das escolas públicas, de forma a atender, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) dos(as) alunos(as) da educação básica.

Meta 7: fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem, de modo a atingir as médias nacionais para o IDEB.

Meta 8: elevar a escolaridade média da população de 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos, de modo a alcançar, no mínimo, 12 (doze) anos de estudo no último ano de vigência do Plano Municipal de Educação, para as populações do campo, da região de menor escolaridade no país e dos 25% (vinte e cinco por cento) mais pobres, e igualar a escolaridade média entre negros e não negros declarados à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE.

Meta 9: elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais para 93,5% (noventa e três vírgula cinco por cento) até 2015 e, até o final da vigência do Plano Municipal de Educação, erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50% (cinquenta por cento) a taxa de analfabetismo funcional.

Meta 10: oferecer, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) das matrículas de educação de jovens e adultos, nos ensinos fundamental e médio, na forma integrada à educação profissional.

Meta 11: triplicar as matrículas da educação profissional técnica de nível médio, assegurando a qualidade da oferta e pelo menos 50% (cinquenta por cento) da expansão no segmento público.

Meta 12: elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% (quarenta por cento) das novas matrículas no segmento público.

Meta 13: elevar a qualidade da educação superior e ampliar a proporção de mestres e doutores do corpo docente em efetivo exercício no conjunto do sistema de educação superior para 75% (setenta e cinco por cento), sendo, do total, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) doutores.

Meta 14: elevar gradualmente o número de matrículas na pós-graduação *stricto sensu*, de modo a atingir a titulação anual de 60.000 (sessenta mil) mestres e 25.000 (vinte e cinco mil) doutores.

Meta 15: garantir, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no prazo de 1 (um) ano de vigência do Plano Nacional de Educação, política nacional de formação dos profissionais da educação de que tratam os incisos I, II e III do *caput* do artigo 61 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, assegurado que todos os professores e professoras da educação básica possuam formação específica de nível superior, obtida em curso de licenciatura na área de conhecimento em que atuam.

Meta 16: formar, em nível de pós-graduação, 50% (cinquenta por cento) dos professores da educação básica, até o último ano de vigência do Plano Municipal de Educação, e garantir a todos(as) os(as) profissionais da educação básica formação continuada em sua área de atuação, considerando as necessidades, demandas e contextualizações dos sistemas de ensino.

Meta 17: valorizar os(as) profissionais do magistério das redes públicas de educação básica de forma a equiparar seu rendimento médio ao dos(as) demais profissionais com escolaridade equivalente, até o final do sexto ano de vigência do Plano Municipal de Educação.

Meta 18: assegurar, no prazo de 2 (dois) anos, a existência de Planos de Carreira para os(as) profissionais da educação básica e superior pública de todos os sistemas de ensino e, para o plano de Carreira dos(as) profissionais da educação básica pública, tomar como referência o piso salarial nacional profissional, definido em lei federal, nos termos do inciso VIII do artigo 206 da Constituição Federal.

Meta 19: assegurar condições, no prazo de 2 (dois) anos, para a efetivação da gestão democrática da educação, associada a critérios técnicos de mérito e desempenho e à consulta pública à comunidade escolar, no âmbito das escolas públicas, prevendo recursos e apoio técnico da União para tanto.

Meta 20: ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no quinto ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio.

Por fim, importa destacar que algumas metas previstas do Plano Municipal de Educação já foram alcançadas em parte ou em sua totalidade, através das estratégias previstas para o alcance das mesmas, conforme disposto na Lei Municipal nº 6.245/2015.

Ressalta-se que mudança concebida e definida por poucos atinge a todos: desde a família dos estudantes até os gestores das instituições educacionais, chegando aos gestores da educação

em nível macro. Assim, este é um aspecto instituidor do desafiante jogo entre teoria e prática, ideal e realidade, concepção de currículo e ação didático-pedagógica, avaliação institucional e avaliação da aprendizagem e todas as exigências que caracterizam esses componentes da vida educacional escolar. A política educacional, como qualquer política pública, hierarquiza atores, agendas e preferências, produz efeitos específicos e, conseqüentemente, externalidades positivas e negativas. Em maior ou menor grau, a política educacional se concretiza nas instituições e nos espaços escolares públicos e privados, incidindo direta e indiretamente no trabalho cotidiano realizado pelos profissionais que ali atuam.

Nesta seção buscou-se, a partir da análise do Plano Municipal de Educação, demonstrar como a união de forças para implementação e concretização de políticas públicas educacionais torna-se efetiva na busca de autonomia, eficiência, produtividade, avaliações, transparência, governança e responsividade, todos estes fatores como elementos-chave que passam a integrar uma nova realidade, alterando não somente o que os gestores educacionais fazem, mas também o que pensam e como decidem e constroem suas percepções.

3.1.2 Equidade e igualdade: a importância na adoção de princípios compatíveis com objetivos e prioridades estratégicas na formulação de políticas educacionais

A discussão que envolve a equidade e igualdade escolar se situa no campo temático das políticas públicas educativas, o que, por sua vez, implica considerar o papel que o Estado desempenha no contexto contemporâneo das transformações do sistema do capital (GUEDES; BAQUEIRO; LORDÊLLO, 2004). Logo, compreender isso requer, também, a compreensão de que o surgimento da modernidade foi marcado, no campo político e econômico, pelo advento da economia de mercado, que alterou radicalmente o modo das relações sociais entre os homens (e o mundo), instaurando uma ordem social definida no quadro da lógica da acumulação do capital (SANTOS, 2012).

Nesse sentido, a fase contemporânea do capital — e a maneira de organização das relações de trabalho daí decorrentes — estrutura a sociabilidade que se vivencia atualmente, seja promovendo vínculos, seja desfazendo projetos de associação de ideais, de modo a fomentar a desfiliação social (CASTEL, 2010). Em decorrência dessa natureza, o social não se refere a um campo de integração, coesão, mas diz respeito, antes de tudo, às tensões sociais ocasionadas pela dicotomia entre capital e trabalho, em dualidade conflitante.

Por esse motivo, existe aí, efetivamente, um esquema muito forte de leitura da história das relações sociais, eternamente ameaçada de ruptura social entre os detentores das “comodidades” e os que são privados da própria possibilidade de conquistá-las, o que se chama hoje a “exclusão”. O outro esquema que percorre a organização das relações sociais é o de uma solidariedade que conserva a continuidade através das diferenças e a unidade de uma sociedade pela complementaridade das posições ocupadas pelos diferentes grupos (CASTEL, 2010, p. 458).

Assim, são nos marcos da questão social que as políticas públicas de atendimento a direitos sociais, como à educação, debatem as formas de organização das relações sociais e a experiência das desigualdades entre os homens. À vista disso, é no campo das desigualdades que o Estado é chamado a intervir, de diversas formas, entre as quais estão as políticas que possam garantir a equidade a partir do acesso ao ensino como forma de amenizar as desigualdades sociais (GUEDES; BAQUEIRO; LORDÉLLO, 2004).

A propósito, a origem de parte dos valores normativos que têm fundamentado, em maior ou menor medida, ações de Estado e o desenho de políticas sociais pode ser encontrada em *Justiça como equidade*, de John Rawls. Para Rawls (1997, p. 2), uma das funções da filosofia política, como parte da cultura política de uma sociedade, é a função prática de “enfocar questões profundamente controversas e verificar se, a despeito das aparências, é possível descobrir alguma base subjacente de acordo filosófico ou moral”, ou, se não houver base de acordo, ao menos reduzir as diferenças irreconciliáveis “para que se mantenha a cooperação social com base no respeito mútuo entre os cidadãos”.

Além dessa função, o autor atribuiu outras três: (1) contribuir para o modo de um povo pensar o conjunto de suas instituições políticas e sociais, bem como suas metas e aspirações básicas; (2) função de orientação, no sentido de elaborar uma concepção que ajude os membros da sociedade a compreenderem a si mesmos como participantes do *status* político e como este *status* afeta a sua relação com o mundo social; (3) função de reconciliação, “acalmando” a ira contra a sociedade e sua história, fazendo com que os membros aceitem e reafirmem, positivamente, o mundo social. Além dessas, uma quarta função seria a de examinar os limites práticos da política e, nesse sentido, a filosofia política seria realisticamente utópica (RAWLS, 1997).

Aproximando-se do ponto que realmente interessa, ou seja, a relação entre igualdade e equidade, Rawls refere que os sujeitos, ao se associarem em uma posição de igualdade, abrem mão dos interesses individuais e, coletivamente, instituem os princípios gerais da sociedade, que são estabelecidos a partir de um consenso social. É desse consenso que surge, no entendimento do autor, a teoria da justiça como equidade, sendo que uma concepção de justiça

deve considerar “um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade” (RAWLS, 1997, p. 10).

Nessa perspectiva, a justiça não se relaciona unicamente à justiça formal, ou seja, à instituição de leis e normas jurídicas, mas, aos direitos e deveres de todos os cidadãos de uma dada sociedade e à garantia de um mínimo de bem-estar para todos no ponto de partida, o que depende, substancialmente, de um sistema de cooperação, sem o qual ninguém pode alcançar uma vida satisfatória.

Oportunamente, ao fazer referência à temática, faz-se essencial abordar a manifestação de Aristóteles em *Ética a Nicômaco* onde refere acerca da relação da equidade com o que é equitativo e, também, da relação da equidade com a justiça.

Com efeito, quando examinados, revela-se que não são nem simplesmente idênticos, nem genericamente diferentes. E, por vezes, louvamos o homem equitativo a ponto de chegarmos a empregar essa palavra como um termo de aprovação no que toca a outras virtudes, e a empregamos na sua equivalência com bom, querendo dizer com mais equitativo que algo é melhor. Em outras oportunidades, todavia, quando submetemos a palavra efetivamente ao crivo da razão, a nós parece estranho ser o equitativo louvável no caso de ser ele distinto do justo. Com efeito, se são distintos, [um deles]: o justo ou o equitativo, não é bom; se ambos são bons, são idênticos. Eis aí os pontos, em caráter aproximativo, que ensejam a dificuldade no que tange ao equitativo, mas que são, de certa forma, corretos e não geram contradição entre si; com efeito, o equitativo, embora superior a certa espécie de justo é, ele mesmo, justo: não é superior ao justo ao ser genericamente distinto dele. Justo e equitativo são, portanto, o mesmo, sendo ambos bons, ainda que o equitativo seja o melhor (ARISTÓTELES, 2020 [335 a.C.-323 a.C.], p. 171-172).

Retomando Rawls, ainda é possível afirmar que o autor em questão defende a necessidade de instituições, no caso o Estado, que possam corrigir as desigualdades sociais que se originam nas diferenças de propriedade e riqueza econômica, vale dizer, no mundo da sociedade civil de proprietários e não proprietários, ou o que é o mesmo, do mercado — já que não é problema que os indivíduos nasçam em situações desiguais, o problema estaria na possibilidade de as instituições básicas da sociedade conseguirem ou não corrigir ou amenizar essas desigualdades. Esses elementos ajudam a compreender como esta teoria acabou orientando a elaboração de documentos e políticas específicas para diferentes áreas sociais (RIZZOTTO; BORTOLOTO, 2011).

Sabe-se que a educação é entendida tanto como um meio de superação da condição de pobreza e das desigualdades (DUBET *et al.*, 2012), quanto como reprodutora das hierarquias sociais existentes (BOURDIEU; PASSERON, 1982). Logo, para que o sistema de educação cumpra amplamente sua função de promover ensino de qualidade para todos — na formulação de políticas —, faz-se indispensável pensar que um país de dimensões continentais, grande

diversidade regional e profundas desigualdades sociais como o Brasil não comporte alternativas únicas e modelos idênticos. Ainda que haja estudos que apontem que os efeitos da segregação no desempenho e nas oportunidades educacionais sejam menores do que os fatores considerados tradicionalmente pela literatura (menores oportunidades de emprego; rede de relações sociais menos diversificada; condições urbanas mais precárias etc.), estes se sobrepõem, aumentando as chances de reprodução ou manutenção das desigualdades sociais (ALVES; SOARES, 2013).

Nesse sentido, o princípio igualitário e isonômico que norteia a gestão educacional brasileira parece ser insuficiente para a superação das desigualdades de renda, raça, gênero ou *status* social, na medida em que são justamente os locais mais periféricos que menos se beneficiam do acesso a uma educação de qualidade (GOMES; MELO, 2021). É justamente nesse ponto que se foca a análise: a importância da adoção de princípios compatíveis com a realidade social dos indivíduos que dependem do tipo de escola que têm acesso. De forma que a análise se dá buscando explicitar os objetivos e prioridades estratégicas que devem ser tomadas pelo Estado a fim de amenizar as situações de vulnerabilidade na formação das políticas educacionais.

De forma a situar o debate, fala-se que as primeiras escolas públicas surgiram com a ideia de uma escola para todos, objetivando democratizar o ensino e o acesso à educação “formal”, antes privilégio das classes mais abastadas. Assim, a escola passa a ser vista como ambiente de redução das desigualdades de oportunidade, na perspectiva de uma sociedade liberal.

Para Bourdieu e Passeron (1982), porém, essa promessa parte de uma premissa equivocada: a de que alunos de diferentes origens sociais teriam a mesma probabilidade de ascender socialmente, o que não seria verdade, pois alunos de diferentes origens possuem diferentes níveis de capital cultural e esse seria essencial para o desempenho acadêmico e, ao fim, para a reprodução das hierarquias sociais existentes. Sendo uma estrutura simbólica, a cultura dominante seria a da classe dominante, vista, por isso mesmo, como a mais importante e legitimando a escola como responsável por transmitir essa cultura aos alunos (CUNHA, 2008). Para essa vertente, a escola e o sistema escolar não promoveriam o ideal da igualdade de oportunidade; ao contrário, criaria seus próprios mecanismos de reprodução das hierarquias sociais existentes (GOMES; MELO, 2021).

Esse debate acaba por criar um consenso de que a existência e o acesso à escola não são suficientes para promover a igualdade de oportunidades. Como marco desse consenso, o Relatório Coleman, produzido em 1966 como encomenda do governo norte-americano, mostra

que a distribuição de condições educacionais nos EUA à época era extremamente desigual e com forte segregação espacial e racial. Os principais resultados do relatório demonstram que alunos negros têm acesso à escola de pior qualidade em comparação com alunos brancos e que alunos pobres possuem dificuldades de acesso à escola, com pior qualidade quanto ao currículo oferecido e à infraestrutura das escolas (GOMES; MELO, 2021). O Relatório Coleman passou a ser um marco na pesquisa sociológica, conseguindo também derrubar mitos e alterar para sempre o curso da pesquisa sobre educação (SOARES; BROOKE, 2008).

Outra pesquisa que se destacou no mesmo período foram os estudos realizados por Christopher Jencks (1972), que demonstraram que o sucesso escolar poderia acontecer por meio de alterações no tamanho da turma, número de horas letivas, organização da escola e qualificação dos professores. Leituras feitas a partir da análise destes primeiros estudos argumentavam que as escolas não poderiam ser tratadas todas igualmente, já que havia diferenças na qualidade entre elas que influenciavam nos resultados acadêmicos dos alunos (GUEDES; BAQUEIRO; LORDÉLLO, 2004).

Logo, o raciocínio é o seguinte: se todos são tratados igualmente pelo Estado (direito igual), a desigualdade permanece. Caso o “direito igual” prevaleça, os que, por contingências sociais, culturais e econômicas, tiverem menos oportunidades de estudos e de aquisição de conhecimento, continuarão a receber desigualmente conteúdos e capital cultural, internalizando menos dispositivos relacionados à ciência e ao saber. Dessa forma, se a escola (ação educacional de Estado) for indiferente às diferenças e tratar igualmente os desiguais, o *status quo* de desigualdade não será – de fato – posto em questão (AZEVEDO, 2013).

Torres *et al.* (2008), da mesma forma, argumentam que regras universais e objetivas adotadas de modo cotidiano na gestão da política pública educacional acabam por produzir resultados adversos para as escolas em nível periférico, por exemplo. Além disso, nessas regiões – normalmente – os profissionais são menos qualificados e há uma menor infraestrutura pedagógica, entre outros fatores. Logo, o argumento utilizado é de que há a necessidade de um olhar espacial por parte dos gestores públicos no processo de tomada decisão, de forma a ensejar mecanismos corretores das desigualdades educacionais na perspectiva da equidade, de modo a minimizar as desigualdades sociais de origem (GOMES; MELO, 2021), para que surjam soluções diversificadas, flexíveis para incorporar ajustes e reformulações e adaptadas às necessidades heterogêneas.

Argumenta-se, portanto, que a atuação do poder público nos locais de alta concentração de população em situação de vulnerabilidade social é ainda mais relevante no caso da educação, dado que essa tem o potencial de se constituir efetivo mecanismo de superação das condições

sociais advindas da origem social. Para isso, a gestão da política educacional, seja em nível federal, estadual, distrital ou municipal, deve adotar um novo princípio orientador para a alocação de recursos e programas educacionais: um olhar espacial para a alocação de recursos pedagógicos e humanos, orientado pelo princípio da equidade.

É certo que não é possível depositar apenas na política educacional a expectativa de melhorias das condições de aprendizagem e de superação das desigualdades. De fato, apesar das evidências e dos efeitos de fatores externos à escola afetarem no desempenho escolar (ALVES; SOARES, 2013), o debate público sobre esse problema no Brasil ainda se restringe à análise crua dos indicadores, sem levar em conta o perfil socioeconômico dos novos alunos que ingressaram na escola em tempo recente, pertencentes aos segmentos historicamente mais vulneráveis da população brasileira.

O que se quer demonstrar é que a condução da política educacional é um processo permeado de conflitos e envolve sempre administrar carências. Metas viáveis de mais curto prazo devem estar inseridas num plano gradativo para atingir metas mais ambiciosas. Não adianta continuar construindo escolas para que elas sigam sendo “depósitos” de crianças e adolescentes. Se não houver esforços para resolver o problema da qualidade, os famosos déficits de matrículas continuarão e tenderão a aumentar, e a sociedade continuará custeando um investimento de baixíssimo retorno. A política de expansão da rede física deve, portanto, estar prioritariamente voltada para dar mais qualidade às vagas já existentes. Acesso não é sinônimo de qualidade (MELLO, 1991).

Um caso exemplar é a urgente necessidade de ampliar o tempo diário de permanência na escola. Se tomarmos a equidade como princípio, é preciso que esse aumento seja oferecido a todos os alunos. No entanto, é certo que o país não dispõe de recursos para, de imediato, universalizar uma escola de turno único. É preciso, assim, definir metas e continuar equacionando recursos para chegar a metas mais ousadas. Isso requer que o planejamento e a execução das políticas em educação tenham continuidade e sofram o menos possível de rupturas bruscas, como acontece com a alternância de poder em países politicamente instáveis e de tradição democrática frágil (MELLO, 1991).

Neste sentido, torna-se relevante a discussão acerca da eficácia escolar, não se referindo apenas à promoção da qualidade da educação, mas também à promoção da equidade entre segmentos sociais distintos que estão excluídos da e na escola, especialmente na rede pública, buscando promover a justiça social para todos os segmentos excluídos do processo educacional. Neste mesmo campo de discussão está o processo de implantação das políticas afirmativas e tantos outros mecanismos de inclusão à educação, no qual demandam revisão de estratégias que

visem garantir não apenas o acesso, mas também a permanência e acompanhamento do desempenho dos estudantes nas instituições nas quais ingressaram (GUEDES; BAQUEIRO; LORDÉLLO, 2004).

3.2 REALIDADE DOS MUNICÍPIOS

Para que o Brasil se torne um país realmente desenvolvido, todos concordam que é definitivamente imperioso melhorar a qualidade da educação. Acontece que, infelizmente, isto é um falso consenso, já que há intermináveis divergências sobre os meios para se chegar a esse fim (MURICI; CHAVES, 2013). A literatura converge para a percepção de que o desenho do Estado de Bem-Estar Social brasileiro até 1988 era marcado pelo caráter meritocrático-particularista e centralizado política e financeiramente no nível federal (MEDEIROS, 2001). Todavia, durante a discussão da Assembleia Constituinte ficaram explícitas as demandas por uma ação estatal mais efetiva na área social, bem como por uma repartição de recursos e responsabilidades, de modo que as deliberações resultaram na transformação do modelo de implementação e gestão das políticas públicas, contemplando tais demandas (CAVALCANTE, 2014).

Com efeito, a Constituição de 1988 introduziu um novo arcabouço institucional no qual a descentralização se tornou a principal diretriz da implementação das principais políticas sociais no país. Logo, o Brasil foi, muitas vezes, considerado um país extremamente descentralizado no mundo (ARRETCHE, 2000), muito em função da ênfase dada pela Carta Magna às competências concorrentes ou comuns entre os três níveis de governo. A descentralização contribuiu para a inauguração de estruturas operacionais com forte incentivo à ampliação da atuação dos municípios como executores dos serviços públicos de educação, saúde, assistência social e habitação (CAVALCANTE, 2014).

Em todas as áreas, embora em graus distintos, há consenso acerca da estratégia de municipalização dos serviços sociais básicos. A tendência de enfatizar os municípios como principais provedores de serviços públicos no lugar dos estados é tanto uma inovação quanto uma consequência do federalismo brasileiro (LIMA *et al.*, 2017). A proximidade maior para obter informações sobre as preferências e necessidades da população local, bem como a magnitude do território nacional são considerados fatores centrais na opção da execução das políticas públicas via municípios.

De modo geral, o sistema de política social transformou-se com novas estruturas de governança, formalmente baseadas em regras claras e universais de transferências de

responsabilidades e recursos que corroboraram para a elevação progressiva do papel das prefeituras, como no caso do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB, por exemplo. Entretanto, a despeito das relações entre o governo federal e os governos subnacionais serem supostamente pautadas por critérios técnicos e homogêneos, é notória a persistente disparidade entre os governos municipais no que tange à implementação destas políticas públicas (LIMA *et al.*, 2017).

Não obstante a postura na direção do modelo ideal de federalismo cooperativo nas principais áreas das políticas públicas, na prática, ainda prevalecem dificuldades para sua plena realização. A Constituição apresenta lacunas no que tange à operacionalização de ações de coordenação e cooperação intergovernamental, especialmente porque nem todas as áreas foram regulamentadas pelas leis complementares previstas. Observa-se, portanto, um processo heterogêneo de gestão compartilhada, influenciado pela importância da temática na agenda governamental, pelo desenho de cada política específica, pela distribuição prévia de competências e pelo controle sobre os recursos pelas esferas de governo (CAVALCANTE, 2014).

Se, por um lado, a literatura nacional aprofundou a compreensão dos motivos das diferenças dos processos de descentralização entre os setores das políticas sociais, por outro, pouco se avançou nas análises das diferenças entre municípios. Nessa direção será o trajeto das próximas linhas, no sentido de desenvolver uma análise da heterogeneidade espacial na eficácia dos poderes públicos, em especial dos municípios, em implementar as políticas de educação.

3.2.1 Responsabilidades, encargos e competências

Conforme mencionado, uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 foi a elevação dos municípios à condição de ente federado. Tal formato não é usual nos modelos federativos, mas foi o reconhecimento da crescente responsabilidade dos municípios na prestação dos serviços públicos que integram o cotidiano dos brasileiros que fez com que esses adquirissem tal reconhecimento.

Até a Carta de 1988, a educação brasileira caracterizava-se pela centralização administrativa e financeira no âmbito do governo federal. Durante as discussões da Assembleia Constituinte, ficaram evidentes as divergências entre os defensores da escola pública e os representantes do ensino privado. Em linhas gerais, polarizavam entre a destinação exclusiva dos recursos estatais para o ensino público e a transferência, em parte, destes recursos para as escolas privadas (CAVALCANTE, 2014).

Muito embora a centralização nas mãos da União se fizesse presente, em termos educacionais, durante o decorrer das décadas anteriores ao processo constituinte, mesmo sem haver recursos proporcionalmente distribuídos, os municípios aumentaram a cobertura escolar do ensino fundamental e, pelo menos nos centros urbanos, iniciaram a oferta educacional para a primeira infância. Ademais, é bom lembrar que com a Carta de 1988 houve uma distribuição de responsabilidades e recursos entre os entes federados. Assim, as teses descentralizadoras tiveram forte incidência no texto constitucional, especialmente porque o país estava superando o período instalado em 1964 e uma vasta concentração de atribuições e recursos em poder da União (LIMA *et al.*, 2017).

Sabe-se que a educação como direito social e como um dos componentes da consolidação da cidadania pressupôs a criação e a efetivação de estratégias pelo poder público para que fosse garantida a sua aplicação no âmbito de sua concretude. Não se pode descuidar do fato que a elaboração de legislação e de políticas educacionais no país se trata de um movimento histórico. Por sua vez, a localização do direito à educação obrigatória se dá em espaços contraditórios, onde estão presentes os interesses sociais, econômicos e culturais (FLACH, 2011).

Como resultado, o texto final da Constituição incluiu um conjunto de artigos acerca da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), que consagrou a descentralização às instâncias subnacionais, introduziu mecanismos de gestão democrática e reiterou a vinculação constitucional de recursos para a educação. Por sua vez, quanto à educação superior, não houve muitas alterações. As mudanças foram mais significativas a partir dos anos 1990, com a ampliação das vagas nas redes privadas e, mais recentemente, nas universidades públicas estaduais e federais (CAVALCANTE, 2014).

Em relação ao aspecto federativo, tratou-se pela primeira vez da organização dos sistemas municipais de ensino ao lado dos sistemas federal e estadual já existentes, com destaque para a vinculação de 25% das receitas das esferas subnacionais para a área. Em 1996, a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que vinha sendo debatida desde a Assembleia Constituinte, regulamentou também os termos do Regime de Colaboração. No mesmo ano, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 14/1996, que criou o Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o FUNDEF (CAVALCANTE, 2014). Isto modificou, consideravelmente, o papel do Estado na educação, haja vista que alterou os dois primeiros incisos do artigo 208, garantindo ensino fundamental obrigatório e gratuito e a progressiva universalização do ensino médio gratuito (BRASIL, 1988).

Salienta-se que foi o artigo 211 da CF que estabeleceu as competências educacionais de cada ente (BRASIL, 1988). E, ao contrário do modelo da saúde, por exemplo, que criou um sistema nacional de caráter municipalizante na prestação dos serviços, o da educação reconheceu, na prática, o quadro de oferta existente no momento de sua aprovação (LIMA *et al.*, 2017). Assim, coube aos municípios oferecer a educação infantil e o ensino fundamental, etapas em que se concentrava a esfera municipal. Quanto aos estados — da mesma forma —, reconheceu-se sua presença no ensino fundamental (por mais que não majoritária) e ensino médio. Importante referir, quanto às competências municipais e estaduais, que os chamados “anos iniciais”, compreendidos entre o 1º e o 5º ano letivo, são legalmente de competência exclusiva dos municípios. Já os “anos finais”, do 6º ao 9º ano, são de competência “compartilhada” entre município e estado. E, por sua vez, o ensino médio é competência exclusiva dos estados (por mais que haja municípios que atendam essa demanda, como por exemplo, o município de Pelotas).

Por sua vez, à União coube dois tipos de responsabilidade. A primeira foi a manutenção de sua rede federal de educação, o que significava ser responsável pelo ensino superior e pelas escolas técnicas espalhadas pelo país. E, a segunda responsabilidade, muito importante para a construção do pacto federativo, foi a de auxiliar os demais entes na execução de suas atribuições por meio de ações redistributivas e supletivas.

O fundo público reservado para financiar o direito à educação nacional foi estabelecido pelo artigo 212 da Constituição Federal. E, mantendo uma tradição iniciada na Constituição de 1934, inseriu-se o instrumento da vinculação constitucional de recursos, que pressupõe a reserva de parte do fundo público para a execução exclusiva na manutenção e desenvolvimento do ensino. Ressalta-se que, apesar da reserva constitucional para a educação, a distribuição real dos recursos entre os entes federados é bastante desigual, tudo porque a Constituição Federal distribuiu responsabilidades sem a devida realocação proporcional das receitas (o ensino fundamental é um exemplo clássico disso).

Em verdade, a Carta de 1988 explicita o sistema de partilha, com ampliação dos percentuais de composição dos fundos de participação, mas não são contornados os problemas centrais do sistema tributário, sendo que a guerra fiscal entre estados é um dos sintomas das desigualdades econômicas regionais (LIMA *et al.*, 2017). Logo, se o sistema tributário — em geral — é injusto quanto à alocação de recursos, na educação isso também é verdadeiro.

O que se quer dizer com isso é que o processo de municipalização do ensino é um fato histórico relevante por ter alterado a distribuição da oferta de matrículas do ensino fundamental entre estados e municípios, porém, não se pode descuidar do fato que esse processo não é

consequência de uma obrigação constitucional. Logo, foi a criação da política de fundos em 1996 que viabilizou as condições para que as tentativas preexistentes de municipalização do ensino ocorressem de maneira acelerada no Brasil. Antes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – FUNDEF, as tentativas de repassar as escolas estaduais de ensino fundamental para a competência dos municípios não tinham sido frutíferas.

Acerca da política de fundos, José Marcelino de Rezende Pinto (2019) refere que essa política se apresentou como um grande avanço para o combate das desigualdades financeiras entre os entes federados no tocante ao montante disponível para educação no Brasil. Além disso, salienta que antes da implantação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, a diferença no gasto por aluno poderia atingir uma razão superior a dez entre as diferentes regiões do país, e, também, no interior de um mesmo estado, na comparação entre escolas mantidas pelo governo estadual e aquelas sob responsabilidade dos governos locais. Minimizar essa desigualdade foi um dos motivos da implantação da política de fundos, talvez o seu aspecto mais positivo.

Logo que foi criado, a redistribuição de recursos educacionais tendo por base a matrícula no ensino fundamental estimulou a lógica de que receber mais alunos (e suas escolas) seria uma prática administrativa vantajosa para os municípios. Porém, contrariamente à expectativa inicial dos gestores municipais no início do processo, a municipalização não trouxe, como regra, benefícios para a educação brasileira. Ao contrário, ao sobrecarregar o ente federado com menor capacidade de receita sem que a devida compensação financeira fosse garantida, contribuiu para dificultar a existência de uma educação com padrão de qualidade aceitável e, em alguns casos, causou desorganização de redes escolares.

Por mais que a proposta de constituição de fundos educacionais seja antiga, presente desde o “Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova” de 1934, a primeira tentativa bem-sucedida só ocorreu com a aprovação da Emenda Constitucional nº 14, em 1996 (LIMA *et al.*, 2017). Vale recordar que a Constituição Federal de 1988 acolheu a vinculação constitucional como mecanismo distributivo de recursos na educação e, no artigo 60 do Ato das Disposições Transitórias, havia estabelecido um esforço nacional para erradicar o analfabetismo e universalizar o ensino obrigatório — à época, apenas o fundamental de oito anos. Tal esforço seria realizado por todos os entes federados e usaria cinquenta por cento dos recursos vinculados.

No entanto, é essencial uma leitura combinada da alteração do papel da União inscrita ainda no artigo 211 com as mudanças realizadas pelo artigo 60 do ADCT, para que se possa

compreender como se deu a verdadeira intenção da emenda em análise. O parágrafo 1º do artigo 211 ganhou uma redação mais elaborada, na qual se lê que a União, além de suas tarefas com a educação superior, “exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e o padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos **Municípios**” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Uma leitura isolada poderia alegrar os leitores mais desprevenidos, pois foram introduzidos, sim, conceitos qualificadores da ajuda técnica e financeira, o que — em tese — deveria contribuir para a equalização de oportunidades e garantir um padrão mínimo de atendimento aos cidadãos brasileiros. O que seria justo e correto.

Acontece que a leitura do parágrafo primeiro precisava ser combinada com o parágrafo 6º do artigo 60 da ADCT, que estabelece:

Art. 60 [...] § 6º A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal.

Deste modo, retirou-se do texto constitucional a obrigatoriedade de a União participar com cinquenta por cento (50%) de seus recursos para garantir o direito ao ensino fundamental e, conseqüentemente, contribuir para a erradicação do analfabetismo. O percentual passou para trinta por cento (30%), estando incluída nesta porcentagem a participação via complementação financeira ao FUNDEF. Além disso, a Emenda Constitucional nº 14/1996 criou o FUNDEF, o qual obrigou estados, Distrito Federal e municípios a aplicar no ensino fundamental sessenta por cento (60%) dos recursos vinculados à educação.

Extraí-se, portanto, que o papel da União que teoricamente deveria ser o de ajudar financeiramente os demais entes para garantir a equalização das oportunidades e o padrão mínimo de qualidade, passou a ser o de socorrer determinados fundos em que o valor por aluno encontrado não alcançasse o mínimo definido nacionalmente. A respeito disso, importante salientar que durante todos os anos da vigência do FUNDEF, o valor decretado por aluno nacional sempre esteve em desacordo com o escrito na legislação, causando com isso enormes prejuízos para estados e municípios (LIMA *et al.*, 2017).

