



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

WILLIAN ALVES DE SOUZA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO PROCESSO
COLETIVO: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL**

JACAREZINHO – PR

2023



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

WILLIAN ALVES DE SOUZA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO PROCESSO
COLETIVO: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Área de concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão.

Linha de pesquisa: Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito.

JACAREZINHO – PR

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

Sc Souza, Willian Alves de
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO
PROCESSO COLETIVO: instrumentos para efetivação do
direito fundamental à educação no âmbito municipal /
Willian Alves de Souza; orientador Jaime Domingues
Brito - Jacarezinho, 2023.
236 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) -
Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação
em Ciência Jurídica, 2023.

1. Direito fundamental à educação. 2. Políticas
públicas. 3. Orçamento público. 4. Controle judicial.
5. Efetividade da decisão judicial. I. Brito, Jaime
Domingues, orient. II. Título.

WILLIAN ALVES DE SOUZA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO PROCESSO
COLETIVO: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Área de concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão.

Linha de pesquisa: Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito.

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Membro 2

Membro 3

Coordenador do curso: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Dedico este trabalho à minha filha Lívia, por ter me ensinado o real sentido do amor verdadeiro e por despertar em mim o desejo de ser melhor a cada dia, a fim de que possa proporcionar-lhe uma boa educação e guiá-la sempre pelo caminho do bem.

AGRADECIMENTOS

Antes mesmo de tentar a seleção para o Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), várias vezes me peguei pensando se seria capaz de concluir esta jornada. Na dúvida entre o sim e o não, resolvi arriscar e, então, consegui a classificação. Em razão da pandemia causada pela COVID-19, foi possível cumprir todos os créditos e as demais atividades de forma remota ainda no ano de 2021. Durante a pesquisa, foram várias noites em claro e finais de semana sem contato com os familiares. Somado ao labor da pesquisa, era preciso conciliar trabalho, família e outras atividades particulares. A tarefa não foi fácil, mas, enfim, consegui finalizar o presente trabalho e, agora, com a sensação de dever cumprido, é preciso agradecer a todos aqueles que sempre estiveram ao meu lado e me apoiaram nos mais diversos momentos.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me dado paciência, força e conhecimento necessário para concluir este trabalho.

Agradeço também aos meus pais, Elizur e Ivone, por sempre terem me guiado pelo caminho do bem com muito amor, carinho e compreensão e, ainda, por terem me proporcionado uma boa educação que me auxiliou a ser um homem de bons princípios.

Agradeço à minha esposa Daniele e à minha filha Lívia, por dividirem comigo momentos bons e ruins e, ainda, por dispensarem amor, paciência e apoio necessários para que eu pudesse prosseguir com meus estudos e concluir este trabalho.

Agradeço ao meu orientador, professor Doutor Jaime Domingues Brito, por ter sido o meu mentor, conselheiro e amigo, me auxiliando com sua sabedoria para que conseguisse alcançar o meu objetivo final.

Agradeço aos meus amigos, colegas e professores que sempre estiveram presentes durante esta jornada, acreditando em mim e dando suporte ao meu objetivo.

Agradeço, ainda, a todos aqueles que, de alguma forma, me auxiliaram nesta caminhada, permitindo-me hoje apresentar este trabalho

A todos, o meu mais verdadeiro e imenso obrigado.

“Não basta ensinar ao homem uma especialidade. Porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto. A não ser assim, ele se assemelhará, com seus conhecimentos profissionais, mais a um cão ensinado do que a uma criatura harmoniosamente desenvolvida.” (Albert Einstein).

