

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

JULIA MAURMANN XIMENES

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; Julia Maurmann Ximenes; Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-040-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O ano de 2020 tem sido um marco na utilização de Tecnologias da Comunicação e Informação. Neste sentido, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI adaptou o formato de seu evento presencial no meio do ano para o primeiro Evento Virtual do CONPEDI. Os painéis e grupos de trabalhos foram transmitidos pela plataforma virtual, com participação de alunos e professores do Brasil e do exterior.

No Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I, a apresentação e debates dos trabalhos ocorreu tranquilamente no dia 27 de julho, sob a coordenação dos professores Julia Maurmann Ximenes, Samyra Haydêe Dal Farra Napoli e Saulo de Oliveira Pinto Coelho.

A primeira pesquisa apresentada, de Jorge Vieira e de Othoniel Ceneceu, analisa as peculiaridades das práticas de gestão na política públicas de saúde, nos atuais tempos de Pandemia da Covid19. A pesquisa envolveu revisão da bibliografia produzida sobre o assunto e a análise matemático-estatística dos dados existentes sobre as atividades do sistema de saúde nesse período. Essa análise quantitativa permitiu, segundo os autores, corrigir algumas inferências midiáticas sobre o desempenho brasileiro no combate à pandemia.

A pesquisa de Danúbia Rodrigues, Lucas Fagundes e Jéssica Miranda aborda a temática da proteção de dados pessoais, frente à ocorrência da crise da Covid19, que gera uma situação singular quanto ao direito ao sigilo e privacidade, nessas situações. Essa dicotomia entre dever de informar e direito à privacidade foi analisada quanto às situações possíveis em que haveria direito à reparação de dano à privacidade, nas práticas relativas à contenção da Pandemia.

A pesquisa de Anna Zeifert trata da questão da desigualdade, pobreza e inclusão, partindo nas análises do CEPAL e das séries históricas recentes nessa análise, com especial foco e interesse em identificar os principais sujeitos atingidos socioeconomicamente pela atual Pandemia da Covid19. A relação entre pobreza e empoderamento (capacidade de participação política) é analisada criticamente no trabalho.

O Trabalho de Ygor Távora versa sobre o direito à saúde e as situações referentes à crise da Covid19, buscando verificar as situações de aplicabilidade do princípio da reserva do possível, seu uso e as situações de aplicação excepcional do princípio frente à atual pandemia.

Rita de Cássia e Juliana Araújo apresentaram trabalho sobre a luta anti-manicomial e a política pública de drogas no Brasil, analisando as transformações no sentido das políticas de cuidado e saúde do usuário e políticas e redução de danos. Analisam a questão das recentes alterações legislativas nessa seara e buscam sistematizar as críticas da literatura especializada a essas alterações legislativas recentes, avaliadas por essa literatura como retrocesso.

Rodrigo Tonel e Janaína Sturza abordam a questão das políticas públicas para a prevenção do suicídio e a necessidade de desenhos regulatórios de prevenção mais integrados a outras questões de saúde, como depressão e outros fenômenos. Fazem também considerações sobre as deficiências de capacitação dos profissionais de saúde para lidar com essas situações e implementar adequadamente essas políticas.

O trabalho científico de Pablo Lemos aborda a judicialização da saúde pública na comarca de Niterói-RJ, para situações de doenças raras, quanto ao direito à duração razoável do processo. Essa pesquisa, com características de estudo de caso, se fez valer de trabalhos de campo para coletar dados mais refinados sobre o fenômeno analisado. Dentre os resultados, identificou que são fatores causadores dos problemas de celeridade a falta de comunicação sinérgica entre as instituições públicas envolvidas, além de um uso ineficiente dos núcleos de especialização técnica, por parte do judiciário.

A pesquisa de Marcus Resende, foca nas políticas públicas de dispensação de medicamentos, com recorte nas judicializações e nas contradições (em termos de regressividade) de determinadas judicializações frente ao orçamento público e a necessidade de progressividade da relação arrecadação-gasto.

Já a pesquisa de Liane Pimenta analisa, com técnicas de pesquisa empírica, nas bases de decisões judiciais, as contradições das políticas de dispensação de medicamentos e respectivas demandas judicializadas na área.

Flavia Cristina e André Pires apresentaram trabalho sobre o apoio, por meio de redes de contato, a mulheres vítimas de violência doméstica, na busca por inovar e promover melhorias incrementais na política pública de proteção instituída pela Lei Maria da Penha. As análises até então feitas pela dupla a respeito indicam que a rede de contatos produz empoderamento dessas mulheres vulnerabilizadas, permitindo maior eficácia das estratégias destinadas a evitar a reincidência dos atos de violência sofridos.

As pesquisadoras Luana Adriana e Georgia Araújo abordam a questão da igualdade de acesso ao ensino e o papel das políticas públicas de educação quanto às adaptações razoáveis para a acessibilidade na educação. Analisam a caracterização e buscam delimitar, bem como oferecer subsídios teórico-dogmáticos para operacionalizar a aplicação do conceito de adaptações razoáveis. Um dos focos de análise seria a superação da dicotomia normalidade-anormalidade, nas adaptações razoáveis.

O trabalho de Jeremias da Cunha versa sobre o Crédito Educativo como instrumento da política pública de acesso ao ensino superior no Brasil, buscando dar maior precisão as terminologias empregadas no marco regulatório deste instrumento de financiamento estudantil.