Ademais, havia uma expectativa — à época — de que o FUNDEF permitiria o aperfeiçoamento do processo de gerenciamento orçamentário e financeiro, promoveria uma ampliação dos recursos alocados no ensino fundamental, serviria de suporte para uma política redistributiva que corrigiria as desigualdades regionais e sociais, daria maior visibilidade à

gestão dos recursos e valorizaria o magistério, elevando seus salários e aumentando sua qualificação, porém a realidade não foi exatamente isso.

Reconhece-se que o FUNDEF promoveu uma minirreforma tributária no âmbito de cada unidade da Federação, redistribuindo recursos de acordo com o número de matrículas oferecidas pelos estados e municípios. Há, também, a concordância de que estabeleceu um critério mais razoável para a divisão de recursos, de modo que houvesse, minimamente, articulação entre aportes financeiros e respectivas responsabilidades. No entanto, se por um lado viabilizou o crescimento acelerado de oferta de vagas (no ensino fundamental), de outro afetou diretamente a capacidade dos entes federados de prover o direito à educação nos demais níveis e modalidades. Isso fica evidenciado no atendimento de crianças de zero a seis anos de idade, tanto pela baixa cobertura escolar como pela precarização do modelo de atendimento, induzindo ao crescimento do número de escolas infantis comunitárias e filantrópicas (LIMA *et al.*, 2017).

De qualquer modo, no que se refere ao ensino fundamental, a municipalização foi um descumprimento do preceito constitucional que estabelece claramente que a oferta deve ser compartilhada com a rede estadual. E, conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), o atendimento precisa guardar relação com a capacidade de cada ente federado de manter a oferta escolar com seus recursos disponíveis, o que, na maioria dos casos, não ocorre (LIMA *et al.*, 2017).

Sabe-se que a diminuição dos possíveis impactos do FUNDEF no combate às desigualdades não foi uma obra do acaso, um ponto fora da curva ou um simples problema de gerenciamento dessa política pública. Na verdade, o desafio apresentado seria conciliar uma organização político-administrativa pautada na autonomia e na desigualdade fiscal das unidades subnacionais com a existência de crescentes demandas pelo direito à educação. A resposta oferecida e implementada pelo governo central nos dez anos de FUNDEF foi promover um duplo movimento: de um lado, a desresponsabilização para com o financiamento direto da educação, especialmente a básica, e, de outro, a assunção de um papel de regulação *ex post* dos serviços prestados por meio de exames padronizados (LIMA *et al.*, 2017).

Tal caminho só pôde ser trilhado com o conseqüente abandono da visão universalista que inspirou os artigos de direitos sociais da Carta de 1988. Ademais, a Emenda Constitucional nº 14/1996 representa na educação uma superação da visão universalista, que supunha maior relevo no papel regulador do Estado. Portanto, foi nesse cenário que, em 2006, findo prazo de vigência do FUNDEF, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 53, que instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos

Profissionais da Educação – FUNDEB, alterando a redação do artigo 60 do ADCT e estabelecendo uma vigência de quatorze anos para o novo fundo (LIMA *et al.*, 2017).

Entre as críticas ao formato anterior, duas questões ganharam relevância nos momentos que antecederam a aprovação do novo Fundo. De um lado, havia um consenso entre os estados e os municípios de que o novo formato deveria criar mecanismos que evitassem futuros descumprimentos pela União de suas obrigações de auxílio aos fundos estaduais dotados de menor capacidade de financiamento. De outro, o fraco desempenho da oferta de matrículas nas pontas da educação básica, ou seja, na educação infantil e no ensino médio, era elemento de tensão para uma revisão do formato focalizado no ensino fundamental.

Na nova redação do artigo 60 do ADCT encontram-se as alterações mais significativas, que, desde a Emenda Constitucional nº 14/1996, comportava a política de fundos. Além disso, o novo Fundo passou a redistribuir recursos, contabilizando todas as matrículas da educação básica, deste modo, incluindo as matrículas de crianças atendidas em escolas de educação infantil (creches). Importante referir que a inclusão das matrículas de creches no formato do novo Fundo representou uma vitória da pressão da sociedade civil e dos gestores municipais, mas ainda não significa um tratamento equânime dessa etapa no escopo do FUNDEB.

Afora as questões relevantes supracitadas, foi justamente no formato de participação da União que se registrou uma diferença significativa entre o FUNDEF e o FUNDEB. Destaca-se, aqui, o fato de que a Emenda Constitucional nº 53/2006 optou por um modelo que garantisse uma elevação sustentável da contribuição financeira da União e, ao mesmo tempo, coibisse possíveis descumprimentos. No entanto, por mais que tenha previsto uma complementação financeira por parte da União (em percentual), a Emenda Constitucional não alterou o papel constitucional propriamente dito no financiamento educacional, pois esse continuou sendo suplementar e emergencial, ou seja, auxiliar os fundos estaduais e municipais que não alcançassem determinado patamar mínimo de valor por aluno.

Vale ressaltar que o instrumento do FUNDEB tornou-se um dos mecanismos mais importantes no trabalho de equalização do ensino obrigatório e na busca da universalização da educação no Brasil. Farenzena (2015) aponta que a política do FUNDEB pode ser definida em linhas gerais pela vinculação e subvinculação de recursos públicos à educação básica, demarcando a importância do investimento da verba pública para políticas sociais, garantindo o direito social da educação; a (re)distribuição destes recursos de acordo com as competências de cada ente federado, que começou no FUNDEF, mas se aprimorou no FUNDEB; a cooperação intergovernamental no financiamento da educação, em que há ações e intervenções de todos os níveis de governo (municipal, estadual e nacional).

Como o FUNDEB como política pública encerrou sua vigência ao final de 2020, para substituir e aprimorar esse instrumento, aprovou-se no Congresso Nacional a PEC do Novo Fundeb (nº 15/2015 na Câmara dos Deputados e nº 26/2020 no Senado Federal). Acerca disso, Maria Paula Dallari Bucci (2020) ressalta que a aprovação da PEC do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação) na Câmara Federal, por quase unanimidade, surpreendeu alguns. Mesmo sabendo-se da data de expiração dessa política em 2020, a proposta tramitava lentamente desde 2015. E acrescenta que a aprovação

traz lições sobre as políticas públicas e o amadurecimento da democracia brasileira após a Constituição de 1988, com mecanismos de efetivação dos direitos sociais que se contrapõem aos retrocessos do período mais recente. Isso constitui a base do Estado Social, que deve ser valorizado na reconstrução pós-pandemia, em disputa com visões fiscalistas, focadas na restrição do gasto e do papel do Estado (BUCCI, 2020, n.p.).

Propor e defender um aumento na complementação da União é lutar por mais recursos públicos para a educação (GLUZ, 2021). No atual desenho, quem investe mais no fundo são os municípios e estados e estes são os que menos têm disponibilidade financeira de arrecadação, conforme novamente apontado por José Marcelino Rezende Pinto (2007). Existe uma desigualdade entre os entes federados, de maneira que a União, que tem maior capacidade financeira, é o ente que menos contribui para o fundo. Tanto estados como municípios estão esgotados nesse sentido.

Logo, a aprovação da PEC significa apoio social a uma política educacional com direção clara que gera resultados consistentes. Cabe o destaque para duas questões importantes: i) Não haverá mais o prazo de vigência do Fundo, isto é, uma data em que a política poderia expirar. Assim, o FUNDEB torna-se uma política permanente do Estado brasileiro. Mas isso não significa que o mecanismo permanecerá imutável indefinidamente. Periodicamente, o Congresso Nacional revisará o funcionamento do fundo. Primeiro, em 2026, como aponta a PEC, e depois, decenalmente: 2036, 2046 e assim por diante. ii) A complementação da União sairá de 10% (dez por cento) para 23% (vinte e três por cento) da soma dos 27 (vinte e sete) fundos estaduais, até 2026 (com doze por cento em 2021). Em valores atuais, isso significa expandir a complementação anual de R\$ 15,8 bilhões para R\$ 36,3 bilhões. Destaca-se ainda que 50% (cinquenta por cento) desses recursos deverão ser destinados à Educação Infantil. Em caso de falta de vagas na rede pública, esses recursos poderão ser destinados a escolas de Educação Infantil conveniadas com o poder público.

Outras alterações mais modestas também serão realizadas, contudo, fez-se importante o destaque para as duas supracitadas de modo a referir que, até então, a constituição e a trajetória histórica das políticas educacionais no Brasil têm sido marcadas hegemonicamente pela lógica da descontinuidade. A ausência de organicidade e os limites de materialização das políticas educacionais impediam mudanças substantivas nos sistemas de ensino (AKKARI; SANTIAGO; MESQUIDA, 2018). De acordo com Dourado (2007), vivencia-se no país um conjunto de ações que contribuem para desestabilizar o instituído, mas sem a força política de instaurar novos parâmetros orgânicos à prática educativa. Logo, vê-se melhorias na educação básica com o texto aprovado recentemente. Já que é sabido que a legislação educacional brasileira, com destaque para a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e para o Plano Nacional da Educação (PNE), enfatiza a importância da definição de padrões de qualidade de ensino. E a busca por melhoria da educação exige medidas não só no campo do ingresso e da permanência, mas requer ações que possam reverter a situação da baixa qualidade da aprendizagem na educação básica.

Portanto, mais uma vez é preciso referir que, apesar das melhorias observadas nas últimas décadas (ampliação do acesso à etapa obrigatória de escolarização, a aprovação do novo FUNDEB, o aumento do aporte financeiro por parte da União etc.), a efetivação do direito à educação ainda encontra obstáculos nas desigualdades sociais e regionais. Tais desigualdades impedem a eliminação do analfabetismo e a universalização do ensino fundamental. Além disso, inviabilizam a efetivação de dois outros princípios da educação entendida como direito: a garantia de permanência na escola e a boa qualidade do ensino para todos. Diante disso, será necessário repensar o papel da educação?

3.2.2 Dimensão social e ética: será necessário repensar o papel da educação?

O conhecimento sobre os problemas da educação não é novo e nos últimos anos tem vindo à tona com mais frequência. Sabe-se que a educação é um patrimônio de riqueza incalculável que impacta gerações e repercute por décadas na saúde, na política, na segurança, na economia e na qualidade de vida de um povo. Talvez as perdas na educação brasileira não sejam tão evidentes “a olho nu”, pois, embora os resultados das avaliações revelem os problemas, ainda não há uma solução que os trate sistematicamente. O agravante é que, sendo um patrimônio intangível, a maioria não vê seus estragos em longo prazo, e há aqueles que os veem, mas lidam com eles de forma imediata, atuando “paliativamente” sem utilizar-se de métodos adequados para uma solução efetiva (MURICI; CHAVES, 2013).

Não há nada pior para um país do que a baixa percepção dos seus problemas intangíveis. Para que a educação não seja um tesouro que a cada dia fica mais soterrado, é urgente deter o discurso e ir para a ação, agindo de forma organizada sobre as causas e utilizando um método de gestão eficaz em todos os seus níveis. Há quem aposte que com a inversão da pirâmide etária conforme apontam dados do IBGE e com o aumento do orçamento — e aqui pode-se incluir as alterações oriundas do novo FUNDEB —, haverá mais recursos por aluno, o que poderia melhorar a educação. Entretanto, estudos apontam que não é dinheiro que falta para melhorar a educação no nosso país. Faltam diretrizes, um esforço sistêmico, um método que possibilite estabelecer metas, planejar as estratégias, acompanhar e intervir para se ter certeza de um bom resultado (MURICI; CHAVES, 2013).

Para além de sua efetividade normativa, há que se considerar os aspectos que envolvem a garantia do direito à educação, tanto na dimensão da oferta, ou do “tipo de prestação exigível do poder público para sua satisfação em caso de sua oferta regular ou insuficiente” (DUARTE, 2007, p. 693), quanto do papel do Estado na atuação da exigibilidade dos direitos sociais, assim como na qualidade do papel social a que esta tarefa se propõe (SANTOS, 2019).

A partir desse raciocínio, argumenta-se que, embora os regulamentos mais importantes da política educacional brasileira posteriores à Constituição Federal de 1988 construam uma nova função para a escola, ela ainda funciona como espaço destinado a atividades restritas de escolarização e de reprodução cultural da classe dirigente, cujas práticas e rotinas são baseadas na reprodução de valores que regem a lógica do trabalho, do consumo e do ideal de abundância como sinônimo de felicidade, replicando atitudes, valores e comportamentos do que Hannah Arendt (2005) denominou repertório do *animal laborans*. Ressalta-se que essa proposição ganha ainda mais importância diante da insuficiente sistematização acadêmica sobre esse novo paradigma de espaço educacional que protege, e menos ainda se tem priorizado a proposição da efetividade da dignidade humana como princípio pedagógico (SANTOS, 2019).

Importante salientar que a discussão do espaço de formação e de socialização educacional é tema recorrente entre pesquisadores da área da educação e das demais ciências humanas que se propõem a investigar o fenômeno em suas diversas dimensões. É incontroverso o fato de que esse lugar sempre ocupou destaque na organização formal das instituições modernas, sofrendo pressões políticas e ideológicas para se configurar como espaço privilegiado; seja a partir de paradigmas politicamente mais tradicionais, cuja finalidade de reprodução social consolida sua maior vocação nas sociedades capitalistas, seja, mesmo que nunca hegemonicamente na história da educação brasileira, como espaço de formação radical

e emancipadora de cidadãos que resistem ao *status quo* imposto pelos “fetiches” do modo de vida do capital (SANTOS, 2019).

Entende-se que é por esse motivo que o ambiente escolar se constitui como objeto de tanta polêmica e controvérsia, pois, mesmo que a educação seja uma prática social corrente em diversos espaços e tempos e de diferentes modos, é possível afirmar que, sem o estabelecimento escolar, o direito a ela seria mais difícil de ser garantido, e ao se investigar a qualidade da educação que se oferece nesses lugares, considera-se que deve compreender acesso, permanência, sucesso, organização e participação na discussão do processo político e pedagógico, pois educação é produção de saber, e o saber é, reconhecidamente, expressão de relações políticas e ideológicas (SANTOS, 2019).

As desigualdades presentes no sistema escolar brasileiro são múltiplas e podem estar relacionadas ao pertencimento social, regional ou geográfico, à cor da pele, ao gênero e ao tipo de escola frequentada. Além disso, a ampliação do acesso à escolarização das camadas populares não significou efetiva inclusão educacional desse grupo social. Incorporaram-se parcelas da população que não tinham acesso à educação e cujas experiências culturais eram distintas daqueles que já estavam presentes no espaço escolar. Assim, o processo de expansão das oportunidades de ingresso à escola foi oferecido sem as condições necessárias à inclusão de fato, incorporando as tensões, as contradições e as diferenças presentes na sociedade (AKKARI; SANTIAGO, MESQUIDA, 2018). É por este motivo — e tantos outros — que o conteúdo dos marcos normativos, currículos, diretrizes operacionais, processos de formação de docentes e discentes da política educacional brasileira e, inclusive, a escola como o lugar em que se formam mentalidades e comportamentos, devem ser repensados.

Em Bauman (2015) encontram-se problematizações de ideias que sustentam o atual modo de vida — capitalista — e que começam a dar sinais evidentes de esgarçamento, quais sejam: i) o crescimento econômico incessante como única saída para a resolução dos problemas advindos da coabitação em uma sociedade organizada; ii) o aumento permanente e exacerbado do consumo como única e última alternativa para se encontrar a felicidade plena e duradoura; iii) a naturalização da desigualdade entre os seres humanos e sua inevitabilidade benéfica a todos, o que confirma a ideia positivista do bem comum; e, finalmente, iv) a competição, a rivalidade e a instauração de processos excludentes como imprescindível à justiça social, à igualdade e à reprodução da ordem.

Hannah Arendt (2005, p. 83) denomina esse contexto como a crise contemporânea da educação, pois “vivemos em uma sociedade de massas que prioriza as atividades do trabalho e do consumo; que deseja avidamente a novidade pela novidade, orientando-se apenas pelo futuro

imediatos”, e a escola, enquanto instituição mediadora da relação entre o ser humano e o mundo, tem atuado como avalizadora dessa perpetuação.

É a constatação de que o crescimento econômico não conduz mecanicamente à superação das desigualdades sociais que tem levado a se repensar o papel da educação, não no paradigma clássico da teoria do capital humano, mas como elemento que pode dinamizar outros processos sociais importantes para alcançar maior equidade (MELLO, 1991). Discutem-se valores e atitudes que deveriam estar sendo formados pela escolarização formal, bem como pela família, os meios de comunicação e outros âmbitos educativos informais. É, pois, disto que se refere quando se fala em sucesso ou insucesso escolar, quer seja do ponto de vista do aluno, da escola ou da sociedade. Será consensual, portanto, dizer que o nível de sucesso escolar tem uma clara e profunda relação com a equidade e com a eficiência em educação (LEMOS, 2013).

Portanto, o que se defende é que as práticas educativas que contribuem para o efetivo exercício da cidadania busquem conhecimento sobre a natureza dos problemas concretos que motivam e mobilizam as pessoas. Além disso, destaca-se a importância do acesso e seletividade no uso da informação, domínio dos mecanismos legais e institucionais, que existem para encaminhar suas demandas, já que se espera da escola, embora não apenas dela, a contribuição para a qualificação da cidadania, que vai além da reivindicação da igualdade formal, para exercer de forma responsável a defesa de seus interesses. Aquisição de conhecimentos, compreensão de ideias e valores, formação de hábitos de convivência num mundo cambiante e plural são entendidas como condição para que o ambiente escolar não produza novas segmentações, mas contribua para tornar a sociedade mais justa, solidária e integrada.

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ENTRE A LITIGÂNCIA INDIVIDUAL E COLETIVA

Conforme mencionado nos tópicos anteriores, as dificuldades para o real e efetivo exercício do direito à educação em nosso país apresentam-se como um tema de elevada relevância social, já que sua efetivação e fruição são absolutamente imprescindíveis para se galgar valores constitucionais máximos da ordem jurídica, como a dignidade da pessoa humana. Vale dizer, inclusive, que a questão relativa à efetividade do direito à educação se apresenta extremamente complexa, exigindo uma grande concentração de esforços na criação de ações afirmativas. Logo, o controle judicial aparece nessa seara como importante medida para concretização de políticas públicas (BOMFIM, 2010).

Resta claro que os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República, aos quais correspondem obrigações prestacionais do Estado, envolvem a necessidade de prestações positivas do Estado, sendo por isso também chamados de direitos fundamentais prestacionais. A fruição de direitos como à educação, à saúde, à habitação, dentre outros, dependem da organização do Estado que fixa e implementa políticas públicas por intermédio dos Poderes Legislativo e Executivo.

As relações dos indivíduos com o Estado são pautadas por objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e a aplicação do Direito de maneira geral e, forçosamente, o Poder Judiciário acaba sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as políticas públicas passam a fazer parte da matéria-prima com a qual trabalha o Poder Judiciário, tornando-se elemento essencial da decisão judiciária (OLSEN, 2012).

Não se pode descuidar do fato de que a questão das desigualdades (sociais, culturais etc.), amplamente referidas anteriormente, acabam ensejando uma maximização da procura pelo Poder Judiciário. Tal fato se dá pela necessidade de que sejam atendidos os anseios da população no sentido de oferecer o acesso a todos os interessados mediante a garantia da educação básica obrigatória e gratuita. Tudo isso, pois, claramente, em um Estado Democrático de Direito, não são asseguradas apenas prerrogativas e obrigações a todo cidadão, mas igualmente garantias para sua efetiva fruição. Desta feita, a ausência da aplicação no mundo fático dos referidos direitos, enseja o acionamento de ferramentas jurídicas e processuais capazes de se fazer concretizar um direito constitucionalmente protegido, como o direito à educação (BOMFIM; SILVA, 2017).

Desse modo, as próximas linhas dedicam-se a preocupações relevantes na esteira dos processos que envolvem políticas públicas e direitos sociais. Busca-se abordar a pertinência das ações coletivas como meio apto à concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para a importância das opções processuais realizadas em relação a essa questão, de modo que tais opções reflitam diretamente nas possibilidades de concretização dos bens constitucionalmente positivados.

3.3.1 Controle jurisdicional de políticas públicas e a (in)eficácia das demandas individuais

O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil é uma realidade e vem sendo realizado com maior frequência por juízes de todo o país, envolvendo a análise dos mais diversos temas ligados à concretização dos direitos fundamentais sociais, em várias decisões

proferidas em demandas coletivas e individuais que chegam aos tribunais, a maioria suscitando direitos relativos a medicamentos e outros insumos para a saúde, matrículas em escolas de educação infantil, políticas relativas à construção de moradias populares, dentre outros.

Trata-se de um tema com extensão ampla, transpassando por uma miríade de áreas do Direito, bem como tem fundamentado uma quantidade considerável de decisões dos tribunais pátrios, razões essas que justificam um estudo doutrinário. O aspecto fundamental que envolve o tema do controle judicial de políticas públicas sem dúvida é a mudança significativa que aporta aos mecanismos de efetivação de direitos sociais antes considerados ineficazes ou de eficácia limitada, uma vez que a impossibilidade de intervenção do Judiciário na esfera das políticas públicas era um dogma inacessível. Nesse sentido, o tema encerra em si uma verdadeira revolução paradigmática rumo à efetivação dos direitos sociais quando houver inoperância ou irregularidade do Estado na concretização de seus próprios fins (ZUFELATO, 2013).

No entanto, nesse cenário, a discussão sobre a possibilidade de judicializar temas políticos no Brasil acaba tornando-se menos importante do que discutir as melhores formas de promover a judicialização e superar os obstáculos que hoje existem no ordenamento jurídico. Como é sabido, a judicialização de temas políticos tem ligação com a necessidade de os jurisdicionados efetivamente se beneficiarem dos direitos sociais — direitos estes garantidos constitucionalmente —, que têm como escopo a diminuição das desigualdades sociais e a fixação de um padrão mínimo de usufruto dos bens coletivos. Portanto, ao apreciar tais temas, o juiz estará sempre diante de uma questão de justiça distributiva, ou seja, de alocação de recursos e/ou bens escassos, de acordo com aquilo que está sendo veiculado no pedido da ação submetida à sua análise (COSTA; FERNANDES, 2017).

Ora, se os titulares dos direitos sociais são todos os indivíduos, parece intuitivo dizer que a discussão judicial se daria de forma mais adequada pela via do processo coletivo, de sorte que todas as pessoas submetidas a uma mesma privação em relação a determinado direito pudessem ser beneficiadas pela decisão judicial que, em alguma medida, teria caráter político justamente por criar, modificar ou intervir em uma política pública. Entretanto, não é o que vem sendo observado no Brasil, onde tem sido muito comum a judicialização dos direitos fundamentais sociais pela via individual (COSTA; FERNANDES, 2017).

Vale ressaltar que, para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, a solução dos conflitos mediante um “devido processo legal” deve ser efetiva, e não apenas formal. Para tanto, devem ser equacionadas as modificações sociais, econômicas, políticas e culturais existentes. Na verdade, a necessidade de processos supraindividuais não é nova, pois

há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas (MENDES, 2019)

Sérgio Cruz Arenhart (2017) aduz que, na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado de forma irresponsável pelos tribunais brasileiros. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo totalmente incorreto, mas sim porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados. Nessa linha de raciocínio, é possível dizer que a redução de um conflito multipolar envolvendo políticas públicas, por exemplo, a um modelo bipolar de processo, obscurece o real problema que o litígio encerra, ou seja, o modo como os recursos públicos como um todo devem ser alocados. E mais, além de obscurecer o problema maior e de condicionar a distribuição de recursos públicos à existência de pretensões levadas individualmente a juízo, ao invés de facilitar a referida alocação de recursos, acaba por privilegiar aqueles possuem maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses. Ou seja, ao fim e ao cabo, as ações individuais privilegiam aqueles que, normalmente, estão em condições mais favoráveis e, portanto, que não serão aqueles que mais necessitam da proteção da política pública.

A litigância coletiva, por sua vez, tem potencial para superar os problemas ressaltados anteriormente, oriundos da litigância individual. Os processos coletivos permitem um maior equilíbrio de forças entre os litigantes, pois transformam o processo em um embate entre litigantes habituais (COSTA, 2017). Ademais, o processo coletivo apresenta-se como instrumento processual hábil a possibilitar a discussão acerca de direitos e interesses metaindividuais, que pela sua própria natureza possuem alto grau de abstração e necessitam de concreção por algum dos poderes do Estado.

Em vista de as ações coletivas serem o objeto de análise neste contexto, cabe ressaltar que ação popular, instituída em 1965, constitui o embrião da defesa dos interesses ou direitos coletivos no Brasil. Atualmente, além da Lei nº 4.717/65, a Constituição Federal prevê seu cabimento no artigo 5º, inciso LXXIII. A ação popular pode ser classificada como direito político fundamental, sendo essencial para o exercício da cidadania. Ensina Teori Zavascki (2017):

A faculdade de promover a ação popular, com o poder que dela decorre no controle de atos da Administração Pública, conferiu aos membros da comunidade um meio de participação na vida política, um significativo marco de afirmação dos direitos de cidadania. É o cidadão tutelando em juízo “o direito que tem a coletividade a um governo probo e a uma administração honesta”, lembrava Frederico Marques. Trata-se, inegavelmente, de um direito político fundamental, da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na Constituição, como os de alistar-se, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos (CF, art. 14, §§ 1º a 4º) e a nomeações para certos cargos públicos não eletivos (CF, arts. 87; 89, VII; 101; 131, § 1º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos e apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (CF, arts. 14, caput, e 61, § 2º).⁷ Visualizado em seu contexto e em seu sentido histórico (como é apropriado para avaliar adequadamente essa espécie de atributo), o direito à ação popular sempre representou um traço importante nos direitos de cidadania, de muito significado ainda hoje, quando tais direitos assumem novos contornos, mais complexos e multiformes.

Seguindo nesta ótica, foi com a edição do Plano Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 6.938/81, que a ação civil pública foi introduzida no ordenamento jurídico nacional. De acordo com o artigo 14, § 1º, da mencionada lei, caberia ao Ministério Público a propositura de ação civil para responsabilizar o poluidor por danos causados ao meio ambiente. Porém, foi com o advento da Lei nº 7.347/85 que a ação civil pública foi definitivamente introduzida no ordenamento jurídico pátrio, diante da incapacidade de o sistema tradicional lidar com questões de acesso à justiça relativamente aos interesses metaindividuais, de modo que se fez necessário trabalhar na construção de uma via de acesso capaz de submeter os interesses coletivos à apreciação jurisdicional. Importante salientar que o sistema de tutela coletiva de direitos, desenvolvido pelo ordenamento jurídico brasileiro, inspirou-se no modelo norte-americano, mas suas peculiaridades são inerentes a um sistema pertencente à família jurídica do *civil law*. No que concerne à representatividade adequada, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, o sistema brasileiro optou por uma solução, em princípio legislativa, arrolando os entes legitimados a buscar a tutela coletiva de interesses (COSTA; FERNANDES, 2017).

Portanto, a Lei nº 7.347/1985, em seu artigo 5º, dispõe que são legitimados para a propositura da ação civil pública: i) a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal; ii) o Ministério Público; iii) a Defensoria Pública; iv) as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, ainda que despersonalizados; v) as associações constituídas há pelo menos um ano (BRASIL, 1985).

Quanto à representatividade, é preciso reconhecer que toda política pública é, em substância, um interesse de grupo, podendo o agrupamento ser mais ou menos extenso segundo a dimensão da própria política pública. Nesse sentido, eis a relevância de um ente representativo que congregue em si o interesse comum – ou pelo menos o interesse prioritário – do grupo e o defenda em juízo (ZUFELATO, 2013). Por tal razão, é indispensável que haja um rol amplo de

legitimados a fim de se evitar a sub-representação desses interesses mediante a ausência de quem os tutele em juízo.

Em relação a essa postura, Carlos Alberto de Salles (2005) aponta com exatidão o papel da ideologia nas ações coletivas, e por consequência nos processos de tomada de decisão estatal, o que faz com que um grupo minoritário faça valer seu posicionamento. Assim, sob essa perspectiva de análise:

É de grande importância a constatação de que impactos sofridos por interesses difusos não são distribuídos de forma regular entre os vários sujeitos por alguma forma com eles implicados. Por isso, entre a totalidade daqueles que sofreram alguma repercussão no interesse per capita, podem existir subgrupos cujo impacto sofrido tenha sido suficientemente alto para incentivá-los a provocar os demais membros da maioria menos interessada. Estes subgrupos, agregando sujeitos que tenham sido mais afetados do que os demais, podem ter a capacidade de ativar a maioria, atuando como ‘catalisadores’ para dar impulso a uma ação coletiva em defesa do interesse majoritário (SALLES, 2005, p. 45).

Neste aspecto, o Brasil fez uma escolha político-jurídica interessante, pois adotou o esquema híbrido de legitimados ativos, admitindo não somente órgãos públicos — com destaque aqui para a profícua defesa desses interesses da parte do Ministério Público —, mas dotando também os entes da sociedade civil, como as associações, de capacidade para a defesa dos interesses do grupo que representam (ZUFELATO, 2013).

Cabe destacar que, neste ponto em específico, parte da doutrina não enxerga o processo coletivo como o meio mais apto para a concretização de políticas públicas. Por esta ótica, ressalta o fato de que nosso modelo tradicional de processo coletivo não consiste em uma técnica que permite a coletividade expressar plenamente sua vontade ou seus interesses. Sérgio Cruz Arenhart (2017, p. 481) é um desses autores, apresentando crítica ao modelo de tutela coletiva nacional para concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário nos seguintes termos:

A tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa promoção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. [...] Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um processo bipolarizado.

Assim, para o autor, o processo coletivo como está posto se encontra enraizado com a adoção da mesma lógica do processo individual, de modo que, embora tenha sido adaptado para atender algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de palco adequado à tutela de interesses sociais. Entretanto, embora se reconheça essa posição doutrinária, o presente trabalho seguirá argumentando que as ações coletivas representam o meio mais célere e eficaz atualmente disponível em nosso ordenamento jurídico.

Ressalta-se que a importância da litigância coletiva não é só por ser um meio mais célere e que permite um maior equilíbrio de forças entre os litigantes, há outras questões tão ou mais importantes. Sabe-se que com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade. Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante, e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro, e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia (MENDES, 2019).

Outra consequência negativa se deve ao fato de a abordagem dos direitos sociais de forma atomizada, por meio de ações individuais, não permitir uma análise completa e planejada da realidade, o que acaba por atingir o administrador de forma também dispersa, impedindo-o de ter uma visão geral do problema — visão esta necessária à elaboração de uma política pública apta a dar conta da carência de todas as pessoas que estejam na mesma situação fática. Ademais, as decisões proferidas em resposta aos direitos suscitados individualmente também podem interferir na execução de políticas públicas já existentes, determinando a realocação de recursos para atender uma situação individual em detrimento de uma solução coletiva — o que acontece corriqueiramente em relação a demandas educacionais de vagas em escolas públicas. Em vista disso, em muitos casos, as decisões em processos individuais que veiculam pedidos relacionados a direitos sociais podem ser tão distantes da realidade do poder público que o mesmo sequer tem a possibilidade de aplicá-las de forma universal (COSTA; FERNANDES, 2017).

Acrescenta-se a isso a impossibilidade de o julgador enxergar o quadro geral ligado a determinado direito social — em razão da propositura de ações individuais —, que acaba

causando o efeito inverso ao que se espera do controle jurisdicional de políticas públicas, isto é, ao invés de promover a fruição, por todos, dos bens coletivamente assegurados constitucionalmente, privilegiam-se aqueles que, por um motivo ou outro, procuram o Judiciário para requerer individualmente a concretização do seu direito. Em outras palavras, afirma-se que “o Poder Judiciário, conquanto tenha o objetivo de promover a igualdade prevista na Constituição da República, ao conceder determinadas tutelas apenas àqueles que individualmente o acessam, acaba tornando-se, ele mesmo, um gerador de desigualdades” (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 371).

Para mais, com a miscelânea de pronunciamentos diferenciados e antagônicos do Poder Judiciário, o órgão passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais. As ações coletivas podem, entretanto, cumprir um grande papel, no sentido de eliminar as disfunções supramencionadas, na medida em que concentram a resolução das lides no processo coletivo, reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias (MENDES, 2019).

É oportuno salientar que não se pretende aqui defender mecanismos que impeçam a propositura de ações individuais na discussão de direitos sociais — o que atentaria contra a garantia constitucional do acesso à justiça —, mas sim alertar que existem formas de minimizar o impacto desse tipo de ação no campo do controle de políticas públicas, por meio de mecanismos que permitam a universalização da tutela quando o pedido de determinada ação judicial beneficie uma classe/grupo de pessoas.