A aprovação da presente Dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

SOUZA, Willian Alves de. Controle jurisdicional de políticas públicas no processo coletivo: instrumentos para a efetivação do direito fundamental à educação no âmbito municipal. 2023. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de verificar se o microsistema processual coletivo disponibiliza ao Poder Judiciário instrumentos suficientes e eficazes para que consiga, dentro de um controle de políticas públicas, concretizar de forma efetiva o direito à educação no âmbito municipal. Assim, fazendo uso do método hipotético-dedutivo aliado ao emprego do procedimento técnico de pesquisa bibliográfica, com objetivo exploratório e abordagem qualitativa, objetiva-se demonstrar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, bem como elencar os instrumentos colocados à disposição do juízo do processo coletivo para dar efetividade ao direito fundamental à educação nos Municípios. Para tanto, aborda as principais características do neoconstitucionalismo e sua contribuição para a fundamentalidade dos direitos, realizando o estudo do direito fundamental social à educação, consistente no debate jurídico sobre sua eficácia e aplicabilidade, bem como sua organização no âmbito municipal. Após, realiza a análise das políticas públicas de educação e o impacto que as escolhas discricionárias do administrador causa no orçamento público, ocasião em que explica o conceito de políticas públicas e o ciclo de sua formação, aborda o orçamento público por meio das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) para, em seguida, trabalhar a teoria da reserva do possível quando do impacto orçamentário das políticas públicas educacionais. Adiante, trata do controle jurisdicional de políticas públicas tendo como parâmetro o processo estrutural, demonstrando a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, bem como a inexistência de violação ao princípio da interdependência entre os poderes e à discricionariedade administrativa. Ao final, aponta os instrumentos do processo coletivo para efetivação judicial das políticas públicas de educação nos Municípios. Com isso, infere-se que existem mecanismos suficientes e eficazes para dar efetividade à decisão judicial que determina ao Poder Público a formulação e implementação de políticas públicas para prestação adequada do direito fundamental à educação, garantindo-se a satisfação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Direito fundamental à educação. Políticas públicas. Orçamento público. Controle judicial. Efetividade.

SOUZA, Willian Alves de. Jurisdictional control of public policies in the collective process: instruments for the realization of the fundamental right to education at the municipal level. 2023. Dissertation (Master in Juridical Science). Northern Parana State University Law School (UENP), Jacarezinho – PR.

ABSTRACT

The present study aims to verify whether the collective procedural microsystem provides the Judiciary with sufficient and effective instruments so that it can, within a control of public policies, effectively implement the right to education at the municipal level. Thus, making use of the hypothetical-deductive method combined with the use of the technical procedure of bibliographic research, with an exploratory objective and qualitative approach, the objective is to demonstrate the possibility of judicial control of public policies, as well as to list the instruments made available to the court of the collective process to give effect to the fundamental right to education in municipalities. To this end, it addresses the main characteristics of neoconstitutionalism and its contribution to the fundamentality of rights, carrying out the study of the fundamental social right to education, consistent with the legal debate on its effectiveness and applicability, as well as its organization at the municipal level. Afterwards, it analyzes public education policies and the impact that the administrator's discretionary choices cause on the public budget, at which time it explains the concept of public policies and the cycle of their formation, addresses the public budget through budget laws (PPA, LDO and LOA) to then work on the theory of the reserve of the possible when faced with the budgetary impact of public educational policies. Further on, it deals with the jurisdictional control of public policies having the structural process as a parameter, demonstrating the difference between judicialization of politics and judicial activism, as well as the lack of violation of the principle of interdependence between powers and administrative discretion. In the end, it points out the instruments of the collective process for the judicial implementation of public educational policies in the municipalities. With this, it is inferred that there are sufficient and effective mechanisms to give effect to the judicial decision that determines the Public Power to formulate and implement public policies for the adequate provision of the fundamental right to education, guaranteeing the satisfaction of the dignity of the human person.

Keywords: Fundamental right to education. Public policies. Public budget. Judicial control. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL	15
1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.....	28
1.3 DISCIPLINA NORMATIVA INTERNACIONAL E INTERNA DO DIREITO À EDUCAÇÃO.....	33
1.4 DIMENSÕES SUBJETIVAS E OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.....	45
1.5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.....	50
1.6 DA ORGANIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL.....	61
2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO PÚBLICO MUNICIPAL	71
2.1 CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA.....	72
2.2 CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	78
2.3 ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ESTUDOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	95
2.4 ORÇAMENTO PÚBLICO COMO MECANISMO BALIZADOR DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL.....	104
2.4.1 Plano Plurianual (PPA)	109
2.4.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)	113
2.4.3 Lei Orçamentária Anual (LOA)	116
2.5 POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE EDUCAÇÃO E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO PÚBLICO: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	119
3 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS INSTRUMENTOS DISPONÍVEIS AO JUÍZO DO PROCESSO COLETIVO PARA GARANTIR A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO	