A pesquisa de Querino Tavares e Nilson Júnior trata do controle externo das políticas públicas educacionais, com análises destinadas a identificar pontos de aperfeiçoamento de tais políticas, com foco nas experiências de controle do TCE-GO e analisando a relação entre controle formal e controle material de contas, com vistas à efetividade do gasto público, para além do controle formal, mas também preocupado em evitar ativismo no controle de contas.

A pesquisa de Alberto Nogueira versa sobre a tentativa de localizar problemas nas práticas de gestão efetivadas nas políticas de acesso por cotas em concursos públicos, notadamente quanto a eventuais falhas nas comissões de hétero-identificação, segundo o autor.

A pesquisa de Caio Cela e de Amanda Alves tem por foco a análise e identificação de limites para a judicialização das políticas públicas educacionais, com foco na hipossuficiência e no mínimo existencial como dois dos importantes critérios de análise desses limites.

O trabalho apresentado por Mariana Cesco e Vladimir Brega se volta para o fenômeno da educação familiar e sua inserção ou adaptabilidade ao modelo de política pública de educação no país.

O texto de Paulo Souza trata da política nacional de educação e a ideia de educação integral, bem como, segundo o autor, os impactos e peso do binômico política-religião no desenho dos planos de educação no Brasil, nos diferentes entes federativos, mas com enfoque na experiência específica do Estado do Rio de Janeiro. A análise se baseia na ideia da necessidade de conformação entre igualdade e diferenças na modulação dessas políticas.

Manoel Macêdo, em seu trabalho, aborda a questão do tratamento socioeducativo oferecido a adolescentes infratores, no conjunto da política pública da criança e adolescente, analisando

as possibilidades de distorção do uso dessa ferramenta (instrumento), para mera contenção e privação de liberdade ao adolescente. Valeu-se de análise de dados em bases públicas para discussão da questão. Conclui que a baixa eficácia do atendimento sócio-educacional está fortemente relacionada à priorização de medidas de contenção para o adolescente infrator.

A pesquisa de Urá Lobato Martins e Vinícius Ferreira aborda, com base na biopolítica, as situações de exclusão, desrespeito aos direitos das mulheres, ausências de segmentação adequadas, outras contradições nas questões relativas políticas de controle de natalidade, com especial enfoque na questão do uso da laqueadura como uma prática revestida de muitas contradições no sistema de saúde, segundo os autores.

Em outro artigo, Urá Martins e Vinícius Ferreira realizaram análises documentais e interpretaram dados empírico para pesquisar outra situação de exclusão social e violência, relacionado ao fenômeno da impunidade na violência policial frente a homicídios de pessoas moradoras de comunidades no Rio de Janeiro, questão que também foi analisada sob a lógica da estratificação sociais e da interseccionalidade.

A pesquisa de Rebeca de Souza aborda a questão das decisões estruturais e do processo estrutural na experiência brasileira de controle de políticas públicas. Fazendo valer uma metodologia baseada uma conjugação de técnicas, a pesquisa delimitou temas específicos na área de acessibilidade e mobilidade para verificar as dificuldades e desafios da realização de processos estruturais no Brasil.

Linara Assunção, apresentou estudo científico sobre os efeitos sociais da obra pública da ponte que liga o Oiapoque (fronteira, no Estado do Amapá) e o território francês vizinho. Avalia que essa ponte binacional produziu uma transformação das práticas de fronteira, mais informais, para práticas formais para as interações que já eram estabelecidas entre as duas cidades vizinhas, em cada respectiva realidade, produzindo, contraditoriamente, uma segregação e separação entre essas populações.

O trabalho de Miriane Willers analisa a questão do custo dos direitos e a relação entre Estado Fiscal (dependência de arrecadação para prestação de serviços e utilidades públicas) e a efetividade de direitos. Analisa as dificuldade e as escolhas difíceis com as quais o Direito precisa lidar frente a essa característica do modelo de Estado fiscal.

A pesquisa de Robert Bonifácio e de Lucas Velasco aborda a construção de uma metodologia de análise de impacto legislativo na Câmara Municipal de Goiânia, em abordagem interdisciplinar com enfoque na produção de um know-how de avaliação de impacto aplicável na experiência parlamentar pesquisada.

Por fim, o trabalho científico de Darléa Carine e Rogério Nery, lança bases teóricas no campo do Direito e Políticas públicas, ao analisar o pensamento de Rawls quanto à noção de justiça como equidade, com foco na complementariedade da abordagem das capacidades desenvolvida por Nussbaum.

O desafio do primeiro evento virtual foi alcançado com êxito e vamos continuar pesquisando!

Boa leitura!

#continuepesquisando

Julia Maurmann Ximenes - ENAP

Samyra Haydêe Dal Farra Napoli - FMU

Saulo de Oliveira Pinto Coelho - UFG

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**EDUCAÇÃO PARA TODOS? UMA ANÁLISE SOBRE OS PARÂMETROS NA
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS**

**EDUCATION FOR EVERYONE? AN ANALYSIS OF THE PARAMETERS IN THE
JUDICIALIZATION OF PUBLIC EDUCATIONAL POLICIES**

Amanda Rodrigues Alves ¹
Reinaldo Caixeta Machado ²
Caio Vinicius Rodrigues Sella ³

Resumo

O presente trabalho tem como foco o estudo do direito fundamental à educação previsto na Constituição Federal de 1988 e em leis esparsas. O objetivo é analisar a efetividade de tal direito sob o viés das políticas públicas estatais e a influência do ativismo judicial na gestão de tais políticas. Para tanto far-se-á, a partir da metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, a conceituação de mínimo existencial e a necessidade de se resguardar uma educação básica a todos, em especial os hipossuficientes, e, a partir disso, analisar os limites da atuação judicial frente às políticas públicas educacionais.