Logo, o argumento utilizado para defender essa espécie de remédio judicial é o de que um litígio que busca a concretização de um direito fundamental social deve receber um tratamento adequado pelo Poder Judiciário, alinhado aos comandos da Constituição da República, de forma a resguardar as competências de cada esfera de Poder. Considerando que os litígios em tela envolvem políticas públicas, o magistrado estará à frente de um caso que envolve complexidade. Por isso, qualquer que seja o litígio de concretização dos direitos fundamentais sociais, envolverá diversos atores, afetando necessariamente a coletividade. Neste sentido, a intervenção deve se pautar em um modelo de direito processual que supere a lógica bipolar a que estão habituados os magistrados, legitimando, dessa forma, a intervenção judicial nas políticas públicas (MEDEIROS JÚNIOR, 2018).

Sustenta-se, portanto, para a “mudança” dessa visão arraigada ao processo individual bipolar, a ideia consubstanciada nos processos estruturais, os quais não possuem, ainda, coesão

na doutrina para nominar o instituto, visto que alguns autores tratam de processo estrutural, outros de litígio estrutural, medida estruturante, decisão estrutural, ação estrutural e, ainda, remédio estruturante. Independentemente do nome escolhido doutrinariamente, essa modalidade de solução de litígios — nascida no sistema de justiça norte-americano com o caso paradigmático *Brown vs. Board of Education of Topeka* — exerce forte influência sobre os rumos da sociedade.

Necessário pontuar — antes de adentrar na análise da pertinência dos processos estruturais — que os mesmos tramitam atualmente sem uma legislação específica para tratar da matéria, mas aparam-se em dispositivos esparsos conjugados com interpretação sistemática do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. Talvez se tenha uma luz no fim do túnel, não definitiva nem a importância que a matéria requer, mas importante para a atualização dos instrumentos em face das particularidades das demandas coletivas. Fala-se aqui, do PL nº 1.641/2021 (Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover) que, além de outras disposições, refere que a sentença de um processo coletivo poderá determinar: i) a alteração em estrutura institucional, pública ou privada, de natureza cultural, econômica ou social, a fim de adequar seu funcionamento aos parâmetros legais e constitucionais; ii) a adequada correção do estado de fato de violação sistemática de direitos (art. 26, §5º do PL 1.641/21). Vislumbra-se, com isso, a finalidade essencial dos processos estruturais, que é reestruturação de entidade — ou de um programa público —, a qual se encontra violando direitos, com o intuito de transformá-la e modificar seu comportamento institucional, eliminando as causas daquela inadequação, mediante decisão de implementação escalonada, chamada pela doutrina de "decisões em cascata" (PALHARES, 2021).

É manifesto que, diferentemente do modelo tradicional de resolução de litígios de lógica binária (demandante *versus* demandado), com enfoque na reparação de dano passado para readequar o *status quo* anterior, o processo estrutural exige um olhar para o futuro, a fim de transformar a entidade que está em desconformidade constitucional e/ou legal. E para resolver o problema estrutural, o qual muitas vezes é complexo, faz-se necessária a participação dos grupos sociais impactados por aquela estrutura violadora. Tanto que é característico dos processos estruturais a multipolaridade e diversidade de interesses (policêntricos) (PALHARES, 2021).

Diante desses fatores, outra inovação foi a trazida pelo inciso X, do artigo 2º, do referido Projeto de Lei, importante ao processo estrutural por estabelecer como um dos princípios da tutela coletiva o "efetivo diálogo entre o juiz, as partes, os demais Poderes do Estado e a sociedade na busca da solução plural e adequada especialmente para casos complexos e

estruturais". É de suma importância tal inciso, pois o diálogo entre os atores do processo (tanto membros da sociedade civil como entidades e Poderes do Estado) é fundamental para encontrar uma solução adequada e conseqüente implementação desta para o litígio estrutural, principalmente se envolver políticas públicas (PALHARES, 2021).

Muitas outras novidades do Projeto do IBDP poderão ser utilizadas também para os processos estruturais, como: i) o controle jurisdicional da adequação da legitimidade — dispondo requisitos para sua aferição no decorrer do processo; ii) novos legitimados ativos — sindicatos, Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos, comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais; iii) explicitação quanto ao momento da celebração de convenções processuais — que poderão ocorrer inclusive no cumprimento de sentença e na execução.

O processo estrutural vem ganhando relevância pela forma inovadora de condução, com conjugação de diversos atores, na resolução de conflitos multifacetados. Por meio dele, presta-se tutela mais ajustada para a concretização e efetividade de direitos fundamentais envolvidos. Assim, o projeto apresenta importantes contribuições normativas à matéria, inclusive com positivação de temas consagrados na doutrina e jurisprudência (PALHARES, 2021).

Muito ainda será discutido e novas contribuições surgirão para desenvolvimento do processo estrutural. Mas o PL nº 1641/2021 avança, fornecendo novas ferramentas para ampliar e qualificar esses processos que objetivam tratar as causas da violação sistemática de direitos da entidade em pauta. O uso adequado dessas técnicas previstas poderá aprimorar a prestação da tutela coletiva. Nas próximas linhas, aborda-se o tema com a importância que requer.

3.3.2 Pertinência da tutela coletiva através de processos estruturais: uma opção à concretização do direito à educação?

Conforme abordado na seção anterior, a discussão sobre políticas públicas exige uma amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Além disso, exige uma ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas (ARENHART, 2017). É neste cenário que os processos estruturais aparecem.

O Processo Coletivo Estrutural pode ser considerado uma forma de tutela diferenciada dentro do campo do direito processual coletivo. Trata-se de casos em que a complexidade e a conflituosidade são elevadas. Isso se revela no próprio nome, pois possui essa nomenclatura por se aplicar a casos em que há problemas na estrutura do Estado, é um conflito que deriva do

comportamento de uma estrutura, da forma como uma sociedade se organiza e, por isso, produz e reproduz violações. Portanto, o objeto de estudo dessa forma de litígio deve se dar a partir de estudos baseados na ideia de “reforma” de uma instituição ou órgão. Logo, a pretensão é a realização de alterações estruturais a fim de que o Estado passe a garantir direitos fundamentais e uma nova realidade social (LIRA, 2019).

Leonardo Medeiros Júnior (2018) destaca que

no chamado processo estrutural, o objeto da ação não é uma disputa entre Caio e Tício sobre situações jurídicas que lhe são próprias. Trata-se de uma reclamação sobre a ineficácia ou inexistência de uma determinada política pública, implicando um tratamento teórico e metodológico diferenciado e em consonância com tais particularidades.

De acordo com Owen Fiss (1979), uma das características normalmente associadas às ações estruturais é o afastamento dessas ações de uma forma ideal ou tradicional de tutela jurisdicional. Para o autor, essa forma ideal de tutela ou processo é caracterizada pelo modelo privado e individualista de resolução de disputas, que envolve as partes e o juiz em uma relação triangular.

Importante destacar que os problemas estruturais podem estar em qualquer uma das funções da República, nas instituições estatais, nos agentes públicos e até mesmo na própria sociedade (LIRA, 2019). Logo, a vítima da violação do direito na tutela estrutural não é um indivíduo, mas um grupo, e o conceito de parte é pulverizado, uma vez que há um número significativo de pessoas, grupos, associações, agentes públicos e políticos com interesse na causa e que serão diretamente afetados pela decisão (FISS, 1979), por isso, requerem políticas públicas coordenadas e eficazes, geralmente por um longo período. Ademais, os objetos do processo não são incidentes ou negócios jurídicos praticados no passado, mas sim as condições da vida social, a proteção ou concretização de direitos fundamentais e o papel que as organizações que atuam em larga escala têm e devem desempenhar na proteção ou promoção desses direitos (FISS, 1979).

A origem do processo coletivo estrutural é atribuída ao direito norte-americano, tendo grande relevância para o surgimento do instituto o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. No caso em questão, pela primeira vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos deu vigência a valores constitucionais não atendidos adequadamente pelas políticas públicas e, também, serviu de precedente para a concessão das denominadas *structural injunctions* para se obter o cumprimento das garantias constitucionais em inúmeros outros processos judiciais, em praticamente todas as áreas nas quais os serviços públicos eram deficientes e/ou contrários à

Constituição vigente, justificando a atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas e na forma de administração dos recursos públicos, a fim de dar cumprimento às decisões proferidas nesses feitos. Ademais, foi o pioneiro na autorização dada ao Judiciário para a utilização de amplos poderes para fazer cumprir as decisões judiciais que implicassem a observância, na prática, de valores constitucionalmente garantidos, concedendo poderes quase ilimitados aos juízes para tanto (BAUERMAN, 2017).

O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* de 1955 não foi só importante para alterar os rumos no direito norte-americano. Para que seja melhor entendido, é necessário que se faça um breve recorte conceitual do que consiste no referido caso. Linda Brown, era uma criança negra que precisava atravessar toda a sua cidade a pé — a cidade de Topeka, para que pudesse chegar na sua escola pública. É importante que seja destacado que existiam diversas outras instituições de ensino no caminho que Linda percorria até a sua atual escola, porém estas outras instituições escolares não aceitavam crianças negras (JOBIM; ROCHA, 2019). O caso Brown, portanto, surgiu a partir do momento em que a menina Linda decidiu ajuizar (através de seu pai) uma ação contra a Conselho de Educação Estadual de Topeka (*Board of Education of Topeka*), exigindo que fosse transferida de escola, para que assim pudesse estudar perto de sua residência (PUGA, 2019).

Na ação, a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou assegurando o direito de Linda Brown frequentar uma escola, que até então, era exclusividade de brancos. Mais significativo do que a decisão em si, são os argumentos que a Corte utilizou para deferir a medida, pois foi a partir da interpretação da 14ª Emenda Constitucional dos Estados Unidos,¹⁷ que considerava todos os cidadãos estadunidenses iguais e não admitia qualquer discriminação que a medida foi deferida no caso em questão (JOBIM; ROCHA, 2019). Cabe destacar ainda que, a partir da decisão proferida em *Brown vs. Board of Education of Topeka*, encerrou-se a doutrina *separate but equal* (“separado, mas igual”), doutrina esta que defendia a segregação racial — apenas pelo fato de segregar — e que impedia pessoas negras de frequentarem os mesmos lugares que os brancos (JOBIM; ROCHA, 2019). O que não pode deixar de ser destacado é que o caso paradigmático de *Brown vs. Board of Education of Topeka* retrata um fato de superação no regime de segregação racial nos Estados Unidos. Sobre isso, Rodrigues e Varela (2019, p. 557-

¹⁷ A décima quarta Emenda Constitucional possui a seguinte redação: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei” (SOUTO, 2015).

558) sustentam que o caso retrata a superação de um precedente com mais de cinquenta anos de vigência, qual seja, o precedente *Plessy v. Ferguson*.¹⁸

Ronald Dworkin (2010), ao referir sobre o caso Brown, discorreu que nunca na história norte-americana suas decisões pareceram tão diferentes do trabalho normal dos juízes ou atraíram tanta hostilidade por parte do público e da imprensa. Ressaltou que alguns intelectuais, inclusive vários que deram sua aprovação ao projeto, afirmaram que as decisões judiciais assinalaram uma importante mudança na natureza e no caráter do cargo de juiz.

Neste sentido, de acordo com Owen Fiss, à luz da análise realizada por Marco Félix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha (2019), foi a partir da publicação da decisão de *Brown vs. Board of Education of Topeka* pela Suprema Corte dos Estados Unidos que surgiu uma nova forma de “medidas estruturantes”, que se perpetuou com o nome de *structural reform*. Rodrigues e Varella (2019, p. 556) pontuam que

as medidas estruturantes são uma das principais vertentes da litigância de interesse público, tendo sido pioneiros os trabalhos de Owen Fiss acerca dessas medidas, intituladas de *structural injunctions* e pelo autor tratadas no contexto do que chamou de *structural reform*.

Os autores ainda destacam que, através do ensinamento de Yeazell, as *injunctions* são um dos institutos mais importantes quando se fala em consolidação de direitos civis e constitucionais, pois residem na ideia de que o Judiciário pode ordenar que alguém — ou algum órgão público — faça algo ou deixe de fazer (RODRIGUES; VARELLA, 2019). Nesta seara, podemos, inclusive, assemelhar as *injunctions* de Owen Fiss ao direito brasileiro, a exemplo de ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou em julgamento de ação constitucional em sede de repercussão geral.

Seguindo nesta ótica, ressalta Fiss (2004, p. 26-27) que “a chamada reforma estrutural é um tipo de decisão (*adjudication*) distinta pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais”. E assevera que o processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando

¹⁸ O caso *Plessy v. Ferguson* é datado de 1896 e diz respeito a um jovem negro chamado Homer Plessy, que ingressa no vagão de um trem da empresa Ferguson, na tentativa de viajar num desses vagões destinados somente a pessoas brancas. À época havia uma lei que ordenava que as companhias de trem que transportassem cidadãos negros e brancos deveriam providenciar acomodações a todos, porém os mesmos deveriam ser separados pela cor de sua pele. Na ocasião, quando Homer Plessy ingressa no vagão destinado apenas a pessoas brancas (sabendo que não poderia permanecer ali pela cor de sua pele) resolveu enfrentar as penalidades por tal conduta desrespeitosa à lei vigente. Após as penalidades sofridas por este cidadão negro e o enfrentamento de uma lei preconceituosa, uma série de eventos foram desencadeados nos anos que se seguiram, tornando-se, portanto, o caso *Plessy vs. Ferguson*, uma célebre da Suprema Corte dos Estados Unidos (JOBIM; ROCHA, 2019).

uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.

A reforma estrutural a que Fiss se refere decorre de uma atuação conjunta do Judiciário e do Governo. Por sua vez, o Poder Judiciário teria o papel de — por meio de interpretação — propor as diretrizes constitucionais do Estado para atuação governamental. É certo que o estabelecimento dessas diretrizes não é exclusividade do Judiciário, como bem lembra o autor.

Ainda no contexto das *structural injunctions*, é necessário situar conceitualmente esse fenômeno que nasceu da necessidade de desenvolvimento constitucional na Suprema Corte dos Estados Unidos. Embora as “medidas estruturantes” tenham surgido a partir de um caso paradigmático, conforme já referido, é importante frisar que a Corte norte-americana identificou na Constituição do país falhas em inúmeros direitos materiais, cuja efetiva observância apenas poderia se dar por uma supervisão judicial substancial, a exemplo disso é a verificação se os direitos humanos são respeitados em instituições psiquiátricas, bem como prisões, e também, como no caso *Brown*, em escolas e instituições de ensino (BAUERMANN, 2019).

Diante disso, pensando na amplitude dos casos abrangidos pelas medidas estruturantes, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas reconheceram os grandes obstáculos a serem enfrentados pelas *structural injunctions*. Bauermann (2019, p. 251) considera que o principal deles é a dificuldade de precisar os contornos do próprio direito a ser respeitado,¹⁹ ou seja, quais parâmetros devem ser levados em consideração quando de uma decisão estrutural, ou, ainda, como definir até onde a tutela jurisdicional pode e deve ir e como estabelecer o limite de seu cumprimento. Ademais, além de ser considerável para alcance de uma *structural injunction* responder a questões e delimitar os contornos do direito, é o caso concreto que vai determinar qual a forma mais adequada de se concretizar uma decisão jurisdicional. Sem essas considerações prévias, o meio executório escolhido provavelmente fracassará no fito de proteção e atendimento — na prática — ao direito material violado.

No Brasil, o ajuizamento de ações estruturais é ainda muito incipiente, e só foi mais intensamente discutido a partir da importação do instituto do estado de coisas inconstitucional²⁰

¹⁹ Vale ressaltar aqui o posicionamento de Bauermann (2019, p. 253): “[...] a dificuldade de se delimitar o direito a ser posto na prática não representa, *a priori*, óbice à emissão de *structural injunctions*, mas exige que seja fixada qual foi a violação efetivamente sofrida, e qual a extensão do direito garantido pela Constituição. Apenas após definidos os limites do direito é que será possível analisar que meios serão aptos para adaptar a realidade ao desejo da legislação”.

²⁰ Com início na Corte Constitucional da Colômbia (CCC) — considerada extremamente ativista e inovadora — o “Estado de Coisas Inconstitucional” foi declarado pela Corte colombiana após a análise, por iniciativa própria, de

do direito constitucional colombiano, através da propositura e julgamento liminar da ADPF 347²¹ MC/DF. É notório que assuntos como ativismo judicial, judicialização da política, relativização da tripartição dos poderes, a concretização e a legitimidade de decisão estrutural vêm à tona na pauta do debate relativo a processos coletivos estruturais, de modo que, existirão críticas doutrinárias.²² Muito embora haja discussões, entende-se que o controle jurisdicional de políticas públicas, exercido a posteriori e sempre mediante provocação no caso dos processos

diversas demandas constitucionais individuais sobre violações dos *derechos económicos, sociales y culturales* (DESC) e, em decorrência disso, ditado diversas sentenças coletivas que contêm requerimentos estruturais de largo prazo que as autoridades públicas devem atender. Deste modo, a partir da declaração feita pela Corte colombiana, a mesma tem iniciado processos, que duram alguns vários anos, para supervisionar suas sentenças acerca de violações a direitos fundamentais, a exemplo, o direito de prisioneiros em instalações prisionais superlotadas e também sobre pacientes que buscam tratamentos de saúde ou medicamentos junto aos órgãos públicos. (GARAVITO, 2017).

²¹ A presente ação representa uma inovação na ordem jurídica brasileira, visto que houve pedido expresso na exordial, subscrita por Daniel Sarmiento, para que fosse declarado o “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário brasileiro (SARAIVA, 2019). Além do mais, requereu-se a imposição de medidas para a reversão do quadro, as quais abrangeriam tanto providências de cumprimento urgente, quanto de implementação a longo prazo (SILVA, 2017). O Plenário do STF, até então, analisou apenas os pedidos em sede de medida cautelar, tendo deferido duas, indeferido cinco e considerado uma como prejudicada. Em linhas gerais, destaca Marcos Rolim da Silva (2017), a corte reconheceu uma violação generalizada de direitos fundamentais da população carcerária no que diz respeito à dignidade, higidez física e integridade psíquica, com prejuízo a diversos dispositivos da Constituição Federal; ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis; à Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, o julgamento das medidas cautelares demonstrou uma considerável adesão dos ministros à aplicabilidade do “Estado de Coisas Inconstitucional” à realidade carcerária brasileira, com o fundamento de que há problemas tanto na implementação e formulação de políticas públicas, bem como de interpretação e aplicação da lei penal aos casos concretos que estão sujeitos às mazelas do sistema penitenciário brasileiro. Cabe destaque que o julgamento da ADPF nº 347 — por mais que no Supremo Tribunal Federal já tenham sido reconhecidas legitimidades de decisões de controle jurisdicional por omissão estatal inconstitucional —, quando a Corte Suprema demonstra adesão à doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional”, inaugura novo capítulo na jurisprudência, pois passa não apenas a estabelecer critérios para a admissão do controle jurisdicional de políticas públicas, mas também a analisar o espectro de cada decisão, levando em conta o modelo ideal a cada caso concreto.

²² Entre os críticos do julgamento liminar na ADPF nº 347, podemos destacar os professores Lenio Streck, Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo. Lenio Streck (2015) se manifestou ressaltando que a categoria do estado de coisas inconstitucional é fluida, genérica e líquida, podendo abranger qualquer matéria ou questão como o valor do salário-mínimo brasileiro, os juros bancários do cartão de crédito, as doações empresariais em campanhas eleitorais e a crise no transporte, na segurança e na educação públicos. Os professores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo (2015) caminham no mesmo sentido de Streck. Aduzem que a ineficácia da Constituição e do acesso à justiça poderia ensejar a declaração do estado de coisas inconstitucional da própria carta fundamental e o fechamento dos tribunais brasileiros. Os professores também questionam a legitimidade dos tribunais para escolher determinada solução para os problemas estruturais em detrimento de outras opções que poderiam ser escolhidas por órgãos com maior grau de legitimidade. Sobre essas críticas, Eduardo Sousa Dantas (2019) acredita que elas decorrem de uma inadequada compreensão do instituto, já que o ajuizamento de ações estruturais e, mais especificamente, a declaração do estado de coisas inconstitucional ocorre apenas nos casos de graves violações a direitos fundamentais, razão pela qual não se aplica aos casos em que não houver a violação direta e imediata a um direito fundamental. Vale acrescentar que as violações de direitos fundamentais devem decorrer da omissão e de falhas estruturais do Estado, que envolvam questões complexas — conforme visto anteriormente. Logo, entende-se que as ações estruturais não se aplicam aos casos de juros exorbitantes de operadoras de cartão de crédito (como referiu o professor Lenio Streck), que devem ser decididos à luz da legislação do direito civil e contratual existente. Por fim, em relação à segurança pública e à educação, entende-se que são casos nos quais a alegação da ocorrência de um estado de coisas inconstitucional é possível, factível e existente, em especial se considerarmos o fato de que as maiores vítimas da violência urbana e da falta de incentivo educacional são as minorias que, a partir das desigualdades sociais amplamente conhecidas, sofrem violações sistemáticas de seus direitos.

estruturais, não fere o princípio da separação dos poderes, apenas assegura uma tutela jurisdicional adequada para os chamados conflitos de direito público, envolvendo a atuação do poder judiciário no controle de políticas públicas, devendo, a partir desse raciocínio, se servir de um novo processo, de natureza dialogal, com a presença de contraditório e cognição ampliada, servindo-se o magistrado – nestes casos – da assessoria dos mais diversos expertos, de modo a fixar aos demais Poderes ordens abertas e sucessivas a serem cumpridas segundo um planejamento bem pensado a ser oferecido pela administração, aprovado pela jurisdição e executado progressivamente, sob a fiscalização deste. Desta feita, regulamentando a função/atividade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, fixando as balizas de sua atuação e orientando todos os protagonistas esse importante cenário (Executivo, Judiciário, partes, intervenientes, técnicos, assessores, executores e sociedade civil), de modo a eliminar perplexidades e excessos e a introduzir um verdadeiro diálogo institucional e social (GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017).

A partir disso, é notório que a aceitação do processo estrutural em nosso sistema implica a revisão de vários institutos do processo civil, especialmente pelo fato de que no litígio estrutural o juiz não pode ficar “amarrado” aos limites dos pedidos das partes. Ademais, os processos estruturais exigem uma possibilidade de desdobramento do julgamento, de forma a permitir ao magistrado condutor do processo resolver os problemas que surgem com a implementação da decisão judicial (MEDEIROS JÚNIOR, 2018).

De acordo com Abram Chayes (1976), as decisões nas ações estruturais não buscam compensar ou indenizar por fatos ocorridos passados, mas sim ajustar o comportamento futuro dos órgãos públicos. Portanto, os fatos individuais ocorridos no passado não constituem o objeto principal do processo. Eles são apenas provas do padrão de violação institucionalizada de direitos fundamentais, fatos que desencadeiam e dão origem à ação (FISS, 1979). Além disso, a proteção dos direitos fundamentais violados dos grupos representados nos litígios estruturais envolvem — sempre — problemas policêntricos, compostos por diversas variáveis, como a alocação de recursos financeiros escassos, as diretrizes de uma política pública estabelecida, o impacto da decisão sobre o restante da sociedade e a (im)possibilidade do cumprimento da decisão pelos órgãos públicos (CHAYES, 1976).

Esse policentrismo das ações estruturais faz com que elas sejam submetidas a um processo complexo, contínuo e progressivo de implementação das ordens judiciais, a exigir um alto grau de envolvimento dos tribunais (FISS, 1979). Logo, para a utilização desse tipo de processo, é a necessidade de um sistema permeável a certa atenuação do princípio da demanda, de modo a permitir que o magistrado tenha alguma margem de liberdade na eleição da forma

de atuação do direito a ser tutelado (ARENHART, 2015), contudo, sem substituir ou tomar para si o lugar das partes, para que não haja a perda da imparcialidade do órgão judicial (CHAYES, 1976). Essa complexidade faz com que o processo de implementação das ordens estruturais tenha um início e um meio bem definidos. No entanto, o termo final é incerto (FISS, 1979).

É importante referir que, por mais que se considere o fato de o sistema processual brasileiro ser compatível e, por esse motivo, admitir a presença de processos coletivos estruturais em seu ordenamento, não se quer dizer com isso que haja legislação específica que o regule. No entanto, como citado na seção anterior, há avanços, exemplo disso é o PL nº 8.058/2014 e o PL nº 1.641/2021 (Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover).

É notório que o controle jurisdicional de políticas públicas constitui uma realidade irreversível no Brasil, assim como em diversos outros países. Conforme abordado anteriormente, o processo adequado à solução de conflitos públicos vem sendo adotado em outros sistemas jurídicos, de forma bem mais avançada. No Brasil, já existem casos de sua observância, logo, assevera-se que, ainda de forma tímida, já estão aparecendo decisões estruturais no Brasil, a título de exemplo, tem-se a PET nº 3.388, conhecida como Ação Popular da Reserva Raposa Serra do Sol, ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto, que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto. O objeto do caso em questão era a impugnação da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça que definia limites para a demarcação de terras indígenas na reserva. Além dessa, tem-se o do Mandado de Injunção Coletivo nº 708, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do município de João Pessoa, com o objetivo de viabilizar o exercício do direito de greve em virtude de ausência de lei específica para regulamentação do tema, tendo como voto paradigmático na decisão o do Ministro Ricardo Lewandowski. E, por fim, o caso da ADPF nº 347 MC/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que tem por objetivo a declaração, pela Corte Suprema brasileira, da existência do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro.

Acredita-se que esse surgimento era esperado, na medida em que as decisões estruturais são — realmente — uma necessidade de qualquer sistema que pretenda lidar com casos complexos, especialmente ligados à concretização de direitos fundamentais sociais e políticas públicas.

Diante disso, cabe — mais uma vez — destacar que o estudo da problemática que envolve direitos fundamentais sociais, ações coletivas e, também, litígios estruturantes, revela a complexidade da judicialização das políticas públicas. Ademais, em razão do crescente litígio na busca de demandas constitucionalmente previstas, não se pode ignorar, também, a limitação de recursos financeiros para geri-las. Portanto, a atuação estatal — seja através de poderes

eleitos, seja através do Poder Judiciário — impõe escolhas que, diante de um número incontável de necessidades, devem ser atendidas, ainda que não plenamente, de modo a resguardar direitos constitucionalmente garantidos. Pode-se dizer que os tribunais brasileiros vêm assumindo um papel de destaque na transformação das realidades sociais do país, na medida em que se tornaram um fórum de discussão no que diz respeito à implementação e concretização de direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas. Concedeu-se, ao Poder Judiciário, um papel antes relacionado a outros centros decisórios existentes na sociedade. E mais do que isso, a atividade jurisdicional passou a ser, em certas circunstâncias, a única instância de decisão capaz de dar uma resposta condizente aos objetivos sociais que, por diversos fatores, não obtiveram um tratamento adequado no processo político.

O impacto dessas transformações sociais fez com que o modelo tradicional de litigância se tornasse obsoleto e menos representativo das necessidades oriundas das questões levadas a juízo, ocasionando a necessidade de reconhecimento e fomento de uma nova dimensão da atuação judicial para a condução dos processos que envolvem políticas públicas e direitos sociais, as ações coletivas. Por mais que essas ações, por vezes, recebam críticas de parte da doutrina com o argumento de bipolaridade de interesses (como se viu anteriormente), é inegável o destaque de que as ações coletivas se mostram, em nosso sistema jurisdicional, como forma mais eficaz para o tratamento de conflitos sociais.

A título de conclusão da presente subseção, faz-se importante referir que há diversos problemas que ainda pendem de solução e representam consideráveis obstáculos para que as políticas públicas dirigidas à implementação dos direitos sociais possam ser efetivamente discutidas nos tribunais brasileiros. De todo modo, é manifesto que o controle judicial de políticas públicas é uma realidade no Brasil e esforços consistentes têm sido feitos para assegurar a concretização e implementação de políticas públicas que tenham como objetivo dar efetividade aos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

À vista disso, devido à amplitude das medidas necessárias e à variação do conteúdo das decisões envolvendo questões complexas, os processos coletivos estruturais demonstram ser o provimento mais adequado para a solução de tais questões, já que, até o momento, não há outro tipo de processo que seja mais adequado que aquele que faz uso da técnica estrutural. Ademais, diante da análise realizada, verifica-se que o sistema normativo brasileiro possui mecanismos — por mais incipientes que sejam — que permitem a propositura de ações em face de deficiências e omissões do Poder Público, a exemplo, o caso das políticas públicas educacionais.

4 POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL NO MUNICÍPIO DE PELOTAS: A QUESTÃO DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NA QUALIDADE DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS

Como afirmado na primeira parte deste trabalho, busca-se, com o presente estudo, formatar um pano de fundo com fundamentos teóricos mínimos que possam subsidiar uma discussão que ampare as inquietações provocadas pela busca de concretização do direito fundamental social à educação, especificamente do município de Pelotas/RS, objeto da presente análise.

Sabe-se que a educação está regulamentada na Constituição Federal de 1988 e em leis, como a do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9394/96), a lei regulamentadora do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (Lei nº 11.494/07), o Plano Nacional de Educação – PNE (Lei nº 10.172/01), bem como inúmeros decretos e resoluções que direcionam toda a atividade educacional, com reflexos diretos para os estabelecimentos escolares e os sistemas de ensino onde estão presentes responsáveis pelo ensino, como diretores, coordenadores pedagógicos, supervisores, professores, os próprios alunos e dirigentes de ensino, seja dos órgãos executivos, seja dos órgãos normativos.

Essa legislação, em síntese, regulamentou a educação como um direito de todos e um dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Buscou a universalização do ensino público (em especial do ensino fundamental, dado seu caráter obrigatório), garantindo escola para todos, inclusive àqueles que não tiveram acesso na idade própria.

Não há como negar uma relação especial entre o Direito (a lei) e a educação, e a necessidade de seu conhecimento para o pleno desenvolvimento das atividades educacionais. Muito embora haja desconhecimento de aspectos específicos da parte de muitos educadores, o que pode gerar posturas de resistência a essa novidade, não se desconsidera a importância dessa “boa relação” (CURY; FERREIRA, 2010).

Já não são poucos os estudos sobre judicialização de políticas públicas de educação. Alguns destes focam na compreensão das causas do processo de judicialização, analisando os déficits de vagas em creches e pré-escolas nos municípios brasileiros como o principal motivo que leva os cidadãos a buscar no sistema de justiça a garantia desse direito (CURY; FERREIRA, 2010; OLIVEIRA *et al.*, 2018). Teoricamente, embasam-se sobretudo naqueles

autores que veem nos processos de judicialização o canal institucional que as democracias contemporâneas asseguraram para o acesso a direitos constitucionalizados e não cumpridos pelos poderes eleitos. Nesse sentido, enfrentam a questão do déficit de legitimidade democrática olhando para o Judiciário como o poder contramajoritário que cumpre as promessas constitucionais, atendendo demandas legítimas das minorias não assistidas e dos grupos sociais desprivilegiados (SANTOS, 1996).

Para além da questão contramajoritária, discute-se ainda a questão da baixa responsividade dos poderes eleitos, também trabalhada como uma das causas da judicialização. Por fim, a própria abertura dos atores do sistema de justiça à judicialização de políticas públicas e sociais, fenômeno recente no Brasil, levaria ao aumento da judicialização, em um processo circular em que a judicialização gera transformações institucionais nos órgãos do sistema de justiça, ampliando o acesso à justiça e, conseqüentemente, ampliando a própria judicialização (CUNHA; OLIVEIRA, 2019).

Outros estudos se voltam para o conteúdo das decisões envolvendo a garantia de vagas na educação infantil, buscando compreender de que maneira tais julgados garantem direitos, ou seja, qual o padrão de atuação do sistema de justiça. Isso implica analisar o perfil das decisões judiciais, ou seja, se produzem efeitos jurídicos individuais ou coletivos, se definem a prestação direta do serviço ou a necessidade de contratação de vagas em instituições conveniadas, entre outras questões que compõem tais decisões (CURY; FERREIRA, 2010).

Pouco se sabe, no entanto, sobre os efeitos das decisões judiciais para o processo de políticas públicas, isto é, para as etapas da formulação, implementação e avaliação das políticas públicas de educação de responsabilidade dos governos locais. Além disso, sobre a questão da qualidade da educação nas instituições de ensino. Em que pese essa dificuldade, não é possível negligenciar o fato de que os efeitos da judicialização da educação sobre as políticas públicas são os mais variados (e ainda pouco conhecidos). As decisões judiciais e extrajudiciais afetam não apenas o processo de políticas públicas propriamente dito (formulação, implementação e avaliação), mas afetam também o próprio sistema de justiça, que passa a ter um novo e cada vez mais amplo papel na garantia dos direitos sociais e no acesso à justiça, com mudanças institucionais decorrentes desse processo (CUNHA; OLIVEIRA, 2019). Para mais, o Poder Executivo precisa se adequar financeira e administrativamente para responder à judicialização, mobilizando estratégias jurídicas e/ou políticas. Além disso, há mobilização do Poder Legislativo por meio da discussão de legislações específicas, quanto à ampliação e à fiscalização sobre a atuação do Executivo na garantia do direito à educação infantil, inclusive pela mobilização dos respectivos Tribunais de Contas (WANG *et al.*, 2015; OLIVEIRA *et al.*,

2018; SILVEIRA *et al.*, 2018); e, ainda, a participação e controle social, por meio do acionamento do sistema de justiça e também do acompanhamento das decisões por ele proferidas (RIZZI; XIMENES, 2014).

Resulta desta situação uma relação direta envolvendo o Direito e a educação, sendo que a justiça passou a ser chamada amiúde a solucionar conflitos no âmbito escolar, que extrapolam a questão da responsabilidade civil, ou seja, se antes se contemplava na esfera do Judiciário, ações de indenizações ou reparação de danos envolvendo o sistema educacional, ou mandados de segurança para garantia de atribuições de aulas a professores, hoje, a realidade é bem diversa, e várias são as situações em que se provoca o Judiciário com questões educacionais. A efetividade do direito à educação prevista na Constituição Federal, a ocorrência de atos infracionais ocorridos no ambiente escolar e a garantia da educação de qualidade passaram a ser objeto de questionamento judicial (CURY; FERREIRA, 2010).

Com efeito, como a universalização e a obrigatoriedade do ensino (fundamental) implicam em colocar todas as crianças na escola, ou seja, todas as crianças com suas características pessoais, o sistema educacional passou a conviver com uma maior diversidade sociocultural em que adentram na escola crianças com peculiaridades próprias. Tal situação faz aparecer pessoas com suas individualidades, rompendo com um imaginário homogeneizante. Não que tal realidade relativa às peculiaridades não existisse, mas como a educação era elitista e seletiva, a grandeza numérica associada a um perfil sociocultural mais homogêneo não ganhava tanta expressão²³ (CURY; FERREIRA, 2010).

Além disso, a atual legislação também acabou por estabelecer um sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente (entre eles, o direito à educação) envolvendo o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública, Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e Conselhos Tutelares. Estas instituições, chamadas a operar na área educacional e da infância e juventude, também não se apresentavam devidamente preparadas para tal desafio, até porque os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares foram criados nessa oportunidade, ou seja, inexistiam antes da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Poder Judiciário e o Ministério Público desempenhavam outras atividades nessa área, portanto, pouco se voltavam à questão educacional. A Lei de Diretrizes e Bases da

²³ Nesse sentido, afirma Esteves (1995, p. 96): “A passagem de um sistema de ensino de elite para um sistema de ensino de massas implica um aumento quantitativo de professores e alunos, mas também o aparecimento de novos problemas qualitativos, que exigem uma reflexão profunda. Ensinar hoje é diferente do que era há vinte anos atrás. Fundamentalmente, porque não tem a mesma dificuldade trabalhar com um grupo de crianças homogeneizadas pela seleção ou enquadrar a cem por cento as crianças de um país, com os cem por cento de problemas sociais que essas crianças levam consigo”.

Educação Nacional e as leis reguladoras do FUNDEF e do FUNDEB criaram os conselhos de acompanhamento e controle social de recursos que devem ser aplicados na educação escolar. Este reconhecimento implica na obrigação do poder público de garantir a educação visando à igualdade das pessoas e, por outro lado, garante ao interessado o poder de buscar no Judiciário a sua concretização (CURY; FERREIRA, 2010).

Sendo assim, são muitos os complexos efeitos possíveis do processo de judicialização de políticas públicas da educação. O objetivo central deste ponto é, portanto, o de analisar o direito à educação no que diz respeito à questão da judicialização de vagas, no que se refere ao ensino público gratuito, em virtude da dissonância relativa à etapa de ensino em creches, em face de ser esta a demanda de maior controvérsia jurídica, em razão de a legislação pátria não prever a obrigatoriedade desta etapa escolar, chamando a atenção para a necessidade de transformar o padrão de qualidade para todos em parte do direito público e subjetivo à educação básica.

Ademais, considera-se que a decisão judicial relativa a este direito social assume contornos que precisam ser mais bem analisados diante de um contexto de legitimidade do Poder Judiciário para rever atos da Administração Pública e o limite de sua discricionariedade — como referido em capítulo anterior —, para identificarmos os limites em que se perfectibiliza não só quando do reconhecimento do direito individual, mas quando de sua eventual satisfação, haja vista a inexistência de um procedimento específico de execução aos chamados direitos sociais prestacionais.

Importante destacar, pois, se por um lado, a jurisdição busca justamente garantir igualdade entre os cidadãos, de forma que aqueles que buscam o Poder Judiciário obtenham o acesso aos mesmos direitos que a Administração confere a outros já beneficiados pela política pública, por outro lado, torna privilegiados aqueles que judicializam seu direito em relação aos que, pelos mais variados motivos, não acessaram à justiça e não foram contemplados pela Administração. Portanto, trata-se aqui de analisar a questão da judicialização e, assim, demonstrar a necessidade de a jurisdição criar instrumentos e procedimentos adequados à satisfação de direitos sociais prestacionais, pois, como será visto, ainda se mantém a prática vinculada à satisfação dos direitos individuais liberais e não direitos sociais vistos como aqueles que existem em colisão conhecida — e anteriormente abordada — com diversos outros direitos também individuais.

Merece destaque, também, o fato de que a dimensão coletiva do direito não pode ser ignorada e, para além dessa discussão, também não se pode descurar do fato de o Judiciário não dispor de meios procedimentais adequados para a satisfação de direitos sociais.

O Município de Pelotas aparece aqui como exemplo privilegiado, em face da gama de peculiaridades e multiplicidade de abordagens jurídicas ligadas diretamente ao cerne da discussão deste estudo. Por certo, existem muitos outros exemplos de dilemas para a implementação de políticas públicas de acesso à educação, todavia, a cidade de Pelotas foi escolhida também por, além de possuir um significativo volume de demandas judiciais relativas à prestação social objeto de estudo, oferece uma multiplicidade de enfoques necessários ao debate e permiti que se possa obter conclusões para além da teoria, com uma visão eminentemente empírica do contexto social.

Para tanto, torna-se necessário que, no primeiro momento, se faça um apanhado geral da realidade do município de Pelotas, para que seja entendido o contexto ora abordado.

4.1 DIAGNÓSTICO DO CONTEXTO HISTÓRICO, CULTURAL E ECONÔMICO DO MUNICÍPIO DE PELOTAS

Em seu livro *História e Tradições da Cidade de Pelotas*, Mario Osório Magalhães (1981) alude que os indígenas rio-grandenses usavam uma canoa de couro para a travessia dos rios e batizaram-na de pelota. Assim, o Arroio Pelotas recebeu o nome das embarcações frequentemente utilizadas na sua travessia pelos indígenas e pelos povoadores. Depois, a partir da proliferação das charqueadas nas terras marginais do arroio, Pelotas passou a designar, genericamente, a movimentada região. Quando a Vila de São Francisco de Paula foi elevada à categoria de cidade, após muita discussão, aprovou-se o nome de Cidade de Pelotas, em referência à importância daquela região que abrigava as charqueadas, que haviam proporcionado o desenvolvimento e o crescimento da localidade. Transferiu-se a denominação da embarcação ao arroio, do arroio à região, da região ao município.

José Pinto Martins, nascido em Portugal e retirante da seca de 1777 que assolou o Ceará, fundou em 1779 uma charqueada às margens do Arroio Pelotas. A prosperidade do seu estabelecimento, justificada pela localização e pelos métodos empregados, estimulou a criação de outras charqueadas, iniciando-se a exploração, em larga escala da indústria saladeiril no território rio-grandense. O charque foi um dos principais produtos de exportação do Rio Grande do Sul. As charqueadas deram origem à povoação que demarcaria o início da cidade de Pelotas. Esta, portanto, transformou-se, de incipiente povoado, em uma das mais ricas e adiantadas da província, rivalizando com Porto Alegre durante todo o século XVIII (MAGALHÃES, 1981).

A indústria do charque foi o marco inicial da história da cidade de Pelotas, período de grande desenvolvimento econômico, que marca profundamente a evolução do povo e permeia

sua identidade cultural. Através da Lei nº 4.977/2003, instituiu-se o Roteiro das Charqueadas, referência cultural que marca para as gerações atuais e futuras o principal cenário do ciclo econômico do charque na cidade. O atual Plano Diretor de Pelotas, Lei nº 5.502/2008, que regulamenta o planejamento urbano das cidades, reconhece o arroio Pelotas e seu entorno, inclusive as charqueadas, como Área de Especial Interesse Cultural do município. Além da importância histórica, o Arroio Pelotas é fundamental como fonte de água para o abastecimento público na cidade.

Pelotas destaca-se pela sua memória preservacionista em relação aos bens históricos construídos ao longo de sua história, tanto imóveis quanto imateriais. Seus casarões, edifícios públicos, ruas, praças e monumentos de diferentes estilos arquitetônicos definiram o espaço da cidade de acordo com as necessidades de sua comunidade (PELOTAS, 2009).

Atualmente, pode-se identificar, na arquitetura, as duas principais correntes histórico-culturais de formação da cidade de Pelotas: uma que representa o período colonial, às margens do Arroio Pelotas, onde se localizam as charqueadas; outra representativa do período eclético, localizada no centro histórico da cidade. Assim, o traçado urbano e a arquitetura determinam uma espacialidade que, na convivência da população com a cidade, passaram a ser parte da história, devendo ser conhecida e preservada, para resguardar o passado, participar do presente e construir o futuro (PELOTAS, 2009).

Os doces tradicionais de Pelotas começaram a ser produzidos durante o ciclo do charque, devido à concentração de renda propiciada por esta atividade e ao fato de a safra ter curta duração — de novembro a abril —, possibilitando o desenvolvimento de outras atividades e o surgimento de uma cultura local. Os doces tradicionais pelotenses são reconhecidos como patrimônio cultural do estado do Rio Grande do Sul, através da Lei nº 11.919/2003 e integrarão, em breve, o Patrimônio Cultural Nacional Imaterial através do Inventário Nacional de Referências Culturais. Foram esses antecedentes culturais que deram cor local à formação da cidade. Fizeram-na, em muitos aspectos, bem diversa das demais cidades do Rio Grande do Sul, enfim, atribuíram à cidade, identidade cultural (PELOTAS, 2009).

Na área econômica, estima-se — através de dados da Fundação de Economia e Estatística (FEE) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) — que o município de Pelotas, no ano de 2018, possuía um PIB de R\$ 8.843.336,51 (R\$ 25.884,35 *per capita*). Destaca-se que o município se encontra inserido no polo mais importante de produção de pêssego para a indústria de conservas do país, em uma região que concentra mais de 90% (noventa por cento) da produção destinada ao processamento industrial de diversas formas. Além disso, o município responde por aproximadamente 28% (vinte e oito por cento) da produção de arroz do estado,

10% (dez por cento) da produção de grãos, 16% (dezesesseis por cento) do rebanho bovino de corte e detém a maior bacia leiteira, com a produção de trinta milhões de litros por ano (PELOTAS, 2009).

Na indústria, os serviços avançados de montagem de estruturas, transporte e logística têm uma condição competitiva especial. A diversidade da matriz econômica também se dá pela presença da indústria têxtil, metalmeccânica, curtimento de couro e de pele, panificação e muitas outras.

Conforme dados do último Censo Demográfico, o município, em agosto de 2010, possuía 161.707 pessoas economicamente ativas, sendo que 149.472 estavam ocupadas e 12.236 desocupadas. A taxa de participação ficou em 56% (cinquenta e seis por cento) e a taxa de desocupação municipal foi de 7,6% (sete vírgula seis por cento) (IBGE, 2010).

Figura 1 – Taxa de Desemprego por Área



Fonte: IBGE (2000-2010)

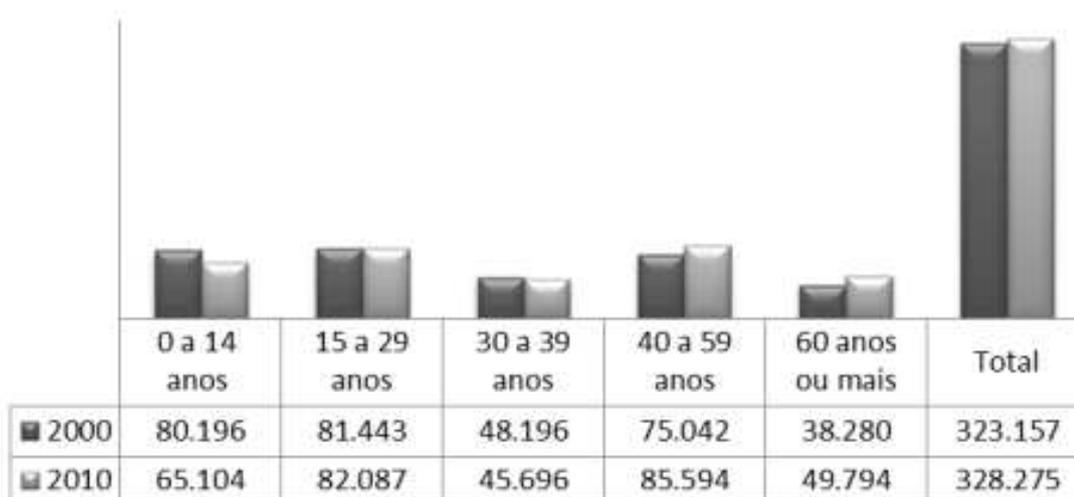
De acordo com o Censo Demográfico de 2010, a população do município era igual a 328.275 habitantes,²⁴ com 93,27% (noventa e três vírgula vinte e sete por cento) das pessoas residentes em área urbana e 6,73% (seis vírgula setenta e três por cento) em área rural. A estrutura demográfica também apresentou mudanças no município. Entre 2000 e 2010,

²⁴ Conforme dados do IBGE, estima-se que a população do município no ano de 2021 seja de 343.826 pessoas. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/rs/pelotas.html>. Acesso em: 21 de out. 2021.

verificou-se ampliação da população idosa, que cresceu 2,7% (dois vírgula sete por cento) em média ao ano. Em 2000, este grupo representava 11,9% (onze vírgula nove por cento) da população, já, em 2010, detinha 15,2% (quinze vírgula dois por cento) do total da população municipal. O segmento etário de zero a quatorze anos registrou crescimento negativo entre 2000 e 2010, com média de -2,1% (menos dois vírgula um por cento) ao ano. Crianças e jovens representavam 24,8% (vinte e quatro vírgula oito por cento) do contingente populacional em 2000, que correspondia a 80.196 habitantes. Em 2010, a participação deste grupo reduziu para 19,8% (dezenove vírgula oito por cento) da população, totalizando 65.134 habitantes (IBGE, 2010).

A população residente no município na faixa etária de quinze a cinquenta e nove anos exibiu crescimento populacional (em média 0,42% ao ano), passando de 204.681 habitantes em 2000 para 213.377 em 2010. Em 2010, este grupo representava 65% (sessenta e cinco por cento) da população do município. Em relação à população entre zero e quatorze anos, no município de Pelotas, a partir dos dados do Censo Demográfico 2010, observa-se uma diminuição de 19% (dezenove por cento), do número absoluto dessa população. Entre 2000 e 2010, a população de Pelotas teve uma taxa média de crescimento anual de 0,24% (zero vírgula vinte e quatro por cento). Na década anterior, de 1991 a 2000, a taxa média de crescimento anual foi de 1,31% (um vírgula trinta e um por cento). No estado, estas taxas foram de 1% (um por cento), entre 2000 e 2010, e 1,01% (um vírgula zero um por cento) entre 1991 e 2000. No país, foram de 1,01% (um vírgula zero um por cento), entre 2000 e 2010, e 1,02% (um vírgula zero dois por cento), entre 1991 e 2000. Nas últimas duas décadas, a taxa de urbanização cresceu 0,76% (zero vírgula setenta e seis por cento) (IBGE, 2010).

Figura 2 – População residente no município segundo faixa etária

População residente no município segundo faixa etária - 2000 e 2010

Fonte: IBGE, Censos Demográficos de 2000 e 2010

Entre 2000 e 2010, a razão de dependência²⁵ de Pelotas passou de 49,50% (quarenta e nove vírgula cinquenta por cento) para 43,33% (quarenta e três vírgula trinta e três por cento), e o índice de envelhecimento evoluiu de 8,21% (oito vírgula vinte e um por cento) para 10,39% (dez vírgula trinta e nove por cento). Entre 1991 e 2000, a razão de dependência foi de 54,59% (cinquenta e quatro vírgula cinquenta e nove por cento) para 49,50% (quarenta e nove vírgula cinquenta por cento), enquanto o índice de envelhecimento²⁶ evoluiu de 6,92% (seis vírgula noventa e dois por cento) para 8,21%²⁷ (oito vírgula vinte e um por cento).

Afora isso, cabe mencionar os números referentes ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no município de Pelotas. O Índice de Desenvolvimento Humano é um indicador sintético composto por três dimensões do desenvolvimento humano: longevidade (vida longa e saudável), educação (acesso ao conhecimento) e renda (padrão de vida). Em Pelotas, esse índice atingiu o número de 0,739 em 2010, ano do último Censo Demográfico. O índice alcançado situa o município na faixa de Desenvolvimento Humano Alto (IDHM entre 0,700 e 0,799). A dimensão que mais contribui para o IDHM (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal)

²⁵ Entende-se por razão de dependência a população de menos de 14 anos e de 65 anos ou mais (população dependente) em relação à população de 15 a 64 anos (população potencialmente ativa).

²⁶ O índice de envelhecimento engloba a população de 65 anos ou mais em relação à população de menos de 15 anos.

²⁷ Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br>.

de Pelotas é longevidade, com índice de 0,844, seguida de renda, com índice de 0,758, e de educação, com índice de 0,632.²⁸

Conforme o Atlas do IDHM, a proporção de crianças e jovens frequentando ou tendo completado determinados ciclos, indica a situação da educação entre a população em idade escolar do município e compõe o IDHM Educação. Diferentes índices e formas de análise são determinantes para a compreensão dos diferentes fenômenos que ocorrem na escolarização, ou não, das comunidades, por isso, torna-se necessário informar os dados de acesso, permanência, frequência, conclusão, distorção idade/série, alfabetismo e resultados da Prova Brasil que compõem o IDEB – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica.

Observa-se então que, frequentando os anos finais do Ensino Fundamental, a proporção de crianças de cinco a seis anos na escola em Pelotas cresceu, entre 1991 e 2000, 91,31% (noventa e um vírgula trinta e um por cento), e no período de 2000 a 2010, 30,57% (trinta vírgula cinquenta e sete por cento); o número de crianças entre onze e treze anos cresceu 24,26% (vinte e quatro vírgula vinte e seis por cento) entre 1991 e 2000; e 13,71% (treze vírgula setenta e um por cento) entre 2000 e 2010. Entre jovens de quinze a dezessete anos com Ensino Fundamental concluído houve crescimento de 15,49% (quinze vírgula quarenta e nove por cento) no período de 2000 a 2010, e 43,76% no período de 1991 a 2000. Já a proporção de jovens entre dezoito e vinte anos com Ensino Médio concluído cresceu 45,63% (quarenta e cinco vírgula sessenta e três por cento) entre 2000 e 2010, e 84,61% (oitenta e quatro vírgula sessenta e um por cento) entre 1991 e 2000.

No que tange à distorção idade/série, no ano de 2010, 60,07% (sessenta vírgula zero sete por cento) dos alunos entre seis e quatorze anos de Pelotas estavam cursando o Ensino Fundamental regular e estavam na série correta para a idade. Em 2000, eram 63,81% (sessenta e três vírgula oitenta e um por cento), e, em 1991, 52,10% (cinquenta e dois vírgula dez por cento). Entre os jovens de quinze a dezessete anos, 28,92% (vinte e oito vírgula noventa e dois por cento) estavam cursando o Ensino Médio regular sem atraso. Em 2000, eram 25,99% (vinte e cinco vírgula noventa e nove por cento), e, em 1991, 14,41% (quatorze vírgula quarenta e um por cento). Entre os alunos de dezoito a vinte e quatro anos, 26,49% (vinte e seis vírgula quarenta e nove por cento) estavam cursando o Ensino Superior em 2010; 12,72% (doze vírgula setenta e dois por cento) em 2000; e 8,99% (oito vírgula noventa e nove por cento) em 1991.

Analisando as estatísticas de 2010, percebe-se que 3,15% (três vírgula quinze por cento) das crianças de seis a quatorze anos não frequentavam a escola, percentual que, entre os jovens

²⁸ Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br>.

de quinze a dezessete anos atingia 15,78% (quinze vírgula setenta e oito por cento). Em 2010, 81,17% (oitenta e um vírgula dezessete por cento) da população de seis a dezessete anos estavam cursando o ensino básico regular com até dois anos de defasagem idade-série. Em 2000, eram 82,28% (oitenta e dois vírgula vinte e oito por cento); e, em 1991, 80,68% (oitenta vírgula sessenta e oito por cento). Dos jovens adultos de dezoito a vinte e quatro anos, 26,49% (vinte e seis vírgula quarenta e nove por cento) estavam cursando o ensino superior em 2010. Em 2000, eram 12,72% (doze vírgula setenta e dois por cento); e, em 1991, 8,99% (oito vírgula noventa e nove por cento).

O indicador Expectativa de Anos de Estudo também sintetiza a frequência escolar da população em idade escolar. Mais precisamente, indica o número de anos de estudo que uma criança que inicia a vida escolar no ano de referência deverá completar ao atingir a idade de dezoito anos. Entre 2000 e 2010, ela passou de 10,09 anos para 9,89 anos em Pelotas; enquanto no RS, passou de 10,25 anos para 10 anos.

Em 1991, a expectativa de anos de estudo era de 10,31 em Pelotas, e de 10,25 no RS. Também compõe o IDHM Educação um indicador de escolaridade da população adulta, o percentual da população de dezoito anos ou mais com o ensino fundamental completo. Esse indicador carrega uma grande inércia, em função do peso das gerações mais antigas, de menor escolaridade. Entre 2000 e 2010, esse percentual passou de 45,18% (quarenta e cinco vírgula dezoito por cento) para 57,99% (cinquenta e sete vírgula noventa e nove por cento) em Pelotas, e de 39,76% (trinta e nove vírgula setenta e seis por cento) para 54,92% (cinquenta e quatro vírgula noventa e dois por cento), no RS. Em 1991, os percentuais eram de 35,26% (trinta e cinco vírgula vinte e seis por cento) em Pelotas, e 30,09% (trinta vírgula zero nove por cento) no RS. Em 2010, considerando-se a população municipal de vinte e cinco anos ou mais de idade, 4,90% (quatro vírgula noventa por cento) eram analfabetos; 54,37% (cinquenta e quatro vírgula trinta e sete por cento) tinham o ensino fundamental completo; 38,66% (trinta e oito vírgula sessenta e seis por cento) possuíam o ensino médio completo; e 13,49% (treze vírgula quarenta e nove por cento), o superior completo. No Brasil, esses percentuais são, respectivamente, 11,82% (onze vírgula oitenta e dois por cento), 50,75% (cinquenta vírgula setenta e cinco por cento), 35,83% (trinta e cinco vírgula oitenta e três por cento) e 11,27% (onze vírgula vinte e sete por cento).

Além do IDHM Educação, cabe destacar dados quanto ao Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), criado pelo INEP/MEC e que busca representar a qualidade da educação a partir da observação de dois aspectos: o fluxo (progressão ao longo dos anos) e o desenvolvimento dos alunos (aprendizado). O IDEB é um índice que combina o rendimento

escolar às notas do exame Prova Brasil, aplicado a crianças da quarta e oitava séries, podendo variar de zero a dez. Quando avaliados os alunos da quarta série, o Município de Pelotas está na 3.109ª posição entre as 5.565 cidades do Brasil, e na 4.103ª com relação aos alunos da oitava série. O IDEB nacional, em 2011, foi de 4,7 para os anos iniciais do Ensino Fundamental em escolas públicas e de 3,9 para os anos finais. Nas escolas particulares, as notas médias foram, respectivamente: 6,5 e 6,0.

Importante salientar que, para além dos dados estatísticos, tem-se inúmeras razões que produzem estes percentuais. Os dados que fazem referência ao fluxo de alunos matriculados nas escolas entre os anos de 1991 e 2000 comparados aos de 2001 e 2010 são reflexo de um momento de transição entre a Lei nº 5.692/71 e a Lei nº 9.394/96 (LDB). A partir da metade da primeira década, a obrigatoriedade do ingresso e permanência na escola fez com que os índices tivessem um salto quantitativo e, na segunda década, houve o ingresso natural em relação à taxa de nascimento/idade escolar. Além disso, o aumento na oferta de vagas para jovens e adultos por meio do PEJA (Educação de Jovens e Adultos), a aplicação dos critérios de controle de frequência dos alunos através da implantação da FICAI (Ficha de Comunicação do Aluno Infrequente), a efetivação de programas de estímulo à formação escolar, a aplicação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), de forma mais efetiva e consciente, também impactaram os percentuais.

Em suma, após a contextualização histórica, cultural, econômica — e também educacional —, nas linhas seguintes aborda-se a questão educacional com vistas a explicitar de que modo se dá a gestão da política pública no município de Pelotas.

4.2 A GESTÃO DA POLÍTICA MUNICIPAL NO EXEMPLO PRIVILEGIADO DO MUNICÍPIO DE PELOTAS

A Secretaria Municipal de Educação e Desporto atua em conformidade com a legislação vigente e em parceria com o Conselho Municipal de Educação, formando o Sistema Municipal de Ensino, instituído pela Lei Municipal nº 4.904, de 16 de janeiro de 2003. Assim, juntos, orientam e supervisionam as escolas infantis particulares e assistenciais de Pelotas. O sistema responde, também, pela autorização de funcionamento, análise de documentação e legislação da educação municipal nas trinta e uma (31) escolas de Educação Infantil e sessenta e uma (61) escolas de Ensino Fundamental, sendo vinte (20) na zona do campo e quarenta e uma (41) na zona urbana. Além dos níveis/modalidades apresentadas, a rede municipal oferece a Educação de Jovens e Adultos (EJA) em vinte e sete (27) escolas municipais e o Programa de Jovens e

Adultos (PEJA) em cinco (5) escolas e duas (2) Associações Comunitárias. Oportuniza, também, o Ensino Médio no Colégio Municipal Pelotense, nas modalidades de Ensino Médio Regular e EJA, Ensino Médio Curso Normal – Magistério, Ensino Pós-Médio/Habilitação Séries Iniciais e Ensino Pós – Médio/Habilitação Ensino Fundamental (PELOTAS, 2015).

Atualmente, a educação no município encontra-se sob a égide da Lei nº 6.245, de 24 de junho de 2015, que disciplina o Plano Municipal de Educação. O Sistema Municipal de Ensino recomenda a construção do Plano Político Pedagógico para todas as escolas que o compõem, reconhecendo a importância deste para o planejamento e gestão escolar da prática pedagógica.

A Educação Infantil no município pauta-se pela Resolução CNE/CEB nº 5/2009, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (DCNEI) e pelo Parecer nº 005/2009, do Conselho Municipal de Educação de Pelotas. A Resolução e o Parecer estabelecem os parâmetros básicos que devem orientar o peculiar processo de ensino-aprendizagem verificado na educação infantil, em articulação com as diferentes etapas da educação básica, deixando de lado a tradição assistencialista e escolarizante, que vinha conduzindo o fazer nas creches e pré-escolas, e visam estruturar e organizar as ações educativas com qualidade, articulando a valorização do papel dos professores que atuam junto às crianças dessa faixa etária (de 0 a 5 anos e 11 meses de idade). Esses profissionais devem construir propostas pedagógicas que, no cotidiano, permitam a escuta e a participação das crianças, acolhendo a forma delas significarem o mundo e a si, promovendo situações em que essas crianças serão cuidadas e educadas (PELOTAS, 2015).

Consolida-se a presença das escolas de educação infantil (creches) e pré-escolas no sistema de ensino municipal, estabelecendo, dentre outros: o número mínimo de horas de funcionamento, o atendimento no período diurno, a oferta de vagas próximo à residência das crianças, o acompanhamento do trabalho pelo órgão de supervisão do sistema, a idade de corte para efetivação da matrícula, o número mínimo de horas diárias do atendimento e pontos para a articulação com o Ensino Fundamental. Também são foco de atenção os fins educacionais, os métodos de trabalho docente, a gestão das unidades e a relação da instituição com as famílias, bem como a preocupação com a educação inclusiva. Toda unidade escolar será orientada a construir sua proposta pedagógica com a participação da comunidade (PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, 2015).

Importante salientar que nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (DCNEI) constam os elementos que compõem a função sociopolítica e pedagógica das instituições de Educação Infantil, quais sejam: i) oferecer condições e recursos para que as crianças usufruam seus direitos civis, humanos e sociais; ii) assumir a responsabilidade de

compartilhar e complementar a educação e o cuidado das crianças com as famílias; iii) possibilitar tanto a convivência entre crianças e entre adultos e crianças quanto à ampliação dos saberes e conhecimentos de diferentes naturezas; iv) promover a igualdade de oportunidades educacionais entre as crianças de diferentes classes sociais no que se refere ao acesso a bens culturais e às possibilidades de vivência da infância; e v) construir formas de sociabilidade e de subjetividade que sejam comprometidas com a ludicidade, a democracia, a sustentabilidade do planeta e com o rompimento de relações de dominação etária, socioeconômica, étnico-racial, de gênero, regional, linguística e religiosa, em ação compartilhada com a família, para a formação de cidadãos e novas subjetividades e sociabilidades comprometidas com a construção de uma sociedade democrática, livre, mais justa, solidária e ambientalmente sustentável (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2010).

Além disso, orienta-se que o trabalho seja focado nos direitos da criança em sua totalidade e integralidade, compreendendo-a como pessoa humana que, inserida em uma determinada cultura, apropria-se dela em especial por meio da brincadeira, devendo valorizar-se, na organização curricular, a diversidade de olhares, respostas e objetos de conhecimento; o alinhamento institucional em mediar o processo de construção de significados em relação ao mundo e a si mesma por meio da apropriação pela criança de diferentes linguagens; e o compromisso de garantir os direitos da criança e atividades pensadas em relação à especificidade das condições de desenvolvimento de zero a três anos, e de quatro e cinco anos (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2010). Também são foco de atenção os fins educacionais, os métodos de trabalho docente, a gestão das unidades e a relação da instituição com as famílias, bem como a preocupação com a educação inclusiva, de modo que toda unidade escolar será orientada a construir sua proposta pedagógica com a participação da comunidade (PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, 2015).

A rede municipal de ensino de Pelotas conta com trinta escolas de educação infantil (creches) e sessenta escolas de ensino fundamental que ofertam, também, educação infantil. Além dessas, há nove escolas filantrópicas que mantêm convênio com a prefeitura. Nas tabelas abaixo, vê-se dados referente aos anos em análise no presente trabalho:

Tabela 1 – Número total de escolas municipais na área urbana e rural e distribuição de matrículas

Escolas e Matrículas	2017	2018	2019	2020
Número de escolas	90	89	89	90

Matrículas em escolas de educação infantil	1.377	1.585	1.833	2.034
Matrículas na pré-escola	5.056	5.084	5.185	5.221

Fonte: Censo Escolar – INEP/MEC

Tabela 2 – Número total de escolas municipais na área urbana e distribuição de matrículas

Escolas e Matrículas	2017	2018	2019	2020
Número de escolas	69	69	69	70
Matrículas em escolas de educação infantil	1.377	1.585	1.833	2.034
Matrículas na pré-escola	4.628	4.671	4.756	4.805

Fonte: Censo Escolar – INEP/MEC

Tabela 3 – Número total de escolas municipais na área rural e distribuição de matrículas

Escolas e Matrículas	2017	2018	2019	2020
Número de escolas	21	20	20	20
Matrículas em escolas de educação infantil	-	-	-	-
Matrículas na pré-escola	428	413	429	416

Fonte: Censo Escolar – INEP/MEC

Além dos dados do Censo Escolar, tem-se os dados do Censo Demográfico (2010) que revelou que no município de Pelotas havia 810 crianças em situação de extrema pobreza na faixa etária de zero a três anos e 495 na faixa entre quatro e cinco anos. Os dados do Censo também revelaram que entre as crianças de zero a três anos, em situação de extrema pobreza, 721 não estavam frequentando a creche (escolas de educação infantil), o que representa 89% (oitenta e nove por cento) das crianças extremamente pobres nessa faixa etária. Entre aquelas de quatro e cinco anos, havia 349 crianças fora da escola, o que equivale a 70,4% (setenta vírgula quatro por cento) das crianças extremamente pobres nessa faixa etária. Estes dados traduzem a imensa força-tarefa a ser empenhada pelos municípios para a expansão da educação infantil, bem como para com a diminuição das desigualdades dentro de um contexto de obrigatoriedade. Flores e Albuquerque (2016, p. 92) salientam que

essa medida legal teria um caráter democratizador, oportunizando o acesso educacional a populações transgeracionalmente alijadas desse direito. E, ainda, neste sentido, mais qualidade devemos exigir dessa nova vaga criada.