Palavras-chave: Educação, Garantia fundamental, Mínimo existencial, Judicialização de políticas públicas, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The present work focuses on the study of the fundamental right to education provided for in the Federal Constitution of 1988 and in sparse laws. The objective is to analyze the effectiveness of the law under public policy laws and the influence of judicial activism in the management of such policies. Therefore, based on legal-theoretical methodology and deductive reasoning, a minimum necessary conception and the need to recover a basic educational education for all, especially the underprivileged, and, from that, analyze the limits of judicial performance in relation to policies educational institutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Education, Fundamental guarantee, Existential minimum, Judicialization of public policies, Judicial activism

¹ Advogada. Professora. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Dom Helder Câmara Escola de Direito. Especialista em Ciências Penais e em Docência Jurídica. Graduada em Direito e Processos Gerenciais.

² Professor. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Dom Helder Câmara Escola de Direito. Graduado em Direito. Especialista en Derecho Ambiental (Universidad de Castilla La Mancha – ES).

³ Advogado. Especialista em Direito Civil pela faculdade Milton Campos. Especialista em Docência com ênfase em educação jurídica pela faculdade Arnaldo. Graduado em Direito pela Dom Helder Câmara Escola de Direito.

INTRODUÇÃO

As garantias fundamentais são o trunfo da Constituição Federal de 1988, vez que foram consideravelmente alargadas, de modo a, principalmente, nortear o poder público acerca dos direitos mais relevantes de todo e qualquer cidadão e que demandam políticas públicas específicas.

No presente texto irá se abordar o direito à educação, garantia fundamental inserida na segunda dimensão de direitos humanos, e que encontra-se relacionada às prestações estatais positivas e visam a garantia da efetivação dos direitos sociais, daí a justificativa da presente pesquisa.

É sabido que o acesso à educação é direito expresso e positivado no texto constitucional vigente, mas o seu exercício pleno vai de encontro à vários fatores políticos, sendo, possivelmente, o primordial deles, a insuficiência orçamentária.

Diante dessa perspectiva e frente ao crescente fenômeno da judicialização das políticas públicas para a efetividade da prestação estatal voltada à educação, o objetivo geral do presente trabalho é analisar se há limites para a judicialização da política, ou seja, se a interferência do judiciário nas políticas públicas pode se dar sempre que algum direito educacional esteja sendo violado ou se essa atuação deve se restringir a certas violações.

Os objetivos específicos serão tratados ao longo do texto. O primeiro capítulo será destinado à análise dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, em sua integralidade.

No capítulo seguinte, demonstrar-se-á a importância da educação enquanto garantia fundamental, visto tratar-se de “direito de síntese”, já que somente a partir dela é possível se falar em outros tantos direitos, dentre eles o pleno exercício da cidadania e da democracia.

Nos próximos capítulos será analisada a efetividade, sob o viés estatal, da educação, e qual o mínimo existencial de tal direito, ou seja, qual o grau de instrução que deve ser concedido a todos pelo Estado, que não pode se imiscuir de concretizá-lo, mesmo quando insuficiente o orçamento.

Por fim, no capítulo derradeiro, será trazido à baila o conceito de ativismo judicial e a importância e limites da atuação judicial frente às políticas públicas educacionais.

Para se chegar a uma resposta possível será utilizada a metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, valendo-se para tanto de análise jurisprudencial e doutrinária, tendo-se por marco teórico os autores Luis Roberto Barroso e Cláudio Pereira de Souza Neto.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é um marco na história do Brasil, principalmente em razão de ter rompido com o paradigma vigente, restabelecendo a democracia, tão enfraquecida em razão da ditadura militar, que perdurou no país por mais de duas décadas.

Com a queda da ditadura militar e com o ideário de redemocratização, fez-se salutar a discussão de uma nova ordem, não só política, mas, também, jurídica. Assim, em 1987 instalou-se um trabalho constituinte para que fosse pensada a sétima Constituição do país.

Para os constituintes considerados progressistas, a positivação das garantias fundamentais em larga medida era imprescindível para que a Constituição pudesse impulsionar a política, ou seja, a CF/88 passaria a funcionar como um orientador de prioridades no campo das políticas públicas.

Já para outros mais pragmáticos, a inserção dos referidos direitos seria de pouca eficácia, visto que a previsão constitucional estabeleceria critérios muito abstratos, sem que o conteúdo e a forma tivessem aplicação prática imediata, assim, seriam normas de orientação, meramente programáticas.

Mesmo diante desse impasse entre a constituinte progressista e a pragmática, a CF/88 foi editada, e sob um viés fortemente cidadão e garantista, fruto, inclusive, da pressão e apelos populares.

A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais (SARLET, 2012, p. 65-66).

Os anos de chumbo fizeram nascer na população uma necessidade de se positivar uma maior gama de direitos, e, mais do que isso, de tornar esses direitos garantias fundamentais, oponíveis por todos a qualquer um, inclusive em face do Estado.

Essa necessidade foi tão latente, que um título inteiro foi destinado a regulamentar as garantias fundamentais, além de se ter ao longo de todo o texto constitucional outras previstas, totalizando cerca de setenta direitos, que se encontram na ordem privilegiada de fundamentais.