Veja-se a tabela abaixo:

Tabela 4 – Distribuição da população em situação de extrema pobreza por faixa etária
(números absolutos e percentual)

Faixa Etária	Quantidade	Percentual	Quantidade de crianças fora da creche e escola
0 – 3	810	8,3%	721
4 – 5	495	4,9%	349

Fonte: Censo Demográfico 2010

Importante salientar que, de acordo com dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto (SMED), as escolas de educação infantil (creches) da rede municipal de ensino encontram-se em processo de ampliação, reforma, qualificação e revitalização dos espaços. Logo, pode-se aferir que o protagonismo atualmente atribuído às crianças pequenas (compreendidas na faixa de zero a três anos e onze meses) é prova de suas potencialidades, bem como da importância de que os espaços coletivos de educação pratiquem uma adequada pedagogia da infância, reconhecendo esta criança como um ser que produz cultura desde a mais tenra idade. É sabido que a educação infantil é a primeira etapa da educação básica e, embora seu atendimento esteja em crescimento, está longe de ter sua oferta pública e gratuita universalizada.

Nas estratégias do Plano Municipal de Educação (2015) também estão previstas a busca ativa de crianças fora da escola, de modo a orientar o planejamento das ações a serem implementadas, bem como monitorar o efetivo cumprimento. Ademais, a realização de um amplo recadastramento dos profissionais da educação envolvidos em todas as etapas da educação básica, de forma a alocá-los de acordo com o concurso realizado, a formação e a necessidade de cada uma das unidades escolares, também faz parte dos objetos do Plano Municipal.

Quanto ao ensino fundamental, no Brasil, foi a Constituição de 1934 a primeira a determinar a obrigatoriedade do ensino primário ou fundamental, com a duração de quatro anos. A Carta Constitucional promulgada em 1967 amplia para oito anos essa obrigatoriedade e, em decorrência, a Lei nº 5.692/71 modifica a estrutura do ensino, unificando o curso primário e o ginásio em um único curso, o chamado primeiro grau, com duração de oito anos. O ensino de segundo grau – atual Ensino Médio – torna-se profissionalizante. Anos antes da promulgação

da atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), algumas redes escolares passaram a adotar medidas de expansão do Ensino Fundamental para nove anos – atualmente amplamente estabelecido –, mediante a incorporação das crianças de seis anos de idade, por vezes procedentes das numerosas classes de alfabetização que existiam em vários estados e municípios. Veja-se nas tabelas abaixo os números reais acerca da demanda do ensino fundamental e médio das escolas públicas do município de Pelotas:

Tabela 5 – Número total de escolas públicas municipais na área urbana e rural e distribuição de matrículas

Escolas e Matrículas	2017	2018	2019	2020
Número de Escolas	90	89	89	90
Matrículas Anos Iniciais	10.748	10.991	11.084	10.914
Matrículas Anos Finais	6.904	7.293	7.213	7.355

Fonte: Censo Escolar – INEP/MEC

Tabela 6 – Número total de escolas públicas municipais na área urbana e distribuição de matrículas

Escolas e Matrículas	2017	2018	2019	2020
Número de Escolas	69	69	69	70
Matrículas Anos Iniciais	9.495	9.721	9.838	9.714
Matrículas Anos Finais	6.005	6.299	6.228	6.385

Fonte: Censo Escolar – INEP/MEC

Tabela 7 – Número total de escolas públicas municipais na área rural e distribuição de matrículas

Escolas e Matrículas	2017	2018	2019	2020
Número de Escolas	21	20	20	20
Matrículas Anos Iniciais	1.253	1.270	1.246	1.200
Matrículas Anos Finais	899	994	985	970

Fonte: Censo Escolar – INEP/MEC

Quanto ao ensino médio, apenas o Colégio Municipal Pelotense atende a demanda em nível municipal – já que a obrigatoriedade nesta etapa escolar pertence aos estados. O número de alunos nos anos analisados na presente pesquisa são: 766 alunos atendidos no ano de 2017;

539 alunos no ano de 2018; 574 alunos no ano de 2019 e, novamente, 574 alunos no ano de 2020. Vê-se uma diminuição considerável no número de alunos atendidos no ano de 2017 e 2018. Essa discrepância se dá em virtude da evasão escolar. Importante salientar que nas metas do Plano Municipal de Educação do Município está a preocupação com a evasão escolar, de modo a fomentar mecanismos através da política pública existente, com intuito de diminuir o abandono escolar por parte dos estudantes.

Muito embora não diga respeito especificamente ao objeto do presente trabalho, há como modalidade de ensino, integrante da educação básica, a educação de jovens e adultos destinada àqueles que não tiveram acesso ou condições de continuidade de estudos no ensino fundamental ou médio na idade própria. O município de Pelotas atendeu, nos anos analisados na presente pesquisa, os seguintes números de alunos: 2.928 alunos no ano de 2017; 3.027 no ano de 2018; 2.883 no ano de 2019; e 2.474 no ano de 2020. É sabido que, desde a Constituição Federal de 1934, a educação de jovens e adultos — à época com outra denominação — é prevista como direito do cidadão, tendo sido viabilizada ao longo desses anos, por meio de diferentes estratégias, como: Exames de Madureza; Movimento Brasileiro de Alfabetização — MOBRAL; Ensino Supletivo, entre outros.

Com a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº 9.394/96, sob a nova denominação de educação de jovens e adultos, ela passou a ser oferecida por meio de cursos e de exames supletivos referentes ao ensino fundamental e médio, com a finalidade exclusiva de assegurar o prosseguimento de estudos em caráter regular. Trata-se, portanto, de um direito público subjetivo no nível fundamental, cabendo aos poderes públicos a disponibilização dos recursos necessários para esse fim. Dentro deste pressuposto, o município de Pelotas criou primeiro um programa para atender a esta demanda, o PEJA, que trouxe de volta aos bancos escolares, das séries iniciais do ensino fundamental, centenas de pessoas que não tiveram oportunidade de alfabetizarem-se na idade própria. Paralelamente à implantação do PEJA, algumas escolas atendiam no turno da noite o ensino fundamental como modalidade regular de ensino, o que não atingia plenamente a finalidade de corrigir a defasagem nas referidas etapas, pois a metodologia de trabalho e a duração eram iguais às utilizadas no diurno com as crianças e pré-adolescentes, o que comprometia a permanência de muitos dos estudantes, que procuravam alternativas diferenciadas para suplementar seus estudos.

Faz-se importante referir que, com base nos números analisados anteriormente e informações fornecidas pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto, a etapa da educação infantil (crianças de zero a três anos e onze meses) é aquela que recebe maior demanda de alunos buscando vaga em escolas de educação infantil (creches) no transcorrer dos anos, já que

nessa etapa escolar o município de Pelotas não atende à demanda em sua totalidade. A Secretaria Municipal, portanto, mapeia essa demanda manifesta através do número de alunos sorteados por escola nos anos objeto de análise da presente pesquisa. As informações fornecidas foram as seguintes: no ano de 2017, a demanda manifesta em escolas de educação infantil foi de 2.650 crianças, de modo que apenas 532 alunos foram efetivamente contemplados com a vaga. Em 2018, a demanda manifesta aumentou, foram 3.012 crianças à procura de vagas em escolas de educação infantil, sendo que apenas 571 foram atendidas. No ano de 2019, 3.190 crianças manifestaram interesse nas vagas de educação infantil no município de Pelotas, porém o município pôde atender apenas 658 crianças. E, por fim, no ano de 2020 — último ano em análise no presente estudo — a demanda manifesta foi de 1.265 crianças, e o atendimento pôde ser fornecido a 853 alunos. Importante fazer a ressalva quanto ao ano de 2020. Como é sabido, o Brasil e demais países do mundo foram acometidos pela pandemia da COVID-19, de modo que a demanda anteriormente expressiva foi reprimida em virtude das medidas sanitárias adotadas pelos governos federais, estaduais e municipais, muito embora as vagas tenham sido expressivamente aumentadas.

Outro dado a se referir é quanto aos números explicitados anteriormente. No município de Pelotas, há trinta escolas que prestam exclusivamente educação infantil (atendimento a crianças de zero a três anos e onze meses), de modo que a demanda manifesta diz respeito a essas escolas. Cabe salientar, no que no que se refere à pré-escola e ensino fundamental, o município de Pelotas atende toda a demanda manifesta. Tal fato se dá em virtude da quantidade de vagas não ser inferior ao número de alunos, bem como — e mais importante — pela Constituição Federal, que através do artigo 208 assegura como dever do ente público o ensino fundamental gratuito e universalizado.

No próximo ponto, dá-se a abordagem acerca das principais razões da judicialização de vagas nas escolas municipais.

4.2.1 Judicialização de vagas nas escolas municipais: principais razões

Ressalta-se, com base nos dados anteriormente expostos, que o município de Pelotas, através da Secretaria Municipal de Educação e Desporto, recebe diversas demandas judiciais por, assim como já mencionado, não possuir condições de atender a totalidade de crianças naquela faixa etária, efeito ocasionado pela falta de vagas para tamanha demanda. Logo, por determinação judicial, as referidas crianças que, por não terem logrado vaga pelo processo de inclusão através do sorteio público, passam a frequentar as referidas escolas como excedentes

ao número de alunos previamente estipulado, através do que determina a normativa do Conselho Municipal de Educação de Pelotas, seguindo orientações do Parecer CNE/CEB nº 20/2009 do Conselho Nacional de Educação.²⁹ Por conseguinte, a judicialização decorre pela busca do direito à educação — garantido pela Constituição da República —, direito que, efetivamente, passa a ser adquirido através de ação judicial, visto que se verifica um enorme distanciamento entre o que prevê a legislação e a realidade em que estamos inseridos, onde nem mesmo a crescente reforma e construção de escolas com consequente ampliação de vagas vem atendendo a demanda manifesta pela comunidade local.

Importante referir que, o Plano Nacional de Educação preconiza o atendimento de 50% (cinquenta por cento) da clientela³⁰ (crianças de zero a três anos e onze meses) até 2024, o que

²⁹ Parecer CNE/CEB nº 20/2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pceb020_09.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

³⁰ O Plano Nacional de Educação possui como primeira meta: “universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos e idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE (2024)”. Para tanto, possui como estratégias: i) definir, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, metas de expansão das respectivas redes públicas de educação infantil segundo padrão nacional de qualidade, considerando as peculiaridades locais; ii) garantir que, ao final da vigência deste PNE, seja inferior a 10% (dez por cento) a diferença entre as taxas de frequência à educação infantil das crianças de até 3 (três) anos oriundas do quinto de renda familiar per capita mais elevado e as do quinto de renda familiar per capita mais baixo; iii) realizar, periodicamente, em regime de colaboração, levantamento da demanda por creche para a população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta; iv) estabelecer, no primeiro ano de vigência do PNE, normas, procedimentos e prazos para definição de mecanismos de consulta pública da demanda das famílias por creches; v) manter e ampliar, em regime de colaboração e respeitadas as normas de acessibilidade, programa nacional de construção e reestruturação de escolas, bem como de aquisição de equipamentos, visando à expansão e à melhoria da rede física de escolas públicas de educação infantil; vi) implantar, até o segundo ano de vigência deste PNE, avaliação da educação infantil, a ser realizada a cada 2 (dois) anos, com base em parâmetros nacionais de qualidade, a fim de aferir a infraestrutura física, o quadro de pessoal, as condições de gestão, os recursos pedagógicos, a situação de acessibilidade, entre outros indicadores relevantes; vii) articular a oferta de matrículas gratuitas em creches certificadas como entidades beneficentes de assistência social na área de educação com a expansão da oferta na rede escolar pública; viii) promover a formação inicial e continuada dos(as) profissionais da educação infantil, garantindo, progressivamente, o atendimento por profissionais com formação superior; ix) estimular a articulação entre pós-graduação, núcleos de pesquisa e cursos de formação para profissionais da educação, de modo a garantir a elaboração de currículos e propostas pedagógicas que incorporem os avanços de pesquisas ligadas ao processo de ensino-aprendizagem e às teorias educacionais no atendimento da população de 0 (zero) a 5 (cinco) anos; x) fomentar o atendimento das populações do campo e das comunidades indígenas e quilombolas na educação infantil nas respectivas comunidades, por meio do redimensionamento da distribuição territorial da oferta, limitando a nucleação de escolas e o deslocamento de crianças, de forma a atender às especificidades dessas comunidades, garantido consulta prévia e informada; xi) priorizar o acesso à educação infantil e fomentar a oferta do atendimento educacional especializado complementar e suplementar aos(as) alunos(as) com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, assegurando a educação bilíngue para crianças surdas e a transversalidade da educação especial nessa etapa da educação básica; xii) implementar, em caráter complementar, programas de orientação e apoio às famílias, por meio da articulação das áreas de educação, saúde e assistência social, com foco no desenvolvimento integral das crianças de até 3 (três) anos de idade; xiii) preservar as especificidades da educação infantil na organização das redes escolares, garantindo o atendimento da criança de 0 (zero) a 5 (cinco) anos em estabelecimentos que atendam a parâmetros nacionais de qualidade, e a articulação com a etapa escolar seguinte, visando ao ingresso do(a) aluno(a) de 6 (seis) anos de idade no ensino fundamental; xiv) fortalecer o acompanhamento e o monitoramento do acesso e da permanência das crianças na educação infantil, em especial dos beneficiários de programas de transferência de renda, em colaboração com as famílias e com os órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância; xv) promover a busca ativa de crianças em idade

absolutamente não vem inibindo o processo de judicialização e matrícula das crianças dessa faixa etária. Além disso, não inibe as decisões judiciais determinando o ingresso de crianças nessa faixa etária no quadro das escolas do município. De acordo com a Secretaria Municipal de Educação e Desporto, a consequência é um excessivo número de alunos por turma, onde geralmente a capacidade física das salas de aula dificulta não só o atendimento de qualidade em termos pedagógicos, como a própria mobilidade das crianças e dos profissionais inseridos na referida sala de aula. Isso configura prejuízo não só para os alunos que ingressaram posteriormente como excedentes, como para os que garantiram a vaga através do sorteio público em tempo previamente determinado. Salienta-se que o processo acarreta ainda frequentes queixas dos profissionais envolvidos e responsáveis pelo atendimento que, primamos, ser do efetivo direito à educação pública de qualidade.

Como resultado, esse direito que é da família e da criança implica no dever de oferta pela municipalidade, que produz fatores já mencionados, como o prejuízo físico e pedagógico. À vista disso, o município, muitas vezes, opta pelas decisões que impactam menos às despesas e, por sua vez, coloca em causa a qualidade, já que precisa solucionar as reivindicações das famílias e as prescrições do Poder Judiciário. É justamente por esses motivos que a preocupação com a qualidade se faz tão presente no referido estudo, pois é a categoria que mais está sujeita a variações externas: número de alunos em sala, número de professores, cuidadores, monitores, equipamentos, estrutura física, materiais, além de outras demandas.

A obrigatoriedade imposta pelo Poder Judiciário é, portanto, nas reflexões propostas nesta pesquisa, uma política que, além de escancarar a realidade dos municípios, apresenta-se como uma determinação “pela metade” de viés pouco democrático: em que a tomada de decisão sobre o atendimento das crianças na etapa da educação infantil pauta-se naquilo que é possível, considerado “o melhor”, com roupagem inclusiva de padrão mínimo de atendimento, como por exemplo, a parcialização, a qual é entendida como universalização pela gestão municipal. Sendo esta uma prática realizada em outros municípios para suprir a demanda pela educação infantil. A preocupação com as metas impostas pelo governo através de suas políticas tem sido fator de tensão para os municípios, não sendo diferente em Pelotas, privilegiando alguns em detrimento de outros. Pode-se dizer que esta realidade se dá — dentre tantos outros fatores —

correspondente à educação infantil, em parceria com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, preservando o direito de opção da família em relação às crianças de até 3 (três) anos; xvi) o Distrito Federal e os Municípios, com a colaboração da União e dos Estados, realizarão e publicarão, a cada ano, levantamento da demanda manifesta por educação infantil em creches e pré-escolas, como forma de planejar e verificar o atendimento e xvii) estimular o acesso à educação infantil em tempo integral, para todas as crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, conforme estabelecido nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (PNE, 2014).

pela falta de diálogos institucionais que construam caminhos para maior efetividade das ações de governo, em um contexto de boa governança, que inclui a ação de todos os agentes estatais com competência ou atribuição para intervir nas matérias e que, deixando de atuar isoladamente, devem unir forças e conhecimento para alcançar o objetivo comum de dar concreção às promessas constitucionais.

Isto posto, na sequência, faz-se a análise do conteúdo das demandas judiciais. Ademais, realiza-se uma avaliação crítica das informações fornecidas pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto relativas à matéria, tendo como base tudo que até aqui foi analisado teoricamente em relação ao direito fundamental social à educação.

4.2.2 Contextualização do problema: o conteúdo material (substancial) das demandas judiciais

Conforme dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto, há um intenso volume de demandas individuais postulando deferimento de vagas em escola de educação infantil em trâmite no Juizado da Infância e Juventude de Pelotas. Inicialmente, destaca-se que, embora os dados não sejam precisos, eles indicam, pela informação fornecida, a conclusão de que uma boa parte da política pública está sendo gerida através de ordens judiciais. Foram aproximadamente 800 alunos matriculados por ordem judicial nos anos de análise do presente estudo (2017 a 2020). Veja-se que este número representa uma universalidade de vagas novas deferidas judicialmente, ignorando, desta forma, as efetivadas pela Administração conforme ordem de inscrição e sorteio. Ressalta-se que estes foram, em princípio, os únicos dados sistematizados, ainda que aproximados, computados pela Administração Pública, pois outras informações, como número de vagas concedidas por etapa escolar através de demanda judicial ou total financeiro despendido para atendimento dessas crianças, não o foram. Assim, embora a informação de que a maciça demanda é para vaga em creche (zero a três anos), não há como computar-se fielmente quanto, efetivamente, se refere a esta demanda escolar.

Faz-se importante referir que o objetivo deste estudo não pressupõe uma apreciação do mérito relativamente ao direito posto em causa, mas procura sim ressaltar os efeitos da judicialização no âmbito do município de Pelotas, primordialmente em relação à educação infantil, de modo a demonstrar as angústias surgidas pelo esgotamento da máquina pública em atenção a estes feitos. O olhar está focado no bom funcionamento da política pública. Por essa razão, o monitoramento das decisões em si não foi realizado – com leitura e análise acurada das

sentenças. Logo, pelos motivos exarados, o presente estudo teve por objetivo analisar o que ocorre no monitoramento da judicialização a partir do relato da Administração Pública, um dos principais atores envolvidos nesse processo.

No entanto, infelizmente, não se teve sorte ao acessar os dados disponibilizados pela Administração Pública em sua totalidade. Em verdade, até o final da elaboração desta dissertação, os dados estavam em análise, já que, por mais que houvesse requerimento acerca das informações, elas não foram fornecidas com o comprometimento que deveriam ter sido. Conforme demonstrado nos anexos, a Secretaria Municipal de Educação e Desporto prestou informações rasas e sem qualquer fundamentação, não se atentando para a importância e compromisso de uma investigação científica.

Embora não seja este o objeto do trabalho, é necessário pontuar a necessidade de um sistema único de informações administrativas a ser fomentado no âmbito da Administração Pública de Pelotas, de forma que todos os dados necessários à análise das políticas públicas implementadas estivessem disponíveis não só ao administrador, mas, especialmente, às autoridades que possuem atuação que depende destas informações, como é o caso do Ministério Público e do Judiciário, por exemplo.

Maren Taborda (2015) destaca que o direito de acesso ou de informação sobre a atividade dos poderes públicos está diretamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia, expressando a necessidade de “transparência” (publicidade) nos atos do Estado. A professora ressalta que:

Na discussão em torno dos vários sentidos do princípio da publicidade, o mais imediato sentido é o de que este é, primeiramente, um preceito que tende a preservar a *res publica*, isto é, a comunidade política no sentido que Kant lhe dá, porque esta, sendo regida por leis, unida aos conceitos de “democracia” e de “governo não despótico”, é o fundamento do Estado de Direito (TABORDA, 2015, p. 263).

Por este prisma, ressalta-se imprescindível a uma boa governança que um sistema transparente e acessível dos dados relevantes das políticas públicas esteja disponível, como instrumento básico para propiciar uma construção dialógica social e interinstitucional. É preciso destacar que foram determinantes para a obstaculização da pesquisa quantitativa tanto a ausência de adequado e sistematizado registro das informações quantitativas relevantes afetas à política social (vez que inexistiam planilhas ou outros sistemas de fácil compreensão, com os dados compilados), quanto a difícil e parcial acessibilidade aos dados fornecidos pelo gestor municipal, ante a ausência de uma regular e normatizada forma de reunião e transmissão das informações.

Em verdade, é possível vislumbrar na ausência de compilação e sistematização adequadas de dados uma forte tendência à pessoalização da informação na esfera administrativa, como forma de o servidor ou comissionado tornar-se indispensável à posição que ocupa, por ser o detentor de dados relevantes para o andamento da máquina pública e viabilização da administração, o que depõe contra a eficiência administrativa (UEQUED, 2018).

De modo a não atentar contra o objetivo precípua dessa investigação, impôs-se uma análise dos argumentos que são comumente utilizados nos acórdãos judiciais sobre educação infantil no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), oriundos da Comarca de Pelotas, para que fosse possível, então, refletir sobre as características destas decisões em face de todo o contexto até então explorado.

Na busca por resultados com a expressão “vaga em creche”, foram encontrados 331 acórdãos,³¹ referentes à concessão de vaga em escolas de educação infantil provenientes da Comarca de Pelotas. Inicialmente, faz-se importante ressaltar que o discurso praticamente não varia nas demandas relativas à educação infantil, motivo pelo qual é possível uma análise por amostragem relativa às ações individuais. Ademais, não se faz necessário colacionar as particularidades de cada decisão no bojo do presente trabalho, pois, em todos os acórdãos analisados, reconheceu-se que a negativa ou obstaculização do acesso à educação infantil implica violação ao direito constitucional à educação, sendo dever do poder público municipal assegurar aos infantes vaga em creche ou pré-escola e, se a demanda de crianças for superior à oferta de vagas, dever do ente público providenciar a adoção de medidas que garantam a inserção em estabelecimento de ensino.

Logo, é manifesto – no entendimento da Corte – o dever do Município de garantir aos autores o acesso à educação infantil, assegurando-lhe efetivação do direito constitucional à educação, nos termos do art. 208, inciso IV combinado com o artigo 211, §4º da CF, o artigo 54, inciso IV, do ECA e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Além disso, os desembargadores frisam a questão da obrigatoriedade dos Municípios em disponibilizar vaga em creche municipal para crianças carentes de até cinco anos, ressaltando ser orientação já consolidada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da interpretação

³¹ Durante a pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foram encontrados 331 acórdãos, sendo 2 (dois) Agravos de Instrumento, 22 (vinte e duas) Apelações Cíveis e 307 (trezentos e sete) sentenças ilíquidas em sede de reexame/remessa necessária. Das análises, resta incontroverso a posição dos desembargadores gaúchos quanto à obrigatoriedade de concessão de vagas nas escolas de educação infantil do município de Pelotas.

extensiva das legislações que disciplinam o direito à educação, bem como da criança e do adolescente.

Observa-se uma generalidade das decisões que focam muito mais em argumentos afirmativos, do que em argumentos explicativos, de justificação. Dito de outra forma, indica-se que a educação infantil em creche é obrigatória, e não por que ela é. Ainda, mesmo nas hipóteses em que se busca explicar o porquê, resumem-se as fundamentações a abordagens genéricas e tangenciais. Demonstra-se isso no teor do acórdão do Processo nº 70075363929, especificamente no voto do Desembargador Relator Dr. Rui Portanova. O desembargador entende que o interesse em discussão se refere ao direito das crianças em ter educação e amparo, logo, os entes federados têm o dever de propiciar às crianças o amparo à educação, mediante vaga em escola pública. Ainda refere que:

A questão posta dispensa certo temperamento, pois há de se preponderar um bem maior, no que respeita à educação, direito assegurado pela Constituição Federal. Logo, frente a essa dicotomia, devendo prevalecer esse direito constitucional, em confronto com qualquer regra infraconstitucional, os óbices legais apontados reclamam temperamento, sob pena de perecer o próprio bem jurídico tutelado. Não se pode perder de vista o direito das crianças e o dever do Estado assegurado pela Constituição da República. [...] Ademais, não se pode perder de vista que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (art. 6º da CF/88). É direito social e, portanto, seu atendimento pelo Poder Público firma o interesse público da ação. Ou seja, não se trata de direito individual, mas de direito público, social, ainda que o beneficiário seja o indivíduo. Nesse contexto, a Constituição da República estabelece em seu art. 208, IV que “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.” [...] E ainda, é a própria Constituição da República, no artigo 227, que lança a prioridade devida à criança e ao adolescente, a qual é esmiuçada pela legislação infraconstitucional, por intermédio da Lei nº 8.069/90. Logo, comprovada a obrigatoriedade do Poder Público em fornecer vaga em creche ou pré-escola aos infantes, próxima a sua residência (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Do mesmo modo, vê-se a ocorrência de uma certa generalidade no voto do Desembargador Relator Dr. Alexandre Kreutz, no Processo nº 70078561115, julgado em 13 de dezembro de 2018 na Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Refere o relator que o direito à educação é assegurado constitucionalmente a todos, conforme dispõem os artigos 205; 208, inciso IV; e 227, *caput*, da Constituição Federal. Além disso, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, igualmente, contempla o direito à educação em seus artigos 4º, *caput*; e 53, *caput*, estabelecendo no artigo seguinte o dever do Estado em assegurar à criança e ao adolescente o acesso a todos os níveis de ensino, inclusive, o direito à educação infantil.

[...] A educação das crianças deve começar pela educação infantil, pois ela é a primeira etapa da educação básica, necessária e indispensável a todo ser humano, sendo vedado ao ente público impedir o acesso a ela. É justamente ela, a educação infantil, que é a base para o desenvolvimento integral das capacitações das crianças. É claro que os pais têm o dever de inserir os filhos na escola, como preceitua o artigo 55 do ECA e o art. 6º da Lei de Diretrizes Básicas, mas nem todos possuem recursos financeiros para viabilizar o atendimento a tal comando. É aí que surge a obrigação dos entes públicos, sendo que cada um deles tem suas áreas de atuação. A União é responsável pelo ensino superior, o Estado, pelos ensinos fundamental e médio, enquanto ao Município, sua atuação prioritária é a educação infantil e o ensino fundamental. [...] Assim, compete ao Município assegurar o direito fundamental do menor de poder frequentar uma creche, ainda que por intermédio de uma medida judicial, já que, administrativamente, a vaga não foi obtida (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Nesse contexto, portanto, pode-se dizer que ganha relevo as questões da (in)efetividade do Estado (aqui representado pelo Poder Executivo) como agente de realização do Estado de Bem-Estar Social e, em consequência, a assunção pelo Poder Judiciário do papel garantidor das promessas incumpridas da sociedade. Além disso, há uma certa desconsideração da especificidade do caso concreto, de modo que se caminha para a imersão em resultados quantitativos e não qualitativos, como deveria ser. Neste ponto, pode-se destacar um trecho do livro *A condição Humana*, de Hannah Arendt (2005, p. 13): “O que proponho, portanto, é muito simples: trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo”.

Ademais, sobre o aspecto da vulnerabilidade explicitado no teor dos acórdãos, é mais provável que o acesso à educação infantil pela via judicial seja mais fácil àqueles com melhor poder aquisitivo, que entendem a complexidade do sistema de justiça, do que aos verdadeiramente carentes, que não dispõem de tempo e condições para esperar por atendimento de advogados públicos. É que, embora inexistam investigações que se conheça sobre qual o poder aquisitivo do público que se beneficia da judicialização para acesso à creche, Daniel W. Liang Wang e Octavio Luiz Motta Ferraz (2013, p. 167) afirmam que, em relação à saúde, estudos apontam que “há uma forte evidência empírica indicando que, litigantes que reivindicam judicialmente tratamentos de saúde tendem a vir de origens privilegiadas”, pois possuem maior acesso à informação, à assistência jurídica e ao sistema judiciário.

De mais a mais, ainda que se sustente que a normatividade para deferimento das vagas estaria na legislação infraconstitucional, como o ECA e a LDB, o fato é que estas acabam por reproduzir os dispositivos constitucionais, e não ampliar a interpretação acerca da exigibilidade imediata do direito, pois, como afirma Ramos (2015, p. 272):

Nem se diga, de outra parte, que, no caso do direito fundamental *sub examine*, havia normatização legislativa suficiente para torná-lo prontamente judicializável. Na verdade, o art. 54 da Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), se limitou a reproduzir, *ipsis litteris*, o disposto no art. 208 da Constituição Federal, não tendo,

pois, autonomia regulatória em relação a este, que permita afirmar tratar-se de concretização do preceito do artigo 208, IV, da Carta Magna, dotando-o de plenitude eficaz.

Assim, fica claro que a subjetividade do direito à educação ou sua acionabilidade acaba sem uma adequada construção jurídica no contexto da norma constitucional, no que diz respeito aos fundamentos das decisões, pois se concentram em generalidades, e não na especificidade das questões abordadas relativas à educação em creche. Em verdade, uma coerente interpretação não converge ao entendimento da subjetividade universal e incondicionada. É que, mesmo sendo judicializável, é necessário um argumento especial, devidamente evidenciado nos casos concretos, para que possa aquela ser contemplada (UEQUED, 2018).

Importante registrar que não se desconhece a aplicabilidade do artigo 208, inciso I e IV, da Constituição Federal, que prescreve, como direito subjetivo, que o atendimento à educação infantil — dos quatro aos dezessete anos de idade — é dever do Estado:

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

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009);

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996);

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

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

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

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

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

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

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

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Também não é desconhecido que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, também prescreve, por sua vez, de modo genérico, na mesma direção de garantir o direito à educação para todas as crianças e adolescentes:

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. (Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019) (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Não há dúvida, portanto, que ao Estado cabe prover pública e gratuitamente o atendimento ao ensino, como fica devidamente explicitado através do artigo 208 da CF, que coloca este como um direito público subjetivo — e que, portanto, *lato sensu*, é um “direito do sujeito”. Confirma-se mais ainda com as recentes mudanças, expostas anteriormente, quanto à obrigatoriedade da educação infantil.

Inicialmente, atendendo disposto na Constituição Federal de 1988, em 26 de dezembro de 1996, editou-se a Lei nº 9.394 /96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), que regulamentou vários aspectos e questões dos processos formativos e que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. Logo, a obrigatoriedade de educação infantil pública e gratuita ficou definida também nessa lei a partir dos 5 (cinco) anos de idade, mas, o caráter público e obrigatório da educação infantil foi mudado por alterações da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, através da Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013, que entre outras mudanças, no artigo 4º, inciso I, reduz a obrigatoriedade de matrícula em escolas de Educação Infantil para crianças a partir de quatro anos de idade. Hoje, a base legal é a que segue:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - **educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade**, organizada da seguinte forma (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013):

- a) pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013);
- b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013);
- c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013);

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013);

§ 2º Em todas as esferas administrativas, o Poder **Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório**, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL, 2013, grifo nosso).

A legislação educacional, que é certamente complexa, não deixa dúvidas que a obrigatoriedade e gratuidade da educação escolar são para crianças, adolescentes e jovens entre os 04 (quatro) e os 17 (dezessete) anos de idade, sendo que a idade mínima limite deverá ser obrigatoriamente cumprida a partir de 2016. A obrigatoriedade engloba a educação pré-escolar, o ensino fundamental e o ensino médio. Em que pesem essas diretrizes mais gerais da Carta

Magna brasileira, atenta-se para a regulamentação da educação pela Lei Ordinária Federal nº 9.394/96 e que, deixando patente sua importância em estabelecer as bases, fundamentos e diretrizes para a educação nacional, recebeu a denominação de “Lei de Diretrizes Básicas da Educação” – LDB, regulamentando a educação infantil nos seguintes termos:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até seis anos de idade, 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 - creche ou entidades equivalentes, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

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

Ainda que os entendimentos jurisprudenciais estabeleçam a obrigação do Poder Público em oferecer o atendimento educacional para crianças de zero a seis anos, entende-se que essa prerrogativa jurídica impõe, ao Estado, pela alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação de criar condições objetivas e subjetivas que possibilitem, de maneira concreta, ação em favor das crianças até 5 (cinco) anos de idade, viabilizando a elas o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola.

Igualmente entende-se que toda criança deve ter seus direitos fundamentais garantidos, não podendo submeter-se a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordinar a razões de puro pragmatismo governamental. E, ainda, que cabe prioritariamente aos Municípios a atuação no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º). Por isso, as autoridades municipais não podem se omitir ao que foi estabelecido pelo artigo 208, inciso IV, da CF, não devendo sua ação político-administrativa ser exercida de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

No entanto, como ressalta Lombardi (2014, p. 395), quando se fala sobre educação, “não estamos tratando de assunto sem controvérsia e nem sempre o que é legal é o mais justo e possível do ponto de vista educacional”. Logo, percebe-se que a jurisprudência anteriormente referida pressupõe o princípio constitucional da igualdade entre todos os cidadãos. Mas é sabido — e, arrisca-se dizer, incontroverso — que esse princípio liberal diz respeito a uma igualdade pressuposta ou, apenas, perante a lei. Afinal, sabe-se que há uma profunda desigualdade econômica, social e política entre as pessoas e que esta é notória e reconhecida pela unanimidade por todos. Tanto é que a Constituição brasileira, reconhecendo a igualdade — pressuposta — perante a lei, também estabelece, em seu artigo 3º, inciso III, como objetivo

fundamental dos entes federados da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. A conceituação de “pobreza” também não é consensual, mas certamente essa não pode ser apenas relacionada à falta de renda, mas também à falta de alimentação, moradia, saneamento básico, saúde, educação, acesso à informação etc., pois são condicionantes que afetam a capacidade de autodeterminação dos cidadãos e o pleno exercício dos direitos inerentes à cidadania.

Como tratar como iguais cidadãos que são socialmente diferentes? Cidadãos que reconhecidamente possuem condições diferenciadas de acesso aos serviços públicos e privados? Cidadãos que estão à margem da vida econômica e social?

Neste sentido, faz-se necessário ressaltar o entendimento de Lombardi (2014, p. 396):

Na maestria vocabular e discursiva de alguns juristas, entende-se que há efetivação do direito à educação quando se trata todas as crianças e jovens como iguais. Tenho, entretanto, me pronunciado aos Excelentíssimos Senhores representantes do Judiciário que ao tratar como iguais crianças que estão efetivamente em situação de desigualdade, posto que a vulnerabilidade social é reconhecida por vários órgãos do Estado, ao contrário do que se pretende, estamos desrespeitando crianças, familiares e gestores nos mais diversos aspectos e, portanto, ignorando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como norteador da efetivação dos direitos dos cidadãos brasileiros, já declarado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Há certamente quem defenda ser a igualdade perante a lei, a única ou a melhor forma de garantir direitos a todos indistintamente. Mas, como não vivemos numa sociedade utópica na qual impere uma pressuposta igualdade econômica, social e política, um Estado-Ideal em que todos têm acesso aos bens e serviços de que necessita para uma existência plena, é preciso garantir a igualdade para os que são socialmente desiguais. Desde meu ponto de vista, expresso em vários trabalhos acadêmicos, isso até que ocorra uma profunda transformação econômica, social e política que coloque o exercício do poder sobre os desígnios societários efetivamente nas mãos da maioria da população. Isso corresponde, política e ideologicamente, a um projeto político que leve à demolição das bases da sociabilidade burguesa e à construção de uma sociedade justa e igualitária.

Evidentemente, não se pretende refutar a importância e necessidade do sistema de justiça. O que se busca é a celeridade judicial pela via da qualidade, e não apenas da quantidade. Dito de outro modo, a prestação jurisdicional não pode e não deve ser resumida a centenas de processos idênticos que tencionem à mera redução de pilhas, com abandono total das especificidades do caso concreto. Afora essas questões, o discurso igualmente padronizado leva o cidadão à percepção de que toda e qualquer reivindicação é legítima e tem de ser satisfeita.

Em última análise, vê-se que o Poder Judiciário não atenta para o fato de que a obrigação de fazer, para ser cumprida, há de ser razoável e equilibrada, construída de comum acordo com a Administração Pública. As condenações, portanto, configuram a substituição da atividade do administrador pela atividade do juiz, o que deve ser evitado a todo custo no controle jurisdicional de políticas públicas.

4.3 A (IN)EFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL E OS IMPACTOS SOBRE AS AÇÕES GOVERNAMENTAIS

Inicialmente, cabe destacar que, muito embora algumas críticas tenham sido previamente feitas na análise sintética do conteúdo das ações judiciais fornecido pela Administração Pública, faz-se importante retomarmos os principais apontamentos. Parte-se de uma conflitiva real: a intensa judicialização no município de Pelotas, de demandas que buscam o reconhecimento e a concretização do direito subjetivo à educação infantil, com especial destaque à educação em creche, que é a etapa maciçamente deficitária.

Quanto a isto, verificou-se que a decisão judicial não serve como guia à ação, quer do legislador, quer do administrador, que não adaptam a política pública ao uníssono entendimento judicial. Ademais, a intensa judicialização não representa concretamente a visão de igualdade que o Judiciário busca que se cumpra — muito embora já tenha sido abordado anteriormente a importância do tratamento equânime dos conflitos em direitos sociais. Logo, o argumento de igualar os demandantes àqueles beneficiados pela política pública não acontece, de modo que se privilegia os que ingressam com ação judicial em relação às demais crianças que aguardam a satisfação administrativa do direito.

Importante referir que não se ignora o argumento da necessidade de concreção dos direitos fundamentais sociais, constitucionalmente reconhecidos, pois não podem as promessas constitucionais ficar *ad perpetuam* à espera de implementação, à mercê da discricionariedade do legislador e do administrador, no caso, municipal. Como afirma Vinícius Lima (2016, p. 217), “a autonomia municipal não é um ‘cheque em branco’ para omissões lesivas aos direitos fundamentais”.

A historicidade do direito à educação infantil, observado no capítulo anterior, dá conta da luta pelo acesso a esta etapa escolar até seu reconhecimento constitucional. Sua implementação, com vistas à universalidade, é política pública imprescindível. Todavia, aqui, em respeito à autonomia do direito, a única forma que se vislumbra de obter a melhor resposta é se for construída consensualmente pelos envolvidos, ou, como afirma Campos (2014), dialogicamente.

Tassinari (2013, p. 80) ressalta que “o problema nunca foi discutir se juízes devem interpretar a Constituição, mas saber como ocorre esta interpretação, tendo em vista que, muitas vezes, acaba sendo mitigada pela atuação discricionária de juízes e tribunais”. Na mesma ótica, Motta (2012, p. 103-104) destaca que Dworkin defende ser dever dos juízes, ao decidirem

observar uma “coerência de princípio”, exigir “que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça”. Transpondo tal ideia para a concretização dos direitos sociais, é possível dizer que, por um viés, coerência aqui é respeitar, de alguma forma, os padrões legais que impõe ao administrador uma moralidade ao executar a política pública, compreendendo o direito também como integridade política, onde o governo tem uma só voz e age de forma coerente e fundamentada em princípios.

Mais uma vez sem entrar no mérito das ações judiciais, o fato é que uma decisão deve ser adequadamente fundamentada e enfrentar clara e coerentemente todos os argumentos, abordando íntegra e expressamente, não como meras afirmativas, mas sim, com responsabilidade, justificando a decisão, pois, como afirma Streck (2013, p. 339), “no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado”.

Faz-se necessário, ainda, que a fundamentação avance para incluir toda a complexidade envolvida, ou seja, não se limite a dizer que desconhece a legitimidade das filas, por exemplo, como se isto isentasse o julgador. Elas existem. Logo, é necessário que as situações sejam enfrentadas no caso concreto, e não através de decisões massificadas que tanto não são reconhecidas, como não são cumpridas (UEQUED, 2018). Como pontuado várias vezes ao longo do estudo, é necessário ultrapassar as barreiras do processo de formatação liberal, tradição do Judiciário pátrio, e abarcar verdadeiramente a jurisdição de direitos sociais, com processos que atendam à complexidade da demanda e lhe confirmem legitimidade argumentativa.

Quando se analisam os argumentos utilizados para concretização do direito social à educação infantil, depara-se com o grande impasse. O diálogo institucional é raso. Aliás, ele não existe. Os argumentos das decisões, apesar de extensos, poderiam ser sintetizados em poucas linhas, talvez assim: “a educação é um direito fundamental social e a Constituição diz que é dever do Estado fornecer creche e pré-escola. As demais leis, como não poderia deixar de ser, confirmam; logo, deve ser fornecida a vaga” e ponto final.

Constata-se a ocorrência de generalidades e razões sintéticas no teor do acórdão da Apelação Cível nº 70082568221, especificamente no voto do Desembargador Relator Dr. Ricardo Pippi Schmidt, quanto ao deferimento da vaga em turno integral. O relator, em seu voto, utiliza-se dos dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais (CF, ECA, PNE etc.) para fundamentar os argumentos que seguem:

A obrigatoriedade dos Municípios em disponibilizar vaga em creche municipal para crianças carentes de até cinco anos é orientação já consolidada no âmbito deste Tribunal, a partir da interpretação extensiva das legislações que disciplinam o direito à educação, bem como da criança e do adolescente. [...] Portanto, indiscutível o dever do Município de garantir o fornecimento de educação infantil às crianças cujas famílias não têm condições de custeá-la, como forma de efetivar o direito constitucional à educação/ensino, via acesso que pode se dar mediante vaga em turno único ou integral, dependendo da realidade familiar da criança (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Do mesmo modo, ficam demonstradas tais afirmações no teor do acórdão da Apelação Cível nº 70083887273 (RIO GRANDE DO SUL, 2020), especificamente no voto do Desembargador Relator Dr. Eduardo Kothe Werlang. Refere a ação, dentre outras questões, à obrigatoriedade do município de Pelotas em conceder vaga em turno integral em escola de educação infantil. Na decisão de primeiro grau, a liminar concedeu vaga à criança, porém não concedeu a referida vaga em turno integral, motivo este sustentado pela parte apelante nas razões da apelação. O Ministério Público entendeu pelo não provimento do recurso. No entanto, em seu voto, o relator refere que a legislação “não impõe ao Município a oferta de turno integral em creche ou pré-escola, no entanto, dependendo da situação da criança é perfeitamente viável a liberação de vaga em turno integral de modo a atender às necessidades da criança garantindo sua segurança física e psicológica”, ressaltando que a possibilidade do pai ou responsável exercer atividade remunerada constitui uma das razões para o deferimento da oferta em turno integral.

Além disso, refere que, em se tratando de direito fundamental, não se pode aguardar por diretrizes políticas nem as utilizar como desculpa para a não efetivação desse direito. Inclusive o que se tem verificado nessa área é justamente o contrário, uma vez que os entes federativos passaram a discutir, votar e implementar o acesso à educação infantil em razão das reiteradas decisões judiciais, responsabilizando os municípios pelo descumprimento da legislação que lhes impõe tal ônus. Ademais, segundo o relator,

[...] ainda que haja entraves burocráticos e financeiros a serem ultrapassados, a ausência de condições ideais que concretizarão no futuro, tais não podem tolher ou retardar o atendimento das necessidades da criança. [...] Desse modo, prospera a alegação da parte autora para que o turno em creche seja alterado para integral (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Logo, pode-se concluir da análise dos acórdãos que, além de utilizar-se de fundamentos gerais (generalizados), os desembargadores parecem desconhecer o fato de que, além dessa demanda, diversas outras tramitam pelos foros e tribunais do Estado com os mesmos pedidos e

os mesmos anseios. Porém, os recursos da Administração Pública são finitos, e o julgador não pode alegar desconhecimento desta importante questão.

Cabe destacar, após o exposto, os argumentos de Cláudio Ari Mello (2016, p. 267-268), ao efetuar sua “reconstrução analítica dos deveres de fundamentação prescritos no artigo 489” do CPC, já referido, quais sejam: i) não se limitar à mera referência ao dispositivo legal, devendo dizer por que o aplica e qual o sentido do texto, mediante argumentos racionais e objetivos; ii) ao usar conceitos indeterminados (dignidade, boa-fé etc.), definir o significado que entende adequado, esclarecendo os motivos de aplicação ao caso concreto em análise; iii) não limitar-se à generalidade, devendo demonstrar o ajuste do argumento ao fato objeto do processo, explicando, analiticamente, o ajuste de precedentes judiciais e enunciados legais ao caso; iv) observar regras de ética discursiva, respeitando as partes como agentes racionais com propostas legítimas, compreendendo “o processo judicial como uma prática institucional dialógica e respeitosa da autonomia argumentativa de seus participantes” (mais uma vez a dialogicidade); e v) utilizar uma fundamentação analítica quando utilizar o método da ponderação, com razões jurídicas, técnicas ou fáticas, reduzindo ou eliminando a subjetividade da escolha.

Como se pode aferir, para fundamentar a decisão, deve estar especialmente presente o resultado de um processo dialógico estabelecido com respeito às partes e a toda a coletividade. Ademais, essas demandas sobre direitos sociais prestacionais caracterizam-se, como afirma Vitorelli (2016, p. 517), como “litígios coletivos irradiados”, caracterizados por envolver “vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos, a serem representados no processo”. Segundo o autor, eles possuem alto grau de complexidade e conflituosidade, pertencendo a esta categoria demandas como as ambientais e aquelas para alteração de instituições estatais complexas — o sistema de saúde e o funcionamento de escolas e creches, por exemplo — cuja solução impõe mudanças estruturais complexas. Neste sentido, as restrições próprias da estrutura processual civil, enraizadas no pensamento jurídico, dificultam que o juiz tenha possibilidade de coletar os dados pertinentes e necessários à decisão, de interpretá-los e de definir se valem como indicadores.

É justamente esta a realidade das ações relativas à educação infantil, que tem mostrado sua ineficiência e ineficácia no fomento a qualquer melhora na política pública, única forma de, efetivamente, atingir-se a concretização do ideal constitucional, que, por certo, não é a satisfação de alguns, com olhos de mercador, à necessidade de outros (UEQUED, 2018). Arrisca-se dizer que nenhuma das decisões exaradas pelo Poder Judiciário, quanto à concessão

de vagas expressa nos processos individuais, possuem qualquer espécie de preocupação com a dimensão coletiva do direito posto em causa, embora, como afirma Fernando Facury Scaff (2013), relativamente à implementação direta dos direitos sociais, diversamente da saúde que pode ser considerado individualmente, o reconhecimento ao direito à educação deve ser sempre coletivo.

Desta forma, a ação individual não expressa um direito subjetivo, mas um poder subjetivo individual de obter uma prestação do Estado, como concebe Barzotto (2005). Daí, também, a referência a uma metaindividualidade conflituosa, onde cada detentor de direito individual é adversário do outro na concorrência por recursos escassos, já que, aqui, a utopia da universalização não é seriamente enfrentada. É o que se observa nas reflexões de Atria (2005), quando afirma ser a concepção de exigibilidade de um direito individual incompatível com a natureza do direito social, que não convive com a ideia de concorrência em um mercado onde cada um é uma ameaça contra a qual o outro deve defender-se.

Há uma atuação individualizada das autoridades no que tange à gestão da política pública. Cada qual justifica sua atuação no limite de suas competências e atribuições, mas não há um diálogo construtivo eficiente. A compreensão dos direitos fundamentais pelo prisma social exige que o sistema de justiça evolua e encontre caminhos para garantir o direito subjetivo de um, sem prejudicar o direito subjetivo dos demais, em sua metaindividualidade. É necessário que os protagonistas do sistema jurisdicional, administrativo e legislativo encontrem um caminho viável e equilibrado, pois, é evidentemente inadequada a forma atual de concretização de direitos sociais.

4.4 A EXPANSÃO DO ACESSO E OS DESAFIOS NA QUALIDADE DA EDUCAÇÃO

Conforme explicitado anteriormente, a preocupação da presente pesquisa gira em torno dos impactos da judicialização no funcionamento da política pública do município de Pelotas. Com a expansão do acesso compulsoriamente, é notável que a qualidade da educação prestada às crianças contempladas com vagas na educação básica diminuiu. Inicialmente, deve-se esclarecer que o intuito deste trabalho não é construir uma definição de qualidade educacional, apenas problematizar a questão e delinear algumas vertentes sobre o conceito, sobretudo trazendo análises teóricas relativas ao tema em contraponto à excessiva judicialização do direito fundamental social à educação.

Sabe-se que ampliação do acesso à educação básica no Brasil nas últimas três décadas é um grande avanço para a efetivação do direito à educação (BEISEGEL, 2006; OLIVEIRA,

2006). Contudo, de acordo com Campos e Haddad (2006), a expansão sem que se garantissem condições de qualidade acabou por, especialmente para as classes populares, ofertar escolas com condições de funcionamento questionáveis, com prédios com infraestrutura precária, sem quadro de pessoal completo e, muitas vezes, professores sem qualificação. O acesso, portanto, não é suficiente para a garantia do direito: é necessário que a oferta se dê com qualidade (LIBERATI, 2004), uma vez que, nos termos do artigo 208, §2º da Constituição Federal, a oferta sem qualidade constitui-se em oferta irregular (OLIVEIRA, 2006; CABRAL, 2008).

Marcelo Gasque Furtado (2009, p. 167), em uma análise jurídica sobre a efetividade dos padrões de qualidade, destaca que a discussão sobre qualidade em educação assumiu grande visibilidade no debate público e faz parte do rol de preocupações não só dos especialistas da área da pedagogia, mas também de outras áreas de conhecimento, como a economia e a administração. O Direito pouco a pouco também vai tomando parte nessa importante questão educacional, talvez ainda sem o volume de produção acadêmica que o tema merece. De toda sorte, a questão da qualidade do ensino possui elementos que a todos parece interessar, e é notável o apelo que o assunto desperta na população.

A educação em geral tem trazido, nos últimos anos, com a evolução da tecnologia, com a globalização e com a perspectiva de novas formas sociais e familiares, grandes desafios aos educadores e à sociedade em geral; porém, hoje, diante desse novo quadro, o maior desafio ainda corresponde à qualidade do ensino, especialmente do ensino público básico. No Brasil, sabe-se que o atendimento a crianças de zero a três anos ainda está bem longe de dar conta de toda a demanda existente (CAMPOS; ROSEMBERG; FERREIRA, 1995). O exemplo de Pelotas não se mostra diferente.

Nos últimos anos, alguns ramos científicos vêm dedicando estudos a respeito dos primeiros anos de vida e educação. A pedagogia, por exemplo — como anteriormente referido por Furtado (2009) — vem acumulando considerável experiência e reflexão nesse campo. Os pedagogos têm definido os procedimentos mais adequados para oferecer às crianças interessantes, desafiantes e enriquecedoras oportunidades de desenvolvimento e aprendizagem. Paira, portanto, o consenso de que a infância responde pelo “pontapé inicial” da formação individual e, por isso, tem peso importante para esta formação (VICTOR, 2011).

Faz-se necessário referir que, historicamente, o atendimento às crianças brasileiras na faixa etária de zero a seis anos cabia prioritariamente à área de assistência social, notadamente no que tange ao atendimento em creches. No âmbito federal, a extinta Legião Brasileira de Assistência — LBA cumpriu o papel de fomentar a educação infantil, merecendo destaque, a partir de 1977, quando criado o Projeto Casulo. A LBA celebrou inúmeros convênios com

instituições sem fins lucrativos e municípios, o que lhe garantia um maior raio de abrangência. Em 1995, a LBA foi extinta (VICTOR, 2011). Conforme já ressaltado, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, o direito a creches e pré-escolas ganhou envergadura constitucional. Desde então, o atendimento a crianças com menos de seis anos deixou de ser preocupação de índole eminentemente assistencial, para encontrar guarida nas políticas educacionais.

Sabe-se que a educação infantil é primordial para o desenvolvimento da criança, principalmente dos reflexos, da fala, do desenvolvimento psicomotor e socioafetivo. Ocorre que, também o núcleo familiar da criança tem forte interesse nesta prestação educacional.

Com efeito, Marcos Augusto Maliska (2001) lembra que a preocupação com a educação infantil é típico fenômeno das sociedades pós-modernas. É fruto das mesmas transformações sociais que culminaram na escassez das “donas de casa”. Com o recrudescente ingresso do sexo feminino no mercado de trabalho, o Estado viu-se na contingência de prover os meios para que as mães pudessem acumular a maternidade com seus afazeres profissionais. Além disso, outros fatores socioeconômicos contribuem para o desabrochar da educação infantil. São eles: a migração em larga escala de populações rurais para centros urbanos industrializados, a diminuição no número de membros da família, a ruptura na rede de apoio familiar e de vizinhança e, até mesmo, um distanciamento físico e psicológico entre os parentes (irmãos, tios, avós etc.). Inclusive as mulheres que não trabalham fora têm procurado um espaço de socialização para as crianças, já que hoje contam com poucos recursos no espaço doméstico (ROSSETI *et al.*, 2008).

Ademais, segundo Piaget (2007, p. 8) a escola maternal revela-se especialmente importante para as crianças provenientes das classes menos favorecidas. Este tipo de ensino deverá “propiciar um ambiente moral e intelectualmente enriquecedor, capaz de compensar, por sua atmosfera e sobretudo pela abundância e diversidade do material usado, a pobreza do ambiente familiar no tocante aos estímulos à curiosidade e à atividade”

Entende-se, portanto, que o aspecto que merece maior relevo quando se estuda o tema “educação”, cinge-se à qualidade do ensino. Sabe-se que a questão do atendimento à educação infantil é polêmica, e concorda-se. Crianças de tenra idade exigem cuidados especiais. De pouco adianta garantir acesso a creches e pré-escolas mal aparelhadas para estimular e educar a criança. Talvez o atendimento universal supra “um pedaço” dos problemas, como as dificuldades da família em alocar a criança. Porém, não contribuirá para a formação do indivíduo.

Nesse sentido, colhem-se as palavras de Erasmo de Rotterdam (1998): “Que aproveitamento proporciona-se às crianças, de apenas quatro anos de idade, matriculando-as em jardins literários, sob a direção de preceptores desconhecidos, rudes, de costumes nada sadios e desequilibrados?”. Sem qualidade, corre-se o risco de as escolas de educação infantil tornarem-se depósitos de crianças. Essas questões marcam o atendimento às crianças diariamente, aliados à necessidade de democratização do acesso e da exigência da qualidade enquanto direito (CAMPOS; HADDAD, 2006). Se, muitas vezes, a ampliação do acesso dá-se por meio de demandas judiciais (SILVEIRA, 2013), decisões que determinam abertura de vagas sem considerar um padrão mínimo de qualidade poderiam colaborar com este cenário, ainda que assegurem uma importante dimensão deste direito.

Por conseguinte, na garantia do direito à educação pela via do sistema de justiça, além do desafio das requisições coletivas *versus* individuais, abordada anteriormente, aponta-se para a dificuldade de tipificação do que seria “qualidade de ensino”. Furtado (2009, p. 159) destaca a divergência acadêmica sobre a definição de qualidade, afirmando que se todos os setores da sociedade concordam com a ideia de que a educação deve ter qualidade, “uma noção mais precisa do que seria essa qualidade do ensino parece perdida em uma cacofonia dentro da qual as vozes do debate destoam e tecem suas próprias concepções de qualidade no setor”.

O termo qualidade, segundo Cury (2010, p. 18-19), “advém do latim *qualitas*, mas cuja procedência mais funda é a de *poiotes* do grego e que significa um título definidor de uma categorização ou classificação”. O autor ainda continua esclarecendo que esse termo “supõe uma certa quantidade capaz de ser mensurada, na qual reside um modo de ela ser de tal forma distinta que se veja enriquecida ao ponto de sua realidade apresentar um salto, agregando valor àquilo que a sustém”.

Seguindo o mesmo entendimento de Cury, Davok (2002, p. 206) esclarece que “qualidade implica em uma ideia de comparação: poder-se-ia dizer que um objeto tem qualidade se suas características permitem afirmar que ele é melhor que aqueles objetos que não as possuem ou que não as possuem em igual grau”. Em outro trabalho, o mesmo autor assevera: “quando se diz que um objeto educacional tem qualidade, está-se explicitando um juízo sobre seu valor e mérito” (DAVOK, 2007, p. 506).

Corrêa (2003) observa que o termo qualidade não se traduz em um conceito único, universal e absoluto, de tal modo que diferentes setores da sociedade e diferentes políticas educacionais podem tomá-lo de modo absolutamente diverso. Desse ponto de vista, “a qualidade da educação é específica a cada conjuntura, implicando e dependendo da capacidade

de integração das dimensões político-ideológica e técnico-pedagógica”, conforme destaca Aguerrondo (1993, p. 570).

Diante dessa gama de definições, talvez Dourado e Oliveira (2009, p. 202) são os autores que melhor esclarecem essa dificuldade semântica da definição de qualidade educacional:

Compreende-se então a qualidade com base em uma perspectiva polissêmica, em que a concepção de mundo, de sociedade e de educação evidencia e define os elementos para qualificar, avaliar e precisar a natureza, as propriedades e os atributos desejáveis de um processo educativo de qualidade social. De outro lado, o texto ressalta que as finalidades educativas e, portanto, o alcance do que se almeja como qualidade da educação se vinculam aos diferentes espaços, atores e processos formativos, em seus diferentes níveis, ciclos e modalidades educativas, bem como à trajetória histórico-cultural e ao projeto de nação que, ao estabelecer diretrizes e bases para o seu sistema educacional, indica o horizonte jurídico normativo em que a educação se efetiva ou não como direito social.

Simplificadamente, a qualidade da educação poderia ser determinada analisando-se o quão bem as crianças aprendem, e em que medida a educação dada a elas traduz-se numa gama de benefícios pessoais, sociais e de desenvolvimento. Segundo o Relatório Global de Acompanhamento do estudo “Educação para Todos”:

As qualidades que se exigem do ensino estão condicionadas por fatores ideológicos e políticos, pelos sentidos que se atribuem à educação num momento dado e em uma sociedade concreta, pelas diferentes concepções sobre o desenvolvimento humano e a aprendizagem, ou pelos valores predominantes em uma determinada cultura. Esses fatores são dinâmicos e mutantes, razão por que a definição de uma educação de qualidade também varia em diferentes períodos, de uma sociedade para outra e de alguns grupos ou indivíduos para outros (UNESCO, 2008, p. 29).

Seguindo a ótica deste estudo, o trabalho de Ximenes (2014, p. 234) aponta que a garantia do padrão de qualidade, por se tratar de um princípio constitucional, é dotada de justiciabilidade — que é a possibilidade de ser exigida perante o sistema de justiça. A autora indica que considerar a qualidade um princípio de direito, “determina ao Estado a adoção de medidas, positivas e negativas, com o máximo de recursos disponíveis e progressivamente, com a finalidade de assegurar o exercício, por todos, da máxima qualidade na escolarização”.

Em *A judicialização da Educação*, Cury e Ferreira (2010, p. 44) relacionam o problema da judicialização com o histórico de ampliação dos direitos à educação no Brasil a partir da CF de 1988. Os autores também oferecem um panorama do conjunto de situações que podem envolver análise judicial no campo da educação, apontando seus efeitos no âmbito escolar, concluindo que: “A ausência de política pública que garanta o processo educacional, realizada de forma sistemática pela escola, acaba por acarretar medidas judiciais que interferem no

cotidiano educacional”. Na mesma linha de raciocínio, mas com escopo mais abrangente, o artigo de Barroso (2012, p. 3), *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, enfatiza que a democratização do país fortaleceu o Poder Judiciário, pois “o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.”

Sem negar a importância de acesso à educação pela via judicial, os argumentos apresentados por Taporosky e Silveira (2019, p. 309), no artigo *A judicialização das políticas públicas e o direito à Educação Infantil*, questionam os limites de interferência do Judiciário nos espaços e competências do Executivo. Com esse propósito, os autores exploram, conceitualmente, as noções de justiciabilidade do direito e de judicialização, bem como discorrem sobre a teoria da reserva do possível, concluindo que a atuação do Poder Judiciário se faz legítima, mas que “há limitações que deverão ser observadas pelo Poder Judiciário para que não substitua a Administração Pública no exercício de sua função constitucional”.

Os aspectos considerados nesses trabalhos apontam para a diversidade de conceitos e argumentos apresentados para examinar a judicialização da vida social no Brasil, tanto sob a perspectiva do Direito, como da educação, de modo que ressaltam a sua complexidade.

É manifesto que o processo de exigibilidade da educação infantil, compreendida especificamente no contexto da judicialização da política educacional, gera “impactos sobre o executivo e o legislativo, na forma de efeitos externos indiretos que transcendem a coisa julgada”, funcionando “segundo uma lógica circular, um ciclo interdependente de demandas judiciais e políticas públicas, que, contudo não se fecha, em decorrência da carência de generalização e efetividade das políticas ofertadas pelo Estado” (VIECELLI, 2012, p. 3). Essa compreensão não significa necessariamente que todos os elementos que compõem seu conteúdo jurídico poderão ou deverão ser exigidos em juízo, mas que se afigura relevante que o Poder Judiciário, em determinados casos, para cumprimento de sua função constitucional, atente às condições de qualidade positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, no julgamento de demandas que envolvam o direito à educação.

No exemplo de Pelotas, a depender de como se dá o processo de judicialização da educação infantil no município, os custos da qualidade do ensino podem ser altos, se não acompanhados de um processo de expansão de vagas e adaptação das redes. Da breve análise aos acórdãos, pode-se perceber que, ao atender as demandas, o Judiciário é capaz de promover a matrícula de praticamente todas as crianças que exigem acesso à rede de ensino. Porém, essa forma de atuação não se preocupa com os males que poderá causar no bom desenvolvimento

das ações governamentais, já que não promove o aumento de vagas para a sociedade e gera diversos efeitos negativos àqueles que já estão no sistema. Dentre esses efeitos, a qualidade.

Não se está dizendo com isso que na esfera municipal não existe um volume de trabalho para a manutenção de condições mínimas de atendimento e garantia de qualidade. Acredita-se, pelo breve relato da Secretaria de Educação, que há esforço para a manutenção e ampliação das unidades escolares que atendem à demanda da educação infantil, ressaltando-se a formação para os profissionais das EMEIs e EMEFs realizada pela Secretaria para a atenção às crianças de zero a três anos de idade. No entanto, é pela fragmentação no atendimento que as disparidades se tornam mais visíveis. Confirma-se essa disparidade pela matéria veiculada em reportagem datada de 06 de setembro de 2021, em jornal de grande circulação na região (FERREIRA, 2021). O caso refere-se ao abandono das escolas de educação infantil no município de Pelotas, onde ressalta que “das 14 instituições anunciadas pela Prefeitura de Pelotas, através do Proinfância, apenas duas estão em funcionamento e, pelo menos duas não serão construídas”. Logo, a conclusão que se chega é que a realidade das crianças de zero a três anos de idade em Pelotas é pautada pela espera no atendimento, sendo a política para a creche tímida e a luta pelo lugar da educação infantil constante.

Isso nos leva à outra questão, que Rizzi e Ximenes (2014, p. 4) refletem no artigo *Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo*, ao observarem que “a maneira excessivamente individualista de enxergar problemas que muitas vezes são coletivos parece dificultar a apreciação judicial de direitos sociais”.

Por isso, além de alterar a perspectiva “individualista e combatente” de quem procura o Poder Judiciário para satisfação de suas pretensões, é necessário alterar a ótica do operador do direito, pois se observa nítido conservadorismo e clara vinculação à ótica individual do processo, por esta parte, que deveria ser conhecedora das particularidades dos casos envolvendo direitos sociais. Ao que parece, alguns magistrados ainda não notaram que as demandas coletivas envolvem outra forma de pensar o processo, e que as estruturas concebidas para as ações individuais nem sempre se aplicam ao processo coletivo. O aprendizado de uma nova forma de pensar para o magistrado exige que ele tome sempre em consideração duas questões fundamentais: de um lado, a atenção constante aos princípios fundamentais do Direito (somados aos seus critérios hermenêuticos e sua forma de incidência); de outro, a redobrada sensibilidade com a realidade social (ARENHART, 2009).

Nesse momento, cabe referir a lição de Barbosa Moreira (1997, p. 28), que pondera que:

Quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição.

Tanto é complexa a questão da qualidade da educação que, talvez por conta disso, afirma Cabral (2008, p. 150): “não há nenhuma decisão emitida pelos Tribunais Superiores brasileiros – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – sobre ações pleiteando a qualidade do ensino ou a responsabilização do Poder Executivo pela falta de qualidade, em nenhum nível de ensino”. Assim, não obstante o reconhecimento legal pela Constituição Federal e pela legislação da necessidade de uma educação de qualidade, no âmbito do Poder Judiciário esta questão ainda não foi debatida como deveria. Na verdade, o que se discute no Poder Judiciário não é a qualidade. Isto porque, como diz Oliveira (2005, p. 55) “[...] na falta de uma noção precisa de qualidade, é certo que tenhamos acordo, no momento, no que diz respeito à constatação de sua ausência”.

Em artigo publicado na página eletrônica do Ministério Público do Estado de São Paulo, Carlos Roberto Jamil Cury e Luiz Antônio Miguel Ferreira (2016, p. 8) tocam em um ponto sensível, mas essencial, quando se busca pensar a relação entre judicialização e qualidade da educação infantil: “O problema é que não se pode analisar esta questão relacionando-a apenas ao direito individual ou coletivo. Há necessidade de se seguir parâmetros de qualidade, sob pena de transformar as creches em depósitos de crianças”.