A CF/88, considerada libertária, é também inclusiva, ao prever direitos à diversas minorias, antes invisíveis para a sociedade. Essa inclusão assume papel de grande relevância ao quebrar com a ideia, pode-se dizer que ainda enraizada no consciente da população, de que democracia é a vontade da maioria, quando na verdade o ideário democrático do neoliberalismo

se funda na “preservação de valores e direitos fundamentais” (BARROSO, 2015, p. 25). Para Barroso

[...] a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões — formal e substantiva — somam-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões (BARROSO, 2015, p. 25-26).

É exatamente nessa perspectiva de dimensão substantiva de democracia devem ser interpretados os direitos fundamentais em todas as suas gerações, sendo que no presente trabalho o foco será nos direitos humanos ou fundamentais de segunda geração, os chamados sociais, mais especificamente o direito à educação.

2 A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O direito à educação encontra-se consagrado em diversos artigos na CF/88, tendo esse diploma reservado o capítulo III da seção I para os interesses da educação como um todo, além de ter pontuado em alguns incisos do artigo 5º, direitos e garantias fundamentais educacionais.

É de saber notório que a educação, além de conhecimento científico, traz para o indivíduo noções de cidadania, respeito, socialização, e diversas outras benesses. Tais benefícios “funcionam como molas propulsoras do bem-estar e do desenvolvimento dos cidadãos e das nações, influenciando tanto ao nível individual quanto ao nível coletivo-social” (SILVA; GUIMARÃES, 2014, p. 208).

O direito à educação é a base constitutiva da formação dos cidadãos e do próprio Estado, sendo considerado pela doutrina um “direito de síntese”, pois a sua efetivação propicia e potencializa a garantia e concreção de outros direitos fundamentais, tanto de forma direta como de forma oblíqua. Por exemplo, uma pessoa que não possui uma educação básica adequada, dificilmente conseguirá impetrar um habeas corpus para a garantia de seu direito de ir e vir que, por sua vez, baseia-se no direito à democracia. (SILVA; GUIMARÃES, 2014, p. 208).

Exatamente em razão da importância da educação como “direito de síntese”, que os artigos 205 a 214 da CF/88 se dedicaram exclusivamente ao tema. A partir de tais artigos é possível encontrar conceitos, direitos, deveres, procedimentos e mecanismos estatais indispensáveis à efetivação da educação enquanto direito fundamental, importância essa que permeia não só desenvolvimento individual, mas a transformação da sociedade pela educação.

Trata-se pois de garantir uma educação adequada à população e que não esteja limitada somente aos resultados quantitativos. Ou seja, não basta que as oportunidades de escolarização

geradas pelo Poder Público se pautem em inserir as pessoas na sala de aula, mas que sejam oferecidas condições de permanência, progresso para a cidadania e especialmente condições de inserção no mercado de trabalho, atualmente tão competitivo. Vale ressaltar que a educação não é atribuição exclusiva do Estado, mas também da família e da sociedade, de uma forma geral, conforme previsto no art. 227 da Constituição Federal, vejamos:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), também tratou de regulamentar o tema, reforçando a obrigação conjunta do Estado, família e sociedade na educação, o que avigora a importância do referido direito, veja-se:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

Assim, é dever da família matricular os filhos na escola, é dever da família contribuir para a socialização dos filhos, é dever da família garantir que a aprendizagem também seja realizada em casa, enfim, é dever da família a responsabilização educacional.

A família é o pontapé inicial para a efetivação da garantia fundamental aqui descrita, é ela que possibilitará o primeiro acesso ao ensino e assim o deve fazer não só pensando na aplicação da letra fria da lei constitucional, mas sim, também, na sua condição de instrumento indissociável para o desenvolvimento de sua prole.

Vê-se ainda que a educação é dever da sociedade, na medida em que o ser humano é um ser social, que vive entre iguais e com eles aprende e troca experiências, tão necessárias à sobrevivência.

De igual forma, é também dever do Estado “gerenciar” a garantia fundamental à educação das mais diversas formas possíveis, mas, principalmente, implantando políticas públicas de real efeito, seja abrindo mais creches, escolas, universidades, investindo em pesquisa, em professores, em material ou até mesmo provocando debates.

Assim, a educação é dever de todos, mas ao Estado cabe, prioritariamente, a educação formal, respeitando-se os princípios do artigo 206¹ da CF/88, na forma do 208 do mesmo diploma, que assim dispõe:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, 1988).

Entretanto, em que pesem estar descrita na Constituição, de forma pormenorizada, a educação como garantia fundamental, sua efetivação ainda está distante de ser concretizada, tanto é verdade que no segundo dados do IBGE (2018) 6,8% da população brasileira é analfabeta² e 52,6% da população não chegou, sequer, a completar o ensino médio.

Obviamente que esse déficit educacional não se deve somente ao Estado, mas primordialmente a ele, conforme veremos no tópico seguinte.

3 DA EFETIVAÇÃO, SOB O VIÉS ESTATAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL

¹ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;
V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
VII - garantia de padrão de qualidade.
VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal” (BRASIL, 1988).

² Segundo o IBGE “é considerado alfabetizado quem sabe ler e escrever um bilhete simples” (IBGE, 2018, p. 06).

Os direitos fundamentais, sob o viés estatal, podem ser efetivados de duas formas distintas. A primeira diz respeito àquela demanda que exige uma abstenção do agente público ou do poder público, por se tratar de direitos civis e políticos dos indivíduos. Tratam-se daqueles direitos fundamentais de primeira geração, que gravitam na órbita da liberdade, igualdade, propriedade e intimidade, por exemplo. “São por este motivo, apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta por parte dos poderes públicos” (SARLET, 2009, p. 47).

Por outro lado, existem as garantias fundamentais que demandam a atuação estatal de forma comissiva, ou seja, necessária se faz a impetuosidade do agente público na aplicação da política pública voltada ao direito a ser efetivado. Neste compasso, destaca-se os direitos fundamentais de segunda geração, que dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, e que preeminente somente existirão se forças vinculantes executem o direito posto.

Dentre os direitos sociais a serem resguardados, encontra-se o direito à educação, que do ponto de vista da ação estatal, também demanda atuação conjunta da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que o acesso à referida garantia fundamental possa ser ofertado em todos os níveis e fomentado em todo o território nacional.

Quando se diz que a educação é dever do Estado, é possível encontrar diversas interpretações para essa afirmação. A primeira que vem em mente é a disponibilização de vagas para o ensino básico à todas as crianças e aos adolescentes, direito esse consagrado na CF/88, como visto.

Outros exemplos são a criação de políticas públicas educacionais que atendam, de fato, aos interesses das famílias, como se pode ver nos casos da disponibilidade de vagas em creches. Muitos municípios não têm orçamento ou estrutura para a construção das mesmas, e carecem de vagas para as crianças, o que gera reflexos, até mesmo, na própria renda familiar, uma vez que um dos pais precisa cuidar do filho e fica impossibilitado de laborar, prejudicando o orçamento da família.

Outro dilema no que tange à educação, diz respeito à qualidade do ensino gratuito disponibilizado pelo Estado no Brasil, em comparação com o ensino privado nacional e o público de outros países. A qualidade do ensino público esbarra nas péssimas condições estruturais, nos questionados modos de avaliação, nos baixos salários pagos aos professores e tantas outras variantes que se tornam dificultadores ao ensino de qualidade.

Como remédio a essas externalidades destaca-se a importância da definição de qualidade de ensino, uma espécie de padrão único de qualidade da educação no Brasil. Tal

indicador deve levar em conta variedade e quantidades mínimas por aluno-ano; insumos indispensáveis ao processo de ensino e também de aprendizagem, sem se esquecer dos custos-aluno e a relação aluno-professor (DOURADO; OLIVEIRA, 2009, p. 206-207), hoje tão degradada.

Não há dúvida de que existem políticas públicas educacionais, de modo a tentar cumprir o que preceitua a CF/88 e as leis infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96).

Resta claro que o problema da educação não é a normatização, mas sim sua efetivação via ação estatal. O real enigma é buscar meios para assegurar a todos o direito fundamental à educação, mesmo que, para tanto, seja estabelecido um núcleo mínimo de educação que deve ser direcionado a todos, indistintamente, e que, uma vez não observado, possa ser pleiteado em face do ‘Estado, inclusive via ação judicial.

4 DA EDUCAÇÃO BÁSICA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL

Como já se analisou, a educação é garantia fundamental das mais relevantes, visto que assume função de “direito de síntese”, ao ser imprescindível para a efetivação de diversos outros direitos. Viu-se ainda que, apesar da relevância, a educação não atingiu os níveis que se almeja, haja vista que no Brasil quase 7% da população com idade superior a 15 anos é analfabeta, o que equivale a 11,3 milhões de brasileiros (IBGE, 2018).

A partir desse panorama, algumas ponderações saltam aos olhos: por qual motivo a educação não é universalizada? Será que faltam políticas públicas? Se sim, é possível que a justificativa esteja assentada na falta ou insuficiência de destinação de recursos para a área da educação? E afinal, como resolver tal impasse?

As perguntas acima não são de respostas rápidas, mas com certeza, como toda e qualquer situação não resolvida de forma administrativa e que traz um prejuízo significativo ao ser, o modo mais rápido e atualmente mais efetivo é a judicialização. Judicializar políticas públicas já tem se tornado uma constante, principalmente pós Constituição de 1988, em que houve um alargamento significativo dos direitos fundamentais.

Essa judicialização tem se dado em diversos ramos de políticas públicas, apesar de ainda ser mais comum em relação ao campo da saúde, com ações que obrigam o Estado a arcar com medicamentos e tratamentos. Praticamente todas as matérias podem ser judicializadas, não podendo o judiciário se furtar de dar ao demandante uma resposta, ainda que negativa. No entanto, não é incomum ações que pleiteiam o direito à educação, conforme será visto adiante.

Fato é que, por ser a educação um direito fundamental de extrema relevância, deve a mesma ser garantida a todos os cidadãos, pelo menos o mínimo existencial, algo que se revele capaz de garantir o alfabetismo, o acesso às escolas públicas em níveis básicos, e, principalmente, um ensino que assegure a dignidade da pessoa humana.

Falar em mínimo existencial educacional é falar em parâmetros mínimos para o Estado opor a educação à toda a população, independentemente de cor, credo, raça, valores, poder econômico ou político. O ideal, por certo, seria que a educação, em todos os níveis, fosse gratuita e de qualidade, tal como prevê a própria CF/88, em seus artigos 206 e 208, já debatidos em tópico acima.

Mas é cediço que o Estado recorrentemente se esbarra em deficiências orçamentárias que impedem essa generalização, invocando-se nesses casos a Reserva do Possível.