Os autores lembram, ainda, que é preciso respeitar as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil – Resolução CNE/CEB nº 01, de 07 de abril de 1999, a revisão do Parecer nº 20/09, a Resolução nº 5, de 17 de fevereiro de 2009, do CNE e a Resolução nº 4, de 13 de julho de 2010 –, as quais definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e estabelecem o número máximo de crianças por professor. Consta expressamente do Parecer nº 20/2009 do CNE (BRASIL, 2009) que:

O número de crianças por professor deve possibilitar atenção, responsabilidade e interação com as crianças e suas famílias. Levando em consideração as características do espaço físico e das crianças, no caso de agrupamentos com criança de mesma faixa de idade, recomenda-se a proporção de 6 a 8 crianças por professor (no caso de crianças de zero e um ano), 15 crianças por professor (no caso de criança de dois e três anos) e 20 crianças por professor (nos agrupamentos de crianças de quatro e cinco anos).

A decisão judicial que determina a colocação de uma criança na creche ou pré-escola, na maioria das vezes, não leva em consideração essa questão que acaba refletindo diretamente no professor e no processo pedagógico. E nem sempre considera que há uma inscrição das famílias na expectativa de serem atendidas pelo aumento planejado de vagas. Assim, da mesma forma que a vaga é um direito da criança, a educação de qualidade também é um direito consagrado, que deverá ser observado (CURY; FERREIRA, 2016).

Vale lembrar também que o Conselho Nacional de Educação, em seu Parecer nº 8/2010, estabeleceu normas para a aplicação do inciso IX do artigo 4º, da Lei nº 9.394/96 – LDB, que trata dos padrões mínimos de qualidade de ensino para a Educação Básica Pública. O Custo Aluno Qualidade Inicial (CAQi), criado pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação, que afere o quanto o Brasil precisa investir por aluno para alcançar um padrão mínimo de qualidade do ensino, estabeleceu requisitos para a realização desse cálculo, e um deles se refere ao tamanho das turmas:

[...] 4. A definição de uma relação adequada entre o número de alunos por turma e por professor, que permita uma aprendizagem de qualidade. Nessa proposta, as seguintes relações aluno/professor por turma foram consideradas: (a) Creche: 13 crianças [...] assim, o CAQi foi construído, no que se refere ao número de salas e alunos, com as seguintes características: uma Creche com 130 crianças (10 salas e 10 turmas).

É certo que o debate acerca do conceito de qualidade é, e sempre será, polêmico, uma vez que o termo é marcado por subjetividades e, portanto, sujeito a diferentes interpretações e pontos de vista. Contudo, é preciso admitir que, objetivamente falando, já contamos com referências suficientes, fruto de muitas discussões, debates, estudos, pesquisas e, mais, do amadurecimento político alcançado nas últimas três décadas de experiência democrática, para afirmarmos, com alguma segurança, o que não é qualidade. É preciso reconhecer também que todo esse esforço se encontra materializado em nossa legislação, nos documentos oficiais aqui mencionados e outros mais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a Lei n. 11.494/2007, que regulamentou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB que, em seu conjunto, constituem um patrimônio político histórico a ser preservado pela sociedade brasileira e, em particular, pelos educadores (CURY; FERREIRA, 2016).

Em síntese, pode-se deduzir, a partir do exposto, que o debate sobre a qualidade da educação no âmbito judicial ainda está centrado em situações pontuais, de modo que não se constata uma análise mais ampla no sentido de se discutir uma ação afirmativa que pontue todas estas questões com o objetivo de buscar — efetivamente — qualidade.

Por outro prisma, não se trata de negar a legitimidade das reivindicações de iniciativa individual, mas de encontrar saídas em políticas que reconheçam e façam valer direitos coletivos a duras penas conquistados, sobretudo, a partir da Constituição de 1988. Diante deste cenário, cabe aos pesquisadores examinar de perto a forma como este problema vem sendo equacionado pelos poderes públicos e os efeitos por ele gerados nas unidades de ensino. Mais do que um interesse acadêmico, investigar esta temática é um modo de manter-se atento e de resistir às ameaças prenunciadas em tempos de retrocessos.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi idealizada em face da inquietação em relação aos impactos da judicialização da educação na efetivação das políticas públicas no exemplo privilegiado do município de Pelotas, notadamente em relação à qualidade educacional. Tal preocupação consubstancia-se na investigação de uma realidade que, conforme se observa, cresce a cada dia, a ponto de tornar-se praticamente insustentável: a busca pelo Poder Judiciário para reconhecimento e consequente concretização do direito fundamental social à educação, mais especificamente, do direito à educação infantil (na etapa compreendida entre zero e 3 anos e 11 meses).

Importa trazer algumas conclusões obtidas durante o desenvolvimento da pesquisa, que se estruturou em três capítulos.

Inicialmente, analisa-se o processo histórico de construção da atual concepção de jurisdição constitucional, convergindo aportes teóricos sobre o constitucionalismo contemporâneo e a centralidade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, adentrando assim no núcleo dos direitos fundamentais, ocasionando um aprofundamento da discussão. Entender o que é, para que serve, onde e como o constitucionalismo se desenvolveu mostrou-se primordial para a compreensão do tema e desenvolvimento desse trabalho. Verificou-se, que Direito e Estado evoluíram de um paradigma legal, positivista, para um paradigma constitucional, principiológico, e de um Estado Liberal, individualista, para, reinterpretando o significado de liberdade, em um Estado em que os direitos fundamentais combinam diversas dimensões, especialmente a social.

Nesse contexto, observou-se que uma das inovações mais marcante oriundas do texto constitucional de 1988 foi o enquadramento dos direitos fundamentais sociais como autênticos direitos fundamentais. Com isso, pode-se dizer que o constituinte buscou evidenciar a desigualdade econômica que marcava – e marca – a sociedade brasileira, de forma a atribuir direitos que contemplassem todos os cidadãos, garantindo-lhes condições dignas de sobrevivência e participação nos processos democráticos. Considera-se, portanto, que o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais, especialmente aqui os de natureza social, está em constante e permanente evolução, trazendo relevos ao estudo do constitucionalismo como tentativa jurídica de oferecer limites para o poder político. Assim, não bastaria apenas a previsão de direitos, mas também de previsões de efetivação desses direitos. Em outros termos, um Estado que prevê não é, necessariamente, um Estado que provê.

Evidencia-se, ainda, que a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, marcadas pelas diversas dimensões – aqui abordadas – revelam que os esses direitos constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo. Neste contexto, aponta-se para a circunstância de que, na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos direitos fundamentais” no texto da Constituição, mas principalmente em nível hermenêutico e jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais. Neste contexto, o Judiciário, como guardião da Constituição assume o poder de, mais do que fiscalizar, concretizar a aplicação dos princípios constitucionais. E, em uma realidade onde as máculas do sistema político contaminam o pleno exercício da democracia, pela falta de representatividade substancial dos eleitos, criando uma descrença e fragilizando as instituições que deveriam ser o espelho do povo – legislativo e executivo –, formata-se o ambiente propício para uma reformulação no exercício do poder, sendo projetada no Judiciário a esperança democrática de realização dos ideais constitucionais.

Acredita-se ainda que a falta de apuro técnico para compreender em que medida e em quais situações os direitos fundamentais, não só os chamados “sociais”, se apresentam como uma pretensão jurídico-subjetiva, apta a ser reclamada judicialmente, acarretou consequências destoantes das diretrizes constitucionais. É possível que se diga, inclusive, que há, atualmente, um senso comum teórico, consoante no fato de que “se direito social é direito subjetivo, eu posso postular judicialmente as prestações que, ao meu juízo, estão contempladas por ele”. O resultado disso é uma avalanche de ações judiciais que passaram a assolar o Poder Judiciário. O juiz tornou-se o protagonista da realização desses direitos, ganhando, também, a atenção hegemônica da doutrina especializada. À Administração Pública e ao legislador relegou-se um papel secundário no que diz respeito a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.

À vista disso, aponta-se que os grandes problemas práticos e teóricos decorrentes da falta de compreensão adequada dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à efetivação da categoria denominada direitos prestacionais. De um lado, formulam-se teorias classificatórias que esvaziam o conteúdo protetivo dos direitos sociais, argumentando-se não ser da competência do juiz a sua efetivação, alegando que somente a esfera política detém legitimidade democrática para desenvolver políticas públicas. No extremo oposto, não falta quem defenda a irrestrita judicialização dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a quaisquer prestações estatais potencialmente abrigadas no âmbito de proteção do direito, isso a

qualquer custo, desprezando-se por completo o pluralismo razoável e a capacidade prestacional da sociedade.

Pode-se dizer que as reflexões exaradas neste trabalho encontram-se no meio do caminho. Defende-se a justiciabilidade dos direitos sociais, ressaltando a obrigatoriedade de satisfação das pretensões levadas ao judiciário, de modo a respeitar o que está previsto no texto Constitucional, no entanto, entende-se que nenhuma reformulação jurídico-institucional foi operacionalizada, nos últimos tempos, para que pudesse a jurisdição atender a esta demanda com eficiência, pois ainda possuímos um processo idealizado para atender a pretensões liberal-individualistas, de natureza privatista, e não as de natureza social. Neste cenário, ainda que o Judiciário tenha assumido sua missão constitucional, as adaptações operadas para tal não se evidenciaram eficazes, logo, acredita-se que o Poder Judiciário não está, efetivamente preparado para o atendimento de demandas relativas a direitos prestacionais.

É exatamente nesse ponto que se coloca a crítica a capacidade institucional, questionando-se os limites e as possibilidades do Poder Judiciário em dar uma resposta satisfatória aos conflitos considerados como plurilaterais, especialmente quando impõem obrigações de fazer ao ente estatal. Identifica-se, a partir de comparações entre o sistema norte-americano e o brasileiro – em que pese não sejam ignoradas as grandes diferenças históricas e operacionais que separam os dois sistemas jurídicos – que a exigibilidade judicial de um direito social com obrigações de fazer deve levar em conta seu caráter plurilateral e os consequentes reflexos distributivos que tal decisão implica nos recursos da própria sociedade. Logo, o julgamento do litígio social de forma fragmentada e individual, em geral, não leva em conta o impacto econômico que a decisão judicial produzirá no orçamento público ou os efeitos dessa decisão no desenvolvimento das políticas públicas como um todo, o que é deveras problemático em uma sociedade desigual como a brasileira.

Aponta-se que deve ser observado, pelos operadores do direito, que algumas relações humanas não dispõem de características adequadas para um processo de decisão que é institucionalmente previsto para atuar individualmente, na base argumentativa exclusivamente racional. Logo, posiciona-se no sentido da importância no fomento e na criação de novos mecanismos ou diretrizes para atuação jurisdicional em face dos direitos sociais. Concorde-se com as reflexões de Lon Fuller de que os conflitos plurilaterais são difíceis de ser acomodados ao modelo jurisdicional tradicional, já que nessa espécie de conflito, cada pedaço do todo é um centro distinto distribuidor de tensões que afetam muitas partes e envolvem diversos afazeres.

Por esse motivo, entende-se que é dificultoso às cortes solucionarem problemas de alocação de recursos em que uma decisão tem repercussões amplas e, por vezes, intermináveis.

Afinal, nem sempre os interessados figuram no polo ativo do litígio e, por vezes, o problema exige uma complexidade de ações a serem tomadas que o Judiciário não consegue solucionar por meio de uma (simples) decisão. Ademais, as decisões das cortes são demasiadamente lentas para acompanhar o dinamismo necessário de alguns problemas sociais.

Isso nos leva a outra questão: os parâmetros à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, observando-se questões atinentes ao mínimo existencial e a reserva do possível. Destaca-se que, para uma adequada compreensão do mecanismo de atuação do Estado no sentido da efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, é imprescindível o exame dos elementos que afetam a sua realização, já que é notório que a implementação e o controle de políticas levadas a sério necessitam de um bom planejamento e da disponibilização de recursos públicos. Em face disso, surgiu o seguinte questionamento: poderia o Direito oferecer respostas seguras para essas situações, no sentido de apontar uma solução adequada para o que e a quem o Estado deve atender ou não, sendo o Direito Fundamental universalmente assegurado, num cenário de ausência de meios econômicos do Estado para a satisfação de todos?

A partir de argumentos exarados por John Rawls, no campo da filosofia política e Robert Alexy, na dogmática jurídica, pontuando questões atinentes a garantia do mínimo existencial fundamentado a partir da ideia de liberdade, conclui-se que muito embora tenha sido plenamente aderida pela comunidade jurídica brasileira a noção de mínimo existencial, as cortes ainda não desenvolveram com clareza a temática de sua fundamentação. Deduz-se daí, que a questão de adoção desse princípio, sem uma clara fundamentação, pode ser um problema, visto que abre caminho para algumas questões cadentes. Uma delas é o fato de que o mínimo existencial vai deixando de exibir apenas a problemática ligada a direitos fundamentais para se deixar envolver por aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável. Outra é que o Poder Judiciário passaria a examinar e controlar essa face quantitativa.

De toda sorte, observa-se que enquanto a ideia de mínimo existencial enumera as condições básicas que todo o ser humano necessita para uma existência digna, a ideia da reserva do possível apresenta os obstáculos para a execução das políticas públicas, isto é, apresenta-se como balizador na distribuição de bens como saúde, educação e moradia através de políticas públicas em virtude de questões, na maioria dos casos, orçamentárias. Aponta-se, portanto, que por mais que exista um consenso mínimo sobre o conteúdo da reserva do possível relacionado à existência de limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do Direito, não existe acordo no que se refere a sua natureza, também quanto ao significado da sua atuação na aplicação das normas constitucionais.

Assim, o que se insurge neste aspecto é justamente a quem conferir legitimidade para a determinação do que é "o possível" no que tange às prestações sociais a partir dos orçamentos nos diferentes órgãos federativos. E isso porque defende-se que a reserva do possível não é uma espécie normativa, uma vez que ela não determina um estado de coisas a ser atingido, tampouco é um mandado de otimização. Por mais que possa ser objeto de ponderação com outros elementos, na verdade, o que se pondera não é a reserva do possível propriamente dita, mas a escassez de recursos que ela representaria. A reserva do possível se apresenta como uma condição de realidade que influencia na aplicação do direito.

Evidencia-se, ainda, que, se por um lado, o direito exerce um papel na distribuição de bens como saúde, educação e moradia, por outro lado, não significa que essa distribuição caiba prioritariamente ao direito e, por conseguinte, ao Poder Judiciário. As políticas públicas são elaboradas e executadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, pois eles não só possuem maior conhecimento para lidar com problemas sociais, como – diferentemente do Judiciário – podem elaborar planos para a alteração da realidade sem se vincular a procedimentos processuais. É manifesto que os direitos sociais não se voltam para assegurar um bem-estar material elevado para todos os membros da sociedade. Essa é uma tarefa complexa que depende da elaboração de políticas sociais e econômicas que estão além da lógica jurídica.

Por isso há de se dar razão a autores, como Matthias Klatt, que alegam que o Poder Judiciário não é o mais indicado para definir políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais. Falta aos juízes uma visão global das necessidades desatendidas, dos recursos materiais e humanos disponíveis e dos investimentos que precisam ser feitos para custear eventuais benefícios, de modo que nem sempre se dão conta de que a soma de ações individuais pode colocar em risco a continuidade das políticas públicas, desorganizar a atividade administrativa e impedir a alocação racional dos recursos públicos, estes sabidamente escassos.

No caso do direito à educação – ponto central desse estudo – há uma previsão constitucional de como esse direito será realizado e garantido pelo Estado, quais são seus princípios, de quem é a competência e como se dá seu financiamento. O conteúdo genérico e abstrato de suas normas nos permite afirmar que há deveres a serem realizados pelo Poder Público. Contudo, observa-se que, na maioria dos casos, não é possível, com base nas normas que conhecemos, delimitar uma grandeza quantificada de direito devido a cada um e exigir individualmente uma prestação do Poder Público. Assim, é preciso sopesar em que medida é possível pedir acesso a vagas no Judiciário. Além disso, apenas construir escolas e contratar

professores seria suficiente para resolver o problema? E quanto a qualidade de ensino, qual o parâmetro a ser utilizado e exigido?

Considera-se, dentro do contexto democrático, que a educação – principalmente em seu aspecto político e moral – ganha destaque uma vez que permite o preparo e o desenvolvimento do educando para o exercício da cidadania, pela conscientização e prática dos direitos e deveres democráticos, e pela compreensão dos problemas políticos, sociais, econômicos, ambientais e culturais. Isso significa reconhecer que o direito à educação só se efetiva mediante o planejamento e a implementação de políticas públicas. Em outras palavras, a satisfação do direito não se esgota na realização do seu aspecto meramente individual – garantia de uma vaga na escola, por exemplo – é preciso mais.

Destaca-se que a realidade examinada revela que a educação escolar de qualidade ainda é um sonho distante, sobretudo para os setores mais vulneráveis de nossa sociedade. Poucos sabem, verdadeiramente, quais as implicações práticas da enunciação, na Constituição, do direito à educação como um direito fundamental de natureza social e, conseqüentemente, o que pode ser exigido do Estado para a sua satisfação. A rede pública de ensino tem, pois, a missão de proporcionar aos frequentadores o desenvolvimento de conhecimentos e habilidades que qualifiquem e incluam as pessoas nos mais diversos segmentos sociais. O objetivo da política educacional deve estar sempre voltado para uma educação básica de qualidade, libertadora, e, a atividade do órgão jurisdicional, deve ser pautada pela responsabilidade quanto a esses fatores.

Verificou-se, entretanto, que essa perspectiva no campo educacional não costuma ser compartilhada por agentes tradicionais do sistema de justiça, formados na sólida tradição dogmático-normativa de estudo. Nessa abordagem geral, não há espaço para o caráter multifacetado das políticas em questão. Quando aplicado ao controle jurisdicional de políticas educacionais, a dogmática jurídica tradicional serve para justificar a alienação do sistema de justiça quanto à complexidade de fatores político-pedagógicos que compõem o processo de políticas públicas nesse ramo específico da ação estatal.

Não se quer que o Estado legislador (ou demais órgãos ou instituições que implementam políticas públicas ou participam do processo decisório) seja inteiramente pressionado por grupos de interesse para que realize determinado ato. Também não se defende que o Estado opte sempre por implementação e conseqüente operacionalização de políticas públicas definidas exclusivamente por aqueles que estão no poder, nem que sirvam apenas aos interesses de determinadas classes sociais. O que se busca defender é a presença de boas práticas, tanto executivas quanto judiciárias, no tratamento das políticas públicas, inclusive quanto a participação dos indivíduos no processo de decisão e implementação de políticas educacionais.

O reconhecimento de que a participação popular sintetiza valores da cultura política democrática e da cidadania ativa faz com que seja destacada a importância dos canais de participação e o grau de interesse e de ocupação desses espaços. Dentre os canais de participação institucionalizada, destacam-se os conselhos municipais, que juntamente com as secretarias municipais, têm o papel de deliberar e implementar as políticas públicas, e fiscalizar a aplicação dos recursos para as diferentes áreas sociais; e as audiências públicas, realizadas para discutir o Plano Diretor, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, as políticas públicas vinculadas às secretarias municipais, e outros temas de interesse da população. Utilizou-se do exemplo da elaboração do Plano Municipal de Educação de Pelotas com a atuação de vários membros da sociedade civil, a fim de demonstrar uma mudança concebida e definida por poucos que atinge a todos.

Defende-se ainda que a temática continue sendo rediscutida por todos os envolvidos, sempre no intuito de procurar as respostas mais satisfatórias à sociedade brasileira, em termos de eficiência, mediante uma cooperação mútua, afastando discursos meramente retóricos, políticos e panfletários, bem assim trazendo para a arena de discussões argumentos com vistas a subsidiar a implementação satisfatória dos direitos fundamentais sociais. Sem essa mentalidade, a efetivação dos direitos sociais continuará refém dos conflitos e divergências interpretativas entre juízes, políticos, técnicos, especialistas e sociedade civil. Ademais, enxergar o fenômeno única e exclusivamente sob as lentes do operador do Direito significa empobrecer e simplificar um debate instigante e complexo, com diversas variáveis e diferentes propostas de solução.

Entende-se, portanto, a importância da adoção de princípios compatíveis com objetivos e prioridades estratégicas na formulação das políticas educacionais. Destaca-se que a discussão que envolve a equidade e igualdade se situa no campo temático das políticas públicas educativas, que por sua vez implica considerar o papel que o Estado desempenha no contexto contemporâneo. Sabe-se que a educação é entendida tanto como um meio de superação da condição de pobreza e das desigualdades quanto como reprodutora das hierarquias sociais existentes. Logo, para que o sistema de educação cumpra amplamente sua função de promover ensino de qualidade para todos – na formulação de políticas – faz-se indispensável pensar que um país de dimensões continentais, grande diversidade regional e profundas desigualdades sociais como o Brasil não comporta alternativas únicas e modelos idênticos.

Nesse sentido, o princípio igualitário e isonômico que norteia a gestão educacional brasileira parece ser insuficiente para a superação das desigualdades de renda, raça, gênero ou status social, na medida em que são justamente os locais mais periféricos que menos se

beneficiam do acesso a uma educação de qualidade. Logo, o raciocínio é o seguinte: se todos são tratados igualmente pelo Estado (direito igual), a desigualdade permanece. Caso o “direito igual” prevaleça, os que, por contingências sociais, culturais e econômicas, tiverem menos oportunidades de estudos e de aquisição de conhecimento, continuarão a receber desigualmente conteúdos e capital cultural, internalizando menos dispositivos relacionados à ciência e ao saber. Dessa forma, se a escola (ação educacional de Estado) for indiferente às diferenças e tratar igualmente os desiguais, o *status quo* de desigualdade não será – de fato – posto em questão.

É certo que não é possível depositar apenas na política educacional a expectativa de melhorias das condições de aprendizagem e de superação das desigualdades. O que se buscou demonstrar é que a condução da política educacional é um processo permeado de conflitos e envolve sempre administrar carências. Se não houver esforços para resolver o problema da qualidade, não há por que seguir construindo escolas, os famosos déficits de matrículas continuarão e tenderão a aumentar e a sociedade continuará custeando um investimento de baixíssimo retorno. A política de expansão da rede física deve, portanto, estar prioritariamente voltada para dar mais qualidade às vagas já existentes. Acesso não é sinônimo de qualidade.

Ademais, verifica-se que o conhecimento sobre os problemas na educação não são novos, cada vez mais vêm à tona a desigualdade social que impacta gerações e repercute por décadas na saúde, na política, na segurança, na economia e na qualidade de vida de uma sociedade. Não há nada pior para um país do que a baixa percepção dos seus problemas intangíveis. Para que a educação não seja um tesouro que a cada dia fica mais soterrado, é urgente deter o discurso e ir para a ação, agindo de forma organizada sobre as causas e utilizando um método de gestão eficaz em todos os seus níveis. As desigualdades presentes no sistema escolar brasileiro são múltiplas e podem estar relacionadas ao pertencimento social, regional ou geográfico, à cor da pele, ao gênero e ao tipo de escola frequentada. Além disso, ampliação do acesso à escolarização das camadas populares não significou efetiva inclusão educacional desse grupo social.

Em Bauman, foram encontradas problematizações de ideias que sustentam o atual modo de vida capitalista e que começam a dar sinais de esgarçamento. Em Arendt, esse contexto foi denominado de “crise contemporânea da educação”. É a constatação de que o crescimento econômico não conduz mecanicamente à superação das desigualdades sociais que tem levado a se repensar o papel da educação, não no paradigma clássico da teoria do capital humano, mas como elemento que pode dinamizar outros processos sociais importantes para alcançar maior equidade.

Portanto, o que se defende é que as práticas educativas que contribuem para o efetivo exercício da cidadania busquem conhecimento sobre a natureza dos problemas concretos que motivam e mobilizam as pessoas. Além disso, destaca-se a importância do acesso e seletividade no uso da informação, domínio dos mecanismos legais e institucionais que existem para encaminhar suas demandas já que se espera da escola, embora não apenas dela, que contribua para a qualificação da cidadania, que vai além da reivindicação da igualdade formal, para exercer de forma responsável a defesa de seus interesses.

Por mais que os argumentos defendidos nesse trabalho sejam sempre em prol das políticas públicas e da baixa interferência do judiciário nesse ramo, não se pode descuidar do fato que a questão das desigualdades (sociais, culturais etc.) amplamente referidas anteriormente, acabam ensejando uma maximização da procura pelo Poder Judiciário. Tal fato se dá pela necessidade de que sejam atendidos os anseios da população no sentido de oferecer o acesso a todos os interessados mediante a garantia da educação básica obrigatória e gratuita. Tudo isso pois claramente, em um Estado Democrático de Direito, não são asseguradas apenas prerrogativas e obrigações a todo cidadão, mas igualmente garantias para sua efetiva fruição, desta feita a ausência da aplicação no mundo fático dos referidos direitos enseja o acionamento de ferramentas jurídicas e processuais capazes de se fazer concretizar um direito constitucionalmente protegido como, por exemplo, a educação.

Observa-se que a judicialização de temas políticos tem ligação com a necessidade de os jurisdicionados efetivamente se beneficiarem dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, que possuem escopo – pelo menos teórico – na diminuição das desigualdades sociais e na fixação de um padrão mínimo de usufruto dos bens coletivos. Logo, ao apreciar o tema, o juiz estará sempre diante de questões de justiça distributiva, ou seja, alocação de recursos e/ou bens escassos, de acordo com aquilo que foi veiculado no pedido da ação submetida à sua análise.

Ora, se os titulares dos direitos sociais são todos os indivíduos, parece intuitivo dizer que a discussão judicial se daria de forma mais adequada pela via do processo coletivo, de sorte que todas as pessoas submetidas a uma mesma privação em relação a determinado direito pudessem ser beneficiadas pela decisão judicial que, em alguma medida, teria caráter político justamente por criar, modificar ou intervir em uma política pública. Entretanto, não é o que vem sendo observado no Brasil, onde tem sido muito comum a judicialização dos direitos fundamentais sociais pela via individual.

Destaca-se que o tratamento através de ações individuais obscurece o problema macro, além de condicionar a distribuição de recursos à existência de pretensões levadas

individualmente a juízo. A abordagem dos direitos sociais de forma atomizada, por meio de ações individuais, não permitir uma análise completa e planejada da realidade, o que acaba por atingir o administrador de forma dispersa, impedindo-o de ter uma visão geral do problema. Logo, ao invés de facilitar a alocação de recursos, acaba por privilegiar aqueles possuem maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses. Esse é um dos motivos pelos quais defende-se o processo coletivo como instrumento processual hábil a possibilitar a discussão acerca de direitos e interesses metaindividuais. Evidencia-se, também, como meio hábil para a mudança da visão arraigada ao processo individual bipolar, a ideia consubstanciada nos processos estruturais, os quais não possuem, ainda, coesão na doutrina para nominar o instituto, tampouco legislação específica para tratar da matéria, mas que exercem forte influência sobre os rumos da sociedade.

Verifica-se que, diante da realidade de ampla busca pelo Poder Judiciário pela população para satisfação de seus anseios e concretização de seus direitos, e pela complexidade das demandas envolvendo a concretização dos direitos sociais – especificamente do direito à educação no bojo dessa pesquisa – o processo coletivo estrutural pode ser considerado uma forma de tutela diferenciada dentro do campo do direito processual coletivo. Importa referir que é sabido há diversos problemas que ainda pendem de solução e representam consideráveis obstáculos para que as políticas públicas dirigidas à implementação dos direitos sociais possam ser efetivamente discutidas nos tribunais brasileiros. De todo modo, é manifesto que o controle judicial de políticas públicas é uma realidade no Brasil e esforços consistentes tem sido feito para assegurar a concretização e implementação de políticas públicas que tenham como objetivo dar efetividade aos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

A vista disso, observa-se que devido a amplitude das medidas necessárias e a variação do conteúdo das decisões envolvendo questões complexas, os processos coletivos estruturais demonstram ser igualmente adequados para a solução de tais questões. Ademais, diante da análise realizada verifica-se que o sistema normativo brasileiro possui mecanismos – por mais incipientes que sejam – que permitem a propositura de ações em face de deficiências e omissões do Poder Público, a exemplo, o caso das políticas públicas educacionais.

O conjunto de reflexões até então pontuado, encaminha a pesquisa ao problema a ser respondido. Como afirmado na primeira parte deste trabalho, busca-se, com o presente estudo, formatar um pano de fundo com fundamentos teóricos mínimos que possam subsidiar uma discussão que ampare as inquietações provocadas pela busca de concretização do direito fundamental social à educação, especificamente quanto a qualidade educacional prestada à diversas crianças no município de Pelotas/RS, objeto da presente análise.

O Município de Pelotas aparece aqui como exemplo privilegiado, em face da gama de peculiaridades e multiplicidade de abordagens jurídicas ligadas diretamente ao cerne da discussão deste estudo, bem como por sua expressividade no contexto estadual, sendo o terceiro mais populoso do Estado, com população estimada para 2021 de 343.826 (trezentos e quarenta e três mil, oitocentos e vinte e seis) habitantes, estando entre as dez maiores economias do Rio Grande do Sul, segundo dados do IBGE. Estima-se – através de dados da Fundação de Economia e Estatística – FEE e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE – que o município de Pelotas no ano de 2018 possuía um PIB de R\$ 8.843.336,51 (R\$ 25.884,35 per capita), além disso, ele encontra-se inserido no polo mais importante de produção industrial de conservas do País, em uma região que concentra mais de 90% da produção destinada ao processamento industrial de diversas formas. Por mais que os dados expostos não tenham relação direta com a questão objeto de análise, faz interessante pontuá-los – mais uma vez – no sentido de elucidar a importância do município e justificar a escolha do mesmo para essa investigação.

Observa-se que não são poucos os estudos sobre judicialização de políticas públicas de educação, com abordagens e análises diversas. Porém, verificou-se que pouco se sabe sobre os efeitos das decisões judiciais para o processo de políticas públicas, isto é, para as etapas da formulação, implementação e avaliação das políticas públicas de educação de responsabilidade dos governos locais. Além disso, sobre a questão da qualidade da educação nas instituições de ensino.

Em que pese essa dificuldade, não é possível negligenciar o fato de que os efeitos da judicialização da educação sobre as políticas públicas são os mais variados (e ainda pouco conhecidos); as decisões judiciais afetam não apenas o processo de políticas públicas propriamente dito (formulação, implementação e avaliação), mas afetam também o próprio sistema de justiça, que passa a ter um novo e cada vez mais amplo papel na garantia dos direitos sociais e no acesso à justiça, com mudanças institucionais decorrentes desse processo. Ademais, considera-se que decisão judicial relativa a este direito social assume contornos que precisam ser mais bem analisados diante de um contexto de legitimidade do Poder Judiciário para rever atos da administração pública e o limite de sua discricionariedade para identificarmos os limites em que se perfectibiliza não só quando do reconhecimento do direito individual, mas quando de sua eventual satisfação, haja vista a inexistência de um procedimento específico de execução aos chamados direitos sociais prestacionais.

Para tanto, foi objeto de análise os dados empíricos fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto de Pelotas, tendo como ponto de partida, uma avaliação global da

gestão da educação no município, destacando questões atinentes a gestão da política municipal e as principais razões da judicialização envolvendo o acesso à educação infantil nas escolas do município. A proposta, inicialmente, seria trazer levantamentos estatísticos e avaliá-los de forma a definir, proporcionalmente, qual a influência das decisões do Poder Judiciário na execução da política pública e que espaço teria o administrador municipal para a realização de sua função constitucional. Todavia, a realidade evidenciou a ausência de dados adequadamente compilados que permitissem uma avaliação desta natureza. De modo a não atentar com o objetivo precípuo dessa investigação, impôs-se uma análise dos argumentos que são comumente utilizados nos acórdãos judiciais sobre educação infantil no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS oriundos da Comarca de Pelotas para que fosse possível, então, refletir sobre as características destas decisões em face de todo o contexto até então explorado.

Conclui-se, a partir da verificação das decisões que, apesar de serem uníssonas as sentenças no sentido do reconhecimento do direito subjetivo universal e incondicionado à educação infantil na etapa inicial (crianças de zero a três anos), elas não se fundamentam em critérios efetivos de integridade e coerência, pois são eminentemente massificadas, sustentadas por argumentos afirmativos, com expressões genéricas, sem esclarecer adequadamente o que significam no contexto concreto da decisão.

Observa-se uma generalidade das decisões que focam muito mais em argumentos afirmativos, do que em argumentos explicativos, de justificação. Dito de outra forma, diz-se que a educação infantil em creche é obrigatória e não o porquê que ela é. Ainda, mesmo nas hipóteses em que se busca explicar o porquê, resumem-se as fundamentações a abordagens genéricas e tangenciais. Além disto, constata-se que as decisões judiciais em direitos prestacionais sociais de acesso à educação infantil, da forma como é formatada hoje, não atende, plenamente a critérios democráticos, já que munidas do pretexto de concretizar individualmente o direito à educação para garantir a isonomia do demandante em relação àqueles que foram beneficiados pela política pública, ignora-se um universo (no caso de Pelotas) de crianças que também estão à espera de contemplação. Despreza-se, pois, a existência de direitos individuais similares de crianças que não tiveram, pelos mais variados motivos, acesso à jurisdição, ou seja, desconsidera-se a dimensão coletiva do direito social homogêneo à educação como fator relevante à decisão de concretização individual.