O termo Reserva do Possível fora cunhado no Tribunal Constitucional alemão exatamente em uma discussão que envolvia a educação, mais especificamente a criação de vagas na faculdade de medicina. Concluiu o Tribunal que as vagas seriam fornecidas de acordo com o orçamento do Estado, e seriam preenchidas levando-se em conta a classificação dos candidatos e não a habilitação dos mesmos (SOUZA, 2013, p. 206).

Essa é a posição adotada também pelo Brasil, sendo que a norma contida no artigo 208, V da CF/88, que prevê “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1988), deve ser entendida como meramente programática sob pena de, ao invés de ser um instrumento de igualdade, gerar ainda mais desigualdades, como muito bem destacou Torres (2009):

[...] ao ensino superior foi estendida a gratuidade, sem que houvesse suficiência de recursos no orçamento, o que levou ao desequilíbrio no perfil do atendimento, aumentando-se as verbas nas universidades e diminuindo-se as da escola primária, para a alegria da classe rica, que preferencialmente usufrui da gratuidade do ensino superior (TORRES, 2009, p. 236-237).

Por certo que a Reserva do Possível deve ser invocada em alguns casos quando o assunto é a garantia fundamental à educação, e é razoável que assim seja, afinal, existem outras garantias fundamentais que também precisam ser protegidas, o que é resolvido, em muitos casos, pelas técnicas da ponderação e razoabilidade. A grande dificuldade é traçar o limite para invocação dessa cláusula, afinal, deve-se existir um núcleo intocável, que não pode ser afastado, nem mesmo ponderado.

Para saber qual é esse núcleo mínimo da educação, pode-se citar como primeiro marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que em seu artigo XXVI dispõe “todo

ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito”.

Assim, nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a educação elementar deverá ser gratuita e obrigatória, diferentemente da técnico-profissional e superior, que dependerão do mérito do indivíduo.

No Brasil essa educação chamada de elementar pode ser traduzida como educação básica, entendida, nos termos do artigo 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, como pré-escola, ensino fundamental e ensino médio.

Desta forma, a educação básica deve sim ter caráter irredutível, inafastável, sob pena de se atentar contra outros preceitos fundamentais básicos, tais como cidadania, dignidade da pessoa humana e democracia, que só são possíveis frente à uma população minimamente escolarizada.

O doutrinador Ricardo Lobo Torres assim entende sobre a aplicabilidade do mínimo existencial na ordem democrática de direito:

“A saída para a afirmação dos direitos sociais tem disso, nas últimas décadas: a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições de sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte que sobre excede os mínimos sociais na vida das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania (TORRES, 2009, p.53).

Ora, disponibilizar educação básica a todos não pode ser um problema de execução para o Estado e não pode vir a ser um problema para o cidadão, ao passo que o comando da máquina pública deve destinar recursos e esforços para que todos os brasileiros tenham, no mínimo, o ensino médio completo.

Trata-se de pensar o mínimo existencial em sua máxima potencialidade: educação básica gratuita e de qualidade.

Para alguns doutrinadores, como Ricardo Lobo Torres, na “educação: apenas o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, constituindo direito público subjetivo (art. 208, I, §1º), isto é, integrando-se ao catálogo dos direitos fundamentais e do mínimo existencial” (TORRES, 2009, p. 276-277).

No entanto, o ensino médio, como já discutido, também integra a educação básica, e mais do que isso, sem o ensino médio o indivíduo perde a oportunidade de decidir se pretende

ingressar em uma universidade ou não, perde o direito de escolha, já que a educação básica é requisito para ingresso no ensino superior.

[...] o judiciário também é legítimo para garantir a prestação de ensino médio. Negar o direito à educação a quem, por razões econômicas, não pode, ainda na adolescência, custear os seus estudos, não é tratar a todos como “dignos de igual respeito”, não é atribuir a todos “oportunidades” equivalentes: é impedir que os indivíduos situados nas camadas mais pobres da população possam realizar seus projetos de vida razoáveis, como o de escolher livremente a profissão (SOUZA NETO, 2010, p. 538).

Ocorre que mesmo esse mínimo não vem sendo considerado. Por detrás da aplicação da Constituição existe a insuficiência de agentes públicos que atuem em prol de políticas públicas, existem interesses políticos escusos que obstam investimentos em educação, há ausência de verbas, de material humano, de estrutura física e inúmeros outros fatores que são limitantes da prestação educacional. Assim, a solução que se chega é judicializar o direito positivado, a fim de se garantir a existência de, pelo menos, o mínimo ao ser.

Contudo, até mesmo o mínimo existencial está fadado ao fracasso, caso não sejam priorizados o direito daqueles que tem poucos recursos e caso não haja uma racionalização das decisões judiciais, que ensejem o sopesamento ao fornecimento do direito aos jurisdicionados não necessitados.

5 O ATIVISMO JUDICIAL VERSUS A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS: OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO

Como visto, é dever do Estado garantir o acesso do indivíduo à rede escolar, de forma gratuita, a partir dos quatro anos de idade, na pré-escola, até os dezessete anos, no ensino médio. Trata-se da chamada educação básica, o que se definiu no presente estudo ser o mínimo existencial de nível educacional para se resguardar a dignidade da pessoa humana e um dos pilares de atingimento da cidadania.

Todavia, essa obrigatoriedade nem sempre é respeitada, fazendo com que os indivíduos recorram ao judiciário para que as suas pretensões sejam satisfeitas. De fato, a judicialização é um meio legal de solução de conflitos explícito na CF/88, que determina em seu art. 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), que tem sido cada vez mais utilizada frente às omissões estatais.

Dentro desse cenário de constantes judicializações de políticas públicas, surge um movimento que vai além de simplesmente deduzir uma pretensão da norma, trata-se do ativismo judicial.

A idéia (sic) de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 14).

Não se quer com isso tratar o ativismo judicial como algo negativo, de forma alguma. Em tempos de omissões e violações de garantias fundamentais por parte do Estado, o judiciário pode e deve assumir esse caráter mais proativo, fazendo com que direitos de primeira ordem sejam resguardados.

A discussão aqui gira em torno do ativismo judicial em face da educação e em que medida esse ativismo pode ser um propulsor ou um dificultador das políticas públicas educacionais.

Apesar da legislação pátria garantir acesso à educação básica gratuita a todos, por certo que a educação deve ser considerada como uma prioridade para aqueles que não tem condições de arcar com uma educação privada e estão sendo despojados de utilização da educação pública pelos mais diversos motivos.

Mesmo sabendo que todos os cidadãos têm direito de acessar o judiciário, direito esse também expresso nos artigos 8º e 10º da Declaração Universal de Direitos Humanos³, a parcela de hipossuficientes que movimenta a máquina pública em seu favor, através do judiciário, é inferior aos que procuram a justiça e tem condições de contratarem procuradores particulares.

Os mais pobres continuam excluídos do acesso à justiça. Há alguns dados disponíveis em relação ao Estado de São Paulo. Em pesquisa que examinou todas as ações ajuizadas entre 1997 e 2004, verificou-se que, em 67,7% dos casos, os autores eram representados por advogados particulares - o que sugere a possibilidade de arcarem com os custos dos processos -, nada obstante, em 23,8%, possuem apoio de associações (SOUZA NETO, 2010, p. 533).

Assim, nesse ponto, o ativismo judicial pode ser considerado como um dificultador. Afinal, se juízes concedem direitos a todos os que ingressem em juízo em busca de vagas em

³ "Art. 8. Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os que violam os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela constituição e pela lei".

"Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de seus direitos e obrigações, seja da legitimidade de toda acusação em matéria penal dirigida contra ela" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

escolas públicas, indistintamente, levando-se por base, apenas, tratar-se de direito fundamental, e sabendo que a maior parte dos litigantes não atendem ao critério de hipossuficiência, essas decisões acabarão acarretando um desequilíbrio no orçamento e, por conseguinte, faltarão vagas para aqueles que realmente não tem outra opção, senão a escola pública.

Frisa-se que a educação básica, de qualidade, deve ser estendida a todos, o que não é razoável é, dentro do cenário atual, de déficit de vagas, sejam as existentes concedidas àqueles que as judicializarem. Ao magistrado, compete avaliar essas situações, o que certamente, não é tarefa fácil. Uma reação mais proativa do julgador em prol dos direitos fundamentais, pode acabar gerando um problema ainda maior de desigualdade social.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao retorno da discussão acerca do mínimo existencial. É certo que a educação, de uma forma geral, até mesmo o ensino superior e profissionalizante, trata-se de direito fundamental. Mas dentro desse direito existe um mínimo que não pode ser afastado, trata-se da educação básica, a partir dos 4 anos de idade.

Ocorre que existem decisões judiciais que extrapolam esse mínimo, obrigando o Estado a fornecer vagas para crianças com idade inferior a 4 anos, em creches.

Nesse sentido já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - ADMINISTRATIVO - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO À EDUCAÇÃO - CRECHE - PRÉ-ESCOLA - MENOR - COMPETÊNCIA - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. 1. Consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e as regras da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais (LODJ/MG), compete às varas de Infância e Juventude processar e julgar as causas nas quais se discutam direitos relacionados a crianças e adolescentes. 2. É dever do Estado garantir a educação às crianças até 5 (cinco) anos de idade em creche e pré-escola, competindo ao Município manter programas de educação infantil, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, área em que atuará prioritariamente (CF). 3. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido os honorários e as despesas deverão ser distribuídos entre eles de forma proporcional (art. 86 do CPC/2015), vedada a compensação (art. 85, § 14 do CPC/2015). REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA DE MENOR EM UMEI - AUSÊNCIA DE VAGAS - DEVER DO MUNICÍPIO - DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. - A matrícula de menor de seis anos de idade em creche ou outra instituição de ensino da rede municipal é direito amparado pelo ordenamento jurídico vigente, sendo dever do Poder Público propiciar o acesso ao atendimento educacional. V.V. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS - UNIDADE MUNICIPAL DE ENSINO INFANTIL (UMEI) - CRITÉRIOS DE INSERÇÃO. 1. A inserção de menores nas Unidades Municipais de Ensino Infantil (UMEI) deve obedecer às prioridades eleitas pelo gestor municipal, sob pena de comprometimento da proposta pedagógica. (TJMG - Remessa Necessária-Cv: 10024161327317001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 25/03/0018, Data de Publicação: 11/04/2018).

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - EDUCAÇÃO INFANTIL - CRIANÇA ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - CRECHE

E PRÉ-ESCOLA - PODER JUDICIÁRIO: INTERVENÇÃO: LEGITIMIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL: CONCRETIZAÇÃO - SEPARAÇÃO DE PODERES: TRANSGRESSÃO: INOCORRÊNCIA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE. 1. Predomina no Supremo Tribunal Federal (STF) o entendimento de que é legítima a intervenção do Poder Judiciário na concretização de direito fundamental à educação infantil, sem importar transgressão do postulado da separação de poderes. 2. "A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola" (CF, art. 208, IV). (TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10702180063407001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 22/01/2019, Data de Publicação: 30/01/2019).