Portanto, entende-se que a subjetividade do direito à educação ou sua acionabilidade acaba sem uma adequada construção jurídica no contexto da norma constitucional, no que diz respeito aos fundamentos das decisões, pois se concentram em generalidades e não na

especificidade das questões abordadas relativas à educação em creche. Em verdade, uma coerente interpretação não converge ao entendimento da subjetividade universal e incondicionada. É que, mesmo sendo judicializável, necessário um argumento especial, devidamente evidenciado nos casos concretos, para que possa ela ser contemplada.

Ficou evidenciado que a legislação educacional é, certamente, complexa. Além disso, que toda criança deve ter seus direitos fundamentais garantidos, não podendo submeter-se a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem a subordinar-se a razões de puro pragmatismo governamental. E ainda, que cabe prioritariamente aos Municípios a atuação no ensino fundamental e na educação infantil e que, por isso, as autoridades municipais não podem omitir-se ao que foi estabelecido pela legislação constitucional e infraconstitucional, não devendo sua ação político-administrativa 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.

No entanto, quando falamos sobre educação não estamos tratando de assunto sem controvérsia e nem sempre o que é legal é o mais justo e possível do ponto de vista educacional. Evidentemente a pretensão não é refutar a importância e necessidade do sistema de justiça, O que se busca é a celeridade judicial pela via da qualidade e não apenas da quantidade. Dito de outro modo, a prestação jurisdicional não pode e não deve ser resumida a centenas de processos idênticos que tencionem à mera redução de pilhas, com abandono total das especificidades do caso concreto. Afora essas questões, o discurso igualmente padronizado, leva o cidadão a percepção de que toda e qualquer reivindicação é legítima e tem de ser satisfeita.

Concorda-se com Clarissa Tassinari quando refere que o problema nunca foi discutir se juízes devem interpretar a Constituição, mas saber como ocorre essa interpretação. O fato é que uma decisão deve ser adequadamente fundamentada e enfrentar clara e coerentemente todos os argumentos, e, em sua abordagem, não utilizar-se de meras afirmativas, mas sim, agir com responsabilidade, justificando a decisão, pois, como afirma Lenio Streck no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Aponta-se, inclusive para o fato para fundamentar a decisão deve estar especialmente presente o resultado de um processo dialógico estabelecido com respeito às partes e a toda a coletividade.

Entende-se, portanto, que o aspecto que merece maior relevo quando se estuda o tema “educação”, cinge-se à qualidade do ensino. Sabe-se que a questão do atendimento à educação infantil é polêmica, e concorda-se. Crianças de tenra idade exigem cuidados especiais. De pouco adianta garantir acesso a creches e pré-escolas mal aparelhadas para estimular e educar a

criança. Talvez o atendimento universal supra “um pedaço” dos problemas, como as dificuldades da família em alocar a criança. Porém, não contribuirá para a formação do indivíduo. No exemplo de Pelotas, a depender de como se dá o processo de judicialização da educação infantil no município, os custos da qualidade de ensino podem ser altos se não acompanhados de um processo de expansão de vagas e adaptação das redes. Da breve análise aos acórdãos, pode-se perceber que ao atender as demandas, o Judiciário é capaz de promover a matrícula de praticamente todas as crianças que exigem acesso à rede de ensino. Porém, essa forma de atuação não se preocupa com os males que poderá causar no bom desenvolvimento das ações governamentais, já que não promove o aumento de vagas para a sociedade e gera diversos efeitos negativos para aqueles que já estão no sistema, dentre esses efeitos, a qualidade.

É certo que o debate acerca do conceito de qualidade é, e sempre será polêmico, uma vez que o termo é marcado por subjetividades e, portanto, sujeito a diferentes interpretações e pontos de vista. Contudo, é preciso admitir que, objetivamente falando, já contamos com referências suficientes, fruto de muitas discussões, debates, estudos, pesquisas e, mais, do amadurecimento político alcançado nas últimas três décadas de experiência democrática, para afirmarmos, com alguma segurança o que não é qualidade educacional.

Conclui-se que, não se trata de negar a legitimidade das reivindicações de iniciativa individual, mas de encontrar saídas em políticas que reconheçam e façam valer direitos coletivos a duras penas conquistados, sobretudo, a partir da Constituição de 1988. Diante desse cenário, cabe a (nós) pesquisadores examinar de perto a forma como esse problema vem sendo equacionado pelos poderes públicos e os efeitos por ele gerados nas unidades de ensino. Mais do que um interesse acadêmico, investigar essa temática é um modo de manter-se atento e de resistir às ameaças prenunciadas em tempos de retrocessos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ACCA, Thiago dos Santos. **Direitos Sociais: conceito e aplicabilidade**. São Paulo: Almedina, 2019.

AGUERRONDO, Inês. La calidad de la educación: ejes para su definición y evaluación. La educación. **Revista Interamericana de Desarrollo Educativo**, v. 116, n. 37, 1993.

AKKARI, Abdeljalil; SANTIAGO, Mylene; MESQUIDA, Peri. Políticas Públicas em Educação: tensões do contexto brasileiro. **Movimento – Revista de Educação**. Faculdade de Educação da Universidade Federal Fluminense, ano 5, n. 8, jan./jun. 2018.

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais Sociais e a Proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Maria Teresa Gonzaga; SOARES, José Francisco. Contexto escolar e indicadores educacionais: condições desiguais para a efetivação de uma política de avaliação educacional. **Educação & Pesquisa**, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 177-194, jan./mar. 2013.

AMORIN, Maria Salete Souza de; REOLON, Rodrigo. Gestão governamental e políticas públicas locais. **Revista Debates**, Porto Alegre, v.3, n. 1, p. 126-140, jan./jun. 2009.

ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de; BELLINETTI, Luiz Fernando. O direito fundamental à educação na perspectiva da formação humana integral e do desenvolvimento social no contexto do mundo globalizado: a demanda econômica de sua realização na atividade orçamentária e um enfrentamento da invocação da cláusula da “reserva do possível” pelo poder público. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 21, 2012, Uberlândia, MG. Anais eletrônicos do XXI Congresso Brasileiro do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c902b497eb972281>. Acesso em: 19 set. 2021.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARENDT, Hannah. **A crise na educação**. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/otp/hanna_arendt_crise_educacao. Acesso em: 19 set. 2021.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, ano 1, n. 1, p. 1-20, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARRETCHE, M. **Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização**. São Paulo: FAPESP, 2000.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ateíl, 2004.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? *In*: MELLO, Cláudio Ari (org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, M. L. N. Igualdade e Equidade: qual é a medida da justiça social? **Avaliação**, Campinas; Sorocaba, SP, v. 18, n. 1, p. 129-150, mar. 2013.

BARBOSA, Rui. **A questão social e política no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 97-135.

BARROS, Aparecida Vânia Petrini de; MACHADO, Maria Cristina Gomes. A questão social e política no Brasil em 1919: a visão de Rui Barbosa. **Acta Sci. Human Soc. Sci**, Maringá, v. 28, n. 1, p. 81-91, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **BOLETIM de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.

BARUFFI, Helder. Educação como Direito Fundamental: um princípio a ser realizado. *In*:

- FACHIN, Zulmar (coord.). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008.
- BARZOTTO, Luís Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *In*: MELLO, Cláudio Ari (org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BAUERMAN, Desirê. Structural Injunctions no Direito Norte-Americano. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- BEISEGEL, Celso de Rui. **A qualidade do ensino na escola pública**. Brasília: Liber Livro, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOMFIM, Thomé Rodrigues de Pontes. **Efetivação do direito fundamental à saúde através da ação civil pública**: uma análise da prática jurisprudencial em Alagoas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2010.
- BOMFIM, Thomé Rodrigues de Pontes; SILVA, Bianca de Oliveira. A tutela jurisdicional como instrumento para a implantação de políticas públicas na área da educação ante a omissão administrativa do poder público: critérios objetivos para a efetivação deste direito subjetivo. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, Cesmac Faculdade do Agreste, Arapiraca/AL, v. 1, n. 1, jan./jun. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Trad. Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1641, de 29 de abril de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001407. Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jul. 1985.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil**. Brasília: MEC, SEB, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 MC/DF Distrito Federal**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3388 Roraima**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, DJe-181, Publicação 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708 Distrito Federal**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BROKE, Nigel; SOARES, José Francisco. **Pesquisa em Eficácia Escolar**: origem e trajetórias. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

BRUNET, Emiliano. Sobre a abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP) em um curso de graduação em Direito: contribuição crítica para a construção de um programa. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 878-903, set./dez. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas

(DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, n.p., 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Três lições sobre políticas públicas a partir da aprovação do FUNDEB. **Nexo Políticas Públicas**, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/37KDTbs>. Acesso em: 08 de out. 2021.

CABRAL, Karina Melissa. **A Justicialidade do Direito à qualidade do ensino fundamental no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestrado em Educação) — Faculdade de Educação, UNESP, São Paulo, 2008.

CABRAL, Karina Melissa; DI GIORGI, Cristiano Amaral Garboggini. O direito à qualidade da Educação Básica no Brasil: uma análise da legislação pertinente e das definições pedagógicas necessárias para uma demanda judicial. **Educação**, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 116-128, 2012.

CAIDEN, Naomi; WILDAVSKY, Aaron **Planning and Budgeting in Developing Countries**. New York: John Wiley, 1980.

CAMPOS, M.; HADDAD, S.. O direito humano à educação escolar pública de qualidade. *In*: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados, 2006.

CAMPOS, M. M; ROSEMBERG, F.; FERREIRA, I. M. **Creches e pré-escolas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009

CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 9. ed. Trad. Ircy D. Polleti. Petrópolis: Vozes, 2010.

CAVALCANTE, Pedro. A implementação municipal das políticas sociais: uma análise espacial. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 42, n.p., jan./jun. 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais. *In*: MENDES, Gilmar;

PAIVA, Paulo. **Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, 1976.

CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. **Iowa Law Review**, v. 69, p. 47-125, 1983.

CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, v. 2, p. 01-39, 1993.

CLUNE, William H. **Um modelo político de implementação e suas implicações para as políticas públicas, a pesquisa e a mudança dos papéis do direito e dos juristas**. Trad. Gabriela Azevedo Campos Sales, Bruno de Almeida Passadore, Elisa Martinez Giannella e Kadra Regina Zeratin Rizzi. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5066853/mod_resource/content/1/Traduc%CC%A7a%CC%83o%20-%20Um%20modelo%20poli%CC%81tico%20de%20implementac%CC%A7a%CC%83o%20e%20implicac%CC%A7o%CC%83es%20do%20modelo%20para%20poli%CC%81ticas%20pu%CC%81blicas%20e%20a%20mudanc%CC%A7a%20dos%20pape%CC%81s%20do%20direito%20e%20dos%20juristas.pdf. Acesso em: 25. out. 2021.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORREA, Bianca Cristina. Considerações sobre qualidade na educação infantil. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 119, n.p., jul. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010015742003000200005&lng=pt&nrm=isso. Acesso em: 22 out. 2021.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio P. **A Política Pública como Campo Multidisciplinar**. São Paulo: UNESP, 2013.

CUNHA, L. G.; OLIVEIRA, F. L. Acesso à Justiça: percepção e comportamento dos brasileiros. *In*: Oliveira, Vanessa E. **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019.

CUNHA, M. A. A. O conceito “capital cultural” em Pierre Bourdieu e a herança etnográfica. **Perspectiva**, Florianópolis, v. 25, n. 2, p. 503-524, maio 2008.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A gestão democrática na escola e o direito à educação. **Revista Brasileira de Política Educacional**, Belo Horizonte, v. 23, n. 3, set./dez. 2007.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Judicialização da educação infantil, o trabalho dos professores e a qualidade da educação: relações possíveis**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/ensino_infantil_creches/textos_ens_inf_creches/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_educa%C3%A7%C3%A3o_infantil_rela%C3%A7%C3%B5es%20poss%C3%ADveis_LuizAntonioMiguelFerreira.pdf. Acesso em: 23 out 2021.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. Justiciabilidade no campo da educação. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Porto Alegre, v. 26, n. 1, n.p., 2010.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Qualidade em educação. **Nuances: estudos sobre educação**, Presidente Prudente, ano 16, v. 17, n. 18, p. 17-34, jan./dez. 2010.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019.

DAVOK, Delsi Fries. Qualidade em educação. **Avaliação**, Campinas; Sorocaba, v. 12, n. 3, p. 505-513, set. 2007.

DE GIORGI; Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **Estadão**, São Paulo, Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisasinconstitucional,10000000043>. Acesso em: 10 out. 2021.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DOURADO, Luis Fernandes; OLIVEIRA, João Ferreira de. A qualidade da educação: perspectivas e desafios. **Cadernos Cedes**, Campinas, v. 29, n. 78, p. 201-215, maio/ago. 2009.

DOURADO, L. F. Políticas e gestão da educação básica no Brasil: limites e perspectivas. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 921-946, out. 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, out. 2007.

DUBET, F.; DURU-BELLAT, M.; VÉRÉTOUT, A. As desigualdades escolares antes e depois

da escola: organização escolar e influência dos diplomas. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 29, p. 22-70, abr. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTEVES, José M. Mudanças sociais e função docente. *In*: NÓVOA, António (org.). **Profissão professor**. 3. ed. Portugal: Porto Celina, 1995.

EVANS, Peter; RUESCHEMEYER, Dietrich & SKOCPOL, Theda **Bringing the State Back**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

FARENZENA, Nalú. Capacidades de Financiamento da Educação Básica no Fundeb: uma costura. *In*: GOUVEIA, Andrea Barbosa; PINTO, José Marcelino de Rezende; FERNANDES, Maria Dilnéia Espíndola (org.). **Financiamento da Educação no Brasil**: os desafios de gastar 10% do PIB em dez anos. Campo Grande: Oeste, 2015.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e Educação. *In*: GARCIA, Emerson (org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERREIRA, Michele. Uma década depois, Escolas de Educação Infantil seguem no papel. **Diário Popular**, Pelotas, 06 set. 2021. Disponível em: <https://www.diariopopular.com.br/geral/uma-decada-depois-escolas-de-educacao-infantil-seguem-no-papel-164148/>. Acesso em: 23 out. 2021.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho através de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

FISS, Owen. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, n.p., 1979.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FLACH, S. F. Direito à educação e obrigatoriedade escolar no Brasil: entre a previsão legal e a realidade. **Revista HISTEDBR**, Campinas, n. 43, p. 285-303, set. 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAZÃO, Carlos Eduardo; SILVA, Raphael Carvalho. Judicialização de políticas públicas: os desafios técnicos e jurídicos na justiciabilidade dos direitos sociais. *In*: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. **Políticas Públicas no Brasil**: uma abordagem institucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

FUKS, Mário; PERISSIANTTO, Renato. Recursos, decisão, poder: conselhos gestores de políticas públicas de Curitiba. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 60, p. 67-81, 2006.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, p. 353-

409, 1978.

FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de qualidade do ensino. *In*: RANIERI, Nina (coord.). **Direito à educação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: BARCELLOS, Ana Paula de (*et al.*); TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARAVITO, César Rodriguez. Mas allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. *In*: LANGFORD, Malcolm *et al.* (org.). **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Bogotá: Dejusticia, 2017.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *In*: GARCIA, Emerson (org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GLUZ, Micaela Passerino. O novo FUNDEB é uma vitória? **FINEDUCA – Revista de Financiamento da Educação**, v. 11, n. 10, n.p., 2021.

GOMES, S.; MELO, F. Por uma abordagem espacial na gestão de políticas educacionais: equidade para superar desigualdades. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 42, n.p., 2021

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Políticas Públicas: atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade, uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui: Boreal, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei n. 8058/2014 – Considerações Gerais e Proposta de Substituto. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUEDES, Gislaine Nunes de Oliveira; BAQUEIRO, Dícíola Figueiredo de Andrade; LORDÊLLO, José Albertino Carvalho. **Equidade e eficácia escolar: histórico dos estudos**. Salvador: UFBA, 2004. Disponível em: http://www.equidade.faced.ufba.br/sites/equidade.oe.faced.ufba.br/files/equidade_e_eficacia_escolar_-_historico_dos_estudos.pdf.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **La justicia civil en los Estados Unidos**. Trad. Fernando G. Inchausti. Navarra: Aranzadi, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. Trad. Carlos Luiz Strapazzon. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. n.p., out. 2009.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEMOS, Valter. Políticas públicas de educação: equidade e sucesso escolar. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 73, n.p., 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, W. D. **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

LIMA, Alessio Costa; SANCHES, Carlos Eduardo; CARVALHO, Márcia Adriana; ARAÚJO, Luiz, ALVES, Raph Gomes; MELCOP, Vivian Katherine Fuhr. **Orientações ao dirigente municipal de educação**: fundamentos políticas e práticas. Brasília: Undime – União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação, 2017.

LIMA, Vinicius de Melo. **Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória**: direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática. Curitiba: Juruá, 2016.

LINDBLOM, Charles Edward. Still muddling, not yet through. **Public Administration**

Review, n. 39, p. 517-526, 1979.

LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LOMBARDI, José C. Judicialização da educação: interferência judicial aprofunda desigualdade no acesso em creche por quem mais precisa dele. **Revista HISTEDBR**, v. 14, n. 57, jun. 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: Associação Juizes para a Democracia. **Direitos Humanos, visões contemporâneas**. São Paulo: AJD, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOWI, Theodore J. American business, public policy, case studies and political theory. **World Politics**, n.16, p. 677-715, 1964.

LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. **Public Administration Review**, n. 32, p. 298-310, 1972.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Paulo de Sena. O Financiamento da educação básica como política pública. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Porto Alegre, v. 26, n.3, p. 497-514, set./dez. 2010.

MARTINS, Rosilda Baron. Educação para a cidadania: o projeto político-pedagógico como elemento articulador. *In*: VEIGA, Ilma P. A.; RESENDE, Lúcia Maria G. de (orgs.) **Escola: espaço do projeto político-pedagógico**. Campinas, SP: Papirus, 1998.

MEDEIROS, Marcelo. **A trajetória do Welfare State no Brasil: o papel redistributivo das políticas sociais nos anos 1930 a 1990**. Brasília: Ipea, 2001.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo Estrutural Consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação Jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *In*: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MELLO, Guiomar Namó de. Políticas Públicas de Educação. **Revista Estudos Avançados**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (IEA-USP), v. 5, n. 13, n.p., 1991.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de demandas no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos em direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGLIAVACCA, Luciano de Araújo. (Neo)constitucionalismo, decisões judiciais, discricionariedade e a teoria de Dworkin. *In*: TRINDADE, André Karam; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (org.). **Direitos fundamentais e democracia constitucional**. Florianópolis: Conceito, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MURICI, Izabela Lanna; CHAVES, Neuza Maria Dias. **Gestão para resultados na educação**. Nova Lima: Falconi, 2013.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Um Estado para a Sociedade Civil. **Temas éticos e políticos da gestão democrática**. São Paulo: Cortez, 2005.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **Estado e política educacional no Brasil: desafios do século XXI**. 2006. Tese (livre-docência) — Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAÚJO, Gilda Cardoso de. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 28, n.p. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141324782005000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 23 out. 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor (2018). Judiciário e Políticas Públicas: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 39, n. 144, n.p., jul./set. 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente a reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2012.

PALHARES, Beatriz Achôa. Projeto de lei Ada Pellegrini Grinover e o processo estrutural. *In: Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344965/projeto-de-lei-ada-pellegrini-grinover-e-o-processo-estrutural>. Acesso em: 10 out. 2021.

PELOTAS. **Lei nº 6.245, de 24 de junho de 2015**. Aprova o Plano Municipal de Educação para o Decênio 2015-2024, e dá outras providências. Pelotas, RS: Gabinete do Prefeito, 24 jun. 2015.

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Tradução de Ivette Braga. 18. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2007.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A política de fundos no Brasil para o financiamento da educação e os desafios da equidade e qualidade. **Propuesta Educativa**, Buenos Aires, Argentina, v. 2, n. 52, p. 24-40, nov. 2019.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A política recente de fundos para o financiamento da educação e seus efeitos no pacto federativo. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 877-898, out. 2007.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown. v. Board of Education. *In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). Processos Estruturais*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REISMAN, Leonardo; DETONI Jackson. A formação do estado brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. *In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. Políticas Públicas no Brasil*: uma abordagem institucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Remessa Necessária. **Proc. nº 70075363929**. ECA. Vaga em creche. Direito à educação. Oitava Câmara Cível. Comarca de Pelotas. Relator: Des. Rui Portanova, 07 de dezembro de 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%2

0de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70075363929&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 25 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Remessa Necessária. Remessa Necessária. **Proc. nº 70078561115**. Direito da criança e do adolescente. Direito à educação. Vaga em creche. Oitava Câmara Cível. Comarca de Pelotas. Relator: Des. Alexandre Kreutz, 13 de dezembro de 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70078561115&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 25 out. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70082568221**. Direito da criança e adolescente. Município de Pelotas. Ação de obrigação de fazer. Vaga em creche. Turno único ou integral. Vigésima Quinta Câmara Cível. Comarca de Pelotas. Relator: Des. Ricardo Pippi Schmidt, 24 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082568221&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 25 out. 2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70083887273**. Direito da criança e do adolescente. Vaga em creche. Município de Pelotas. Direito Fundamental Constitucional. Turno integral. Possibilidade. Necessidade demonstrada. Vigésima Quinta Câmara Cível. Comarca de Pelotas. Relator: Des. Eduardo Kothe Werlang, 26 de maio de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70083887273&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 25 out. 2021.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão Barros. Litígio estratégico para mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo. *In: Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-graduação*, n. 8, 2014. São Paulo: ANDHEP, abr. 2014. Disponível em: http://acaoeducativa.org.br/es/wp-content/uploads/sites/3/2017/04/Artigo_EsterRizzi_SalomaoXimenes_litigioestrategicoeducacao infantil.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon.; BORTOLOTO, Claudimara. O conceito de equidade no desenho de políticas sociais: pressupostos políticos e ideológicos da proposta de desenvolvimento da CEPAL. **Revista Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v. 15, n. 38, p. 793-803, jul./set. 2011.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As *structural injunctions* e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público. *In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ROSSETTI-FERREIRA, Maria C.; AMORIM, Katia S.; VITÓRIA, Telma. **A creche enquanto contexto possível de desenvolvimento da criança pequena**. Disponível em: <http://www.fsp.usp.br/ROSSETI.HTM>. Acesso em: 22 out. 2021.

ROTTERDAM, Erasmo de. **De Pueris (Dos Meninos)**. São Paulo: Escala, 1998.

SALLES, Carlos Alberto de. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e Processo: A questão da legitimidade nas ações coletivas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANTOS, C. C.; RABELO, L. M. G. Democratização do acesso ao ensino superior e justiça social. **Revista de C. Humanas**, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 318-328, jul./dez. 2012.

SANTOS, Émina Marcia Nery dos. A educação como direito social e escola como espaço protetivo de direitos: uma análise à luz da legislação educacional brasileira. **Revista de Educação e Pesquisa**, v. 45, n.p., 2019.

SARAIVA, Carolina Barros. Condução Dialógica dos Processos Estruturais no Supremo Tribunal Federal. *In*: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. *In*: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHIER, Paulo. A objeção central ao princípio da proporcionalidade no contexto do constitucionalismo brasileiro. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

SCHMITT, Carl. **La tirania de los valores**. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Madrid:

Enero-Febrero, 1961.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. **Revista da AJURIS**, v. 43, n. 141, n.p., dez. 2016.

SERRANO, Pablo Jimenez. **Interpretação Jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Marcos Rolim da. Política Carcerária – Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 347 MC/DF – Julgamento em 09 de setembro de 2015. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Pedro Luiz Barros; MELO, Marcus André. O processo de Implementação de Políticas Públicas no Brasil: Características e Determinantes da Avaliação de Programas e Projetos. **Caderno 48 - NEPP/UNICAMP**, Campinas, p. 1-17, 2000.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 50, n.p. 2012.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. Conflitos e consensos na exigibilidade judicial do direito à educação básica. **Educação & Sociedade**, Campinas, SP, v. 34, n. 123, n.p., 2013.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone; XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa. **Efeitos da atuação do sistema de justiça no direito à educação infantil: um estudo da judicialização da política educacional em três estados brasileiros**. Curitiba: CNPQ, 2018. Mimeo. Relatório final de Pesquisa, Projeto Universal CNPq 2014.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta; MARQUES, Eduardo (orgs.) **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, n. 8, v. 16, p. 20-45, 2006.

SOUZA, João Valdir Alves de. **Introdução à Sociologia da Educação**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um habeas corpus no Brasil. *In*: **Conjur**, 24 set. 2015. Senso Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>. Acesso em: 10 out. 2021.

TABORDA, Maren Guimarães; BORGES, Gemaliel Valdovino. Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública: exposição de motivos ao projeto de lei de processo administrativo no município de Porto Alegre. *In*: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anísio Pires (org.). **Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais**: percursos em encruzilhadas. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 260-281. Disponível em: http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF. Acesso em: 22 out. 2021.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Dragone. A judicialização das Políticas Públicas e o Direito à Educação Infantil. **Revista EccoS**, São Paulo, n. 48, n.p., jan/mar, 2019. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=eccos&page=article&op=view&path%5B%5D=8118&path%5B%5D=6616>. Acesso em: 23 out. 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das Políticas Públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **Cadernos da AATR-BA** (Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia), Bahia, p. 1-11, 2002.

TORRES, H. *et. al.* Educação na periferia de São Paulo: como pensar as desigualdades educacionais? *In*: RIBEIRO, L. C. Q.; KAZTMAN, R. (org.). **A cidade contra a escola**: segregação urbana e desigualdades educacionais em grandes cidades da América Latina. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2008.

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

UEQUED, Andrea da Silva. **Decisão jurídica e direitos sociais**: possibilidades e limites da intervenção judicial democrática na concretização do direito à educação infantil. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Programa de Pós Graduação em Direito, Porto Alegre, 2018.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: IDP: Saraiva, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VICTOR, R. A. de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIECELLI, R. O ciclo da judicialização das políticas públicas: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 e os efeitos indiretos externos das decisões do STJ e STF. **Revista de Direito Educacional**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 261-283, 2012.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Atendendo os mais necessitados? Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S./l.], 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32492.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

WANG, D. W. L.; VASCONCELOS, N.P.; OLIVEIRA, V.E.; TERRAZAS, F. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública – RAP**, v. 48, n.p., 2015.

XIMENES, S. B. **Direito à qualidade na educação básica: teoria e crítica**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANEXOS

ANEXO A – E-mail

25/10/2021 08:30

Gmail - Informações - Dissertação

Nathália Soares Corrêa <soarescorrean@gmail.com>

27 de agosto de 2021 14:25

Para: gabinete.smedpelotas@gmail.com

Prezada Secretária,

Apraz-me cumprimenta-la e, na oportunidade, informar-lhe, novamente, acerca da elaboração de dissertação de mestrado com foco na judicialização dos direitos fundamentais sociais e seus impactos na efetivação do direito à educação, de forma que o exemplo privilegiado da política pública desenvolvida no âmbito do município de Pelotas, mais precisamente pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto será objeto de análise, a ser apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de mestre em direito.

O estudo tem como foco a realidade do município de Pelotas e, além da investigação teórico-filosófica, busca traçar, através de dados empíricos, a forma de execução da política pública e o impacto da intervenção judicial no planejamento de gestão deste município.

Para tanto, solicito as informações elencadas no questionário em anexo, bem como a indicação de servidor que possa esclarecer, de forma célere, eventuais dúvidas através de meios rápidos de comunicação (e-mail, whatsapp, etc).

Destaco a urgência do acesso às informações em face dos prazos afetos à conclusão da dissertação, indicando o retorno para este e-mail: soarescorrean@gmail.com.

Desde já agradeço a atenção.

Att,

Nathália Soares Corrêa
Mestranda em Direito
Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS
(53)98413-6189

ANEXO B - QUESTIONÁRIO

QUESTIONÁRIO

Preliminarmente, o presente questionário refere-se aos anos letivos de 2017 a 2020, pelo que devem os dados ser fornecidos separadamente. Caso não haja dados compilados, favor informar o motivo da ausência de registro.

1. Qual o número anual total de inscritos para vagas nas escolas da rede municipal (por etapas)?
2. Qual o número anual total de inscritos para vagas na educação infantil (por etapas)?
3. Qual o número anual total de inscritos para vagas no ensino fundamental (por ano de ensino)?
4. Destes números indicados nos itens supramencionados (1, 2 e 3), quantos se referem a vagas concedidas por determinação judicial em escolas municipais? E quantos se referem a vagas concedidas em escolas conveniadas/parceiras?
5. Qual valor anual em termos absolutos e percentuais investidos na educação do município? Destes valores, quanto é investido na educação infantil e ensino fundamental?
6. No campo da transparência, os dados referentes a educação infantil e ensino fundamental são diretamente acessíveis pelos demais Poderes (Legislativo e Judiciário)? Se sim, como?
7. Qual a forma de atenção a política pública educacional atualmente? Houve, no período compreendido entre os anos letivos de 2017 a 2020, ampliação da oferta de vagas nas escolas municipais de educação infantil e ensino fundamental? Em caso positivo, qual foi o incremento total de vagas nas escolas por ano letivo?
8. Com relação a judicialização de vagas nas escolas municipais, em qual faixa etária e, em qual etapa do desenvolvimento escolar se concentram as maiores demandas judiciais?

ANEXO C – OFÍCIO 227/2021



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE PELOTAS
SECRETARIA DE EDUCAÇÃO E DESPORTO

Pelotas, 22 de Outubro de 2021

Ofício Nº 227/2021
Sra. Nathália Soares Corrêa
Mestranda em Direito

Após cumprimentá-la respeitosamente, servimo-nos deste para encaminhar, conforme solicitado, as respostas do questionário, as quais serão utilizadas na elaboração de dissertação de mestrado com foco na judicialização dos direitos fundamentais sociais e seus impactos na efetivação do direito à educação, de forma que o exemplo privilegiado da política pública desenvolvida no âmbito do município de Pelotas, mais precisamente pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto será objeto de análise, a ser apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de mestre em direito.

Ao que seguem as informações:

1) As planilhas (documentos físicos) foram entregues.

2)

Turma	2017	2018	2019	2020	Total de alunos por etapa de 2017 a 2020
BO	491	578	679	641	2389
M1	473	555	622	667	2317
M2	558	642	697	840	2737
Pré 1	861	1121	1014	1122	4118
Pré 2	836	957	1167	1070	4030
Total	3219	3853	4179	4340	15591

Praça 20 de Setembro, 366 – Pelotas/RS – CEP: 96015-360

Fone: (53) 32342600

E-mail: gabinete.smedpelotas@gmail.com

ANEXO D – TABELA ATENDIMENTO**Atendimento da escolas Conveniadas/Parcerias 2018/2019/2020**

Etapas	2018	2019	2020
Creche	418	434	374
Pré escola	291	297	381
Total Educação Infantil	709	731	755

ANEXO E – TOTAIS DE CANDIDATOS POR PERÍODO DE INSCRIÇÃO

SEC TOTALS DE CANDIDATOS POR PERIODO DE INSCRICAO 19/10/21 08:51:47

Município: 93 PELOTAS

Ano semestre: 2017 1

	EJA-F	EJA-M	Inf	Fund	Medio	Profis	Total
	Inscr			7268	2323	1111	10702
	OK			131	8	613	752
TOTAL	Erro						
	Elim			86	23	11	120
	Desig			7051	2292	487	9830

PRO : CAN-TOT _____ MEP
 VAG-CON Interrompida pelo operador _____ PROCERGS

SEC TOTALS DE CANDIDATOS POR PERIODO DE INSCRICAO 19/10/21 08:55:08

Município: 93 PELOTAS

Ano semestre: 2018 1

	EJA-F	EJA-M	Inf	Fund	Medio	Profis	Total
	Inscr		2419	6897	2080	620	12016
	OK		30	211	63	219	523
TOTAL	Erro		2	11			13
	Elim		104	48	15		167
	Desig		2283	6627	2002	401	11313

PRO : CAN-TOT _____ MEP
 CAN-TOT Executada com sucesso _____ PROCERGS

SEC TOTALS DE CANDIDATOS POR PERIODO DE INSCRICAO 19/10/21 08:56:48

Município: 93 PELOTAS

Ano semestre: 2019 1

	EJA-F	EJA-M	Inf	Fund	Medio	Profis	Total
	Inscr		2853	7152	2568	1042	13615
	OK		23	132	33	493	681
TOTAL	Erro		1	10			11