O Supremo Tribunal Federal também deu à situação semelhante o mesmo entendimento que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao caso, vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATRÍCULA DE CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO ART. 6º DA EC 59/2009. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). Precedentes. II – A alegada necessidade de observância do art. 6º da Emenda Constitucional 59/2009, suscitada no agravo regimental, não foi arguida no recurso extraordinário. É incabível a inovação de fundamento em agravo regimental. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (STF - ARE: 646953 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 29/11/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 13-12-2011 PUBLIC 14-12-2011)

Com base no entendimento do capítulo anterior, cabe ao Estado garantir o máximo do mínimo existencial, estando as creches, apesar de essenciais, fora desse núcleo mínimo.

Ao obrigar o Estado a conceder vagas em creches a todos os litigantes, o julgador assume uma postura ativista, como se verifica pelas decisões colacionadas. Se vale o julgador do mandamento constitucional, sem se atentar para as legislações infraconstitucionais, que delimitam a matéria e, principalmente, para a possibilidade orçamentária do Estado.

Quando isso ocorre, dois problemas sobressaem. O primeiro diz respeito à possível falta de vagas em creches para aqueles que realmente são hipossuficientes, e, segundo, porque privilegiando a educação infantil, o núcleo mínimo da educação – a educação básica - poderá ficar prejudicado, dada a insuficiência orçamentária.

Posto isso, entende-se que as garantias fundamentais devem ser respeitadas pelo poder executivo, no entanto, as decisões judiciais acerca das políticas públicas precisam ter como limitador o mínimo existencial e, ainda, a condição econômica daquele que o pleiteia.

Não é crível que toda a política pública educacional quando judicializada seja julgada procedente, sob pena de tirar o direito daquele hipossuficiente, que de fato necessita de forma relevante e urgente da educação básica custeada pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização de políticas públicas voltadas à educação tem se tornado cada vez mais comum, principalmente no que se refere à educação infantil. Muitas são as famílias que pleiteiam vagas em creches para seus filhos e que tem a demanda julgada procedente, sob o argumento de que a educação é garantia fundamental e, como tal, não pode ser negligenciada pelo Estado.

Demonstrou-se que, de fato, a educação em todos os níveis, deve ser entendida como garantia fundamental. No entanto, em razão da expansão das garantias fundamentais na CF/88, muitas das previsões assumem caráter meramente programático. Assim, apesar de a Constituição prever o direito à moradia como garantia fundamental, por exemplo, as verbas orçamentárias disponíveis inviabilizam que o Estado construa uma casa para cada indivíduo deste país.

No entanto, dentro de cada garantia fundamental existe um mínimo que não pode sofrer interferências da falta de recursos públicos, trata-se do chamado mínimo existencial. Na educação esse mínimo a ser respeitado é o ensino básico, compreendido entre a pré-escola, a partir dos 04 anos de idade, até o ensino médio.

Dentro desse lapso, o Estado fica obrigado a fornecer educação gratuita, e, caso não o faça, o cidadão poderá pleitear via judicial a sua pretensão.

Ao judiciário, cabe analisar a demanda, respeitando-se esse mínimo existencial, mas também avaliando a capacidade econômico-financeira daquele que ingressa em juízo, sob pena de, ao invés de resguardar direitos, acentuar as desigualdades existentes, isso porque os menos privilegiados economicamente são os que necessitam com mais prioridade e urgência do poder público, visto que não possuem outra alternativa senão o amparo estatal.

Em razão disso, as medidas judiciais mais proativas, de forma a provocar ingerências na gestão pública indiscriminadamente, sem a análise fundamentada das peculiaridades trazidas, poderá atribuir um efeito reverso à garantia fundamental à educação, que ao invés de resguardar a educação básica a todos, acabará privilegiando alguns em níveis educacionais que nem mesmo se encontram dentro do núcleo do mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário oficial da União**. Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Remessa Necessária 10024161327317001**. Relator: Oliveira Firmino. Belo Horizonte, 25 de março de 2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565510718/remessa-necessaria-cv-10024161327317001-mg/inteiro-teor-565510768>. Acesso em: 30 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Remessa Necessária 10702180063407001**. Relator: Oliveira Firmino. Belo Horizonte, 22 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/669233503/remessa-necessaria-cv-10702180063407001-mg?ref=serp>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 646953/SP**. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 29 de novembro de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22924575/recurso-extraordinario-com-agravo-are-646953-sp-stf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 26 nov. 2019.

DOURADO, Luiz Fernandes; OLIVEIRA, João Ferreira. A qualidade da Educação: perspectivas e desafios. **Cad. Cedes**, Campinas, v.29, n.78, p. 201-215, mai./ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v29n78/v29n78a04.pdf>. Acesso em: 12 de abr. de 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua** – Notas técnicas. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em:
https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/00e02a8bb67cdedc4fb22601ed264c00.pdf. Acesso em 08.dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. A efetivação de direitos fundamentais: a relação entre o desenvolvimento e o plexo constitucional. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 22, p. 199-223, jul./dez. 2014. Disponível em <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/449/436>. Acesso em: 30 nov. 2019.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do Possível e o Mínimo Existencial: Embate entre Direitos Fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013 Disponível em:
<https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>. Acesso em: 14 de abr. de 2020.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sócias em espécie**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro. Lumem Iuris, 2010. P. 515-551.

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