MUNICIPAL	137
3.1 PROCESSO ESTRUTURAL COMO REFLEXO DO PROCESSO COLETIVO E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO.....	138
3.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICAS <i>VERSUS</i> ATIVISMO JUDICIAL	157
3.3 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	163
3.3.1 Princípio da Separação (interdependência) de Poderes (funções).....	173
3.3.2 Discricionariedade administrativa	177
3.3.3 Reserva do possível <i>versus</i> mínimo existencial	181
3.4 INSTRUMENTOS DO PROCESSO COLETIVO PARA EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO NOS MUNICÍPIOS.....	186
3.4.1 Aplicação de multa cominatória (<i>astreintes</i>)	191
3.4.2 Aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça.....	196
3.4.3 Responsabilização criminal	198
3.4.4 Responsabilização por ato de improbidade administrativa?	202
3.4.5 Intervenção político-administrativa	205
3.4.6 Controle jurisdicional do orçamento público	208
CONSIDERAÇÕES FINAIS	217
REFERÊNCIAS.....	221

INTRODUÇÃO

Com o aprofundamento e expansão da democracia, atualmente, o principal objetivo do Estado é a satisfação do interesse público por meio do desenvolvimento de diversas ações em diferentes áreas, tais como educação, saúde, segurança pública, entre outras. Para tanto, os governos formulam e implementam políticas públicas, assim compreendidos como o conjunto de ações, metas e planos traçados pelos governos para alcançar o bem-estar social e satisfazer o interesse da coletividade.

Não obstante a elaboração de políticas públicas estar inserida no campo da discricionariedade administrativa, a Constituição Federal de 1988 traz, em seu texto, o direito à educação, que deve ser prestado em regime de colaboração por todos os Entes federativos e de forma gratuita. Ocorre que esta atividade prestacional gera custos para o Poder Público que, em contrapartida, dispõe de recursos públicos cada vez mais limitados.

Portanto, sendo o orçamento público um instrumento de organização e planejamento do governo, os Poderes Executivo e Legislativo devem melhor distribuir os recursos público de maneira a atender de forma suficiente o maior número de direitos fundamentais possível. Ocorre que, não raras vezes, tais Poderes políticos estão mais preocupados em realizarem interesses pessoais ou político-partidário e acabam omitindo-se na formulação de políticas públicas ligadas ao direito fundamental à educação, gerando um cenário de exclusão social de determinado grupo, o que leva os legitimados legais a proporem ações coletivas no anseio de buscar a atuação do Poder Judiciário que, após provocado, pode intervir nas políticas públicas para garantir que os direitos fundamentais (no caso, o direito à educação) sejam concretizados de maneira adequada à satisfação da dignidade da pessoa humana.

Logo, este trabalho tem como objetivo demonstrar que, no âmbito da judicialização das políticas públicas, o Poder Judiciário dispõe de diversos instrumentos suficientes e eficazes para dar efetividade às suas decisões que, no controle das políticas públicas, determinam a concretização do direito fundamental à educação pelos Municípios.

Para tanto, inicialmente aborda-se o direito fundamental à educação no âmbito municipal, comentando sobre as inovações trazidas pelo neoconstitucionalismo,

sobretudo acerca da expansão e consagração dos direitos fundamentais para, então, possibilitar a classificação do direito à educação dentro do rol dos direitos fundamentais sociais. Além disso, será feita uma digressão acerca da disciplina normativa internacional e interna sobre o direito à educação, bem como suas dimensões subjetiva e objetiva. Ao final deste capítulo, demonstrar-se-á que as normas constitucionais referentes ao direito à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata para, então, tratar da organização do direito fundamental à educação no âmbito municipal.

Em seguida, o presente trabalho fará uma análise das políticas públicas de educação, bem como seu impacto no orçamento público. Nesse esteio, será abordado o conceito de política pública, bem como os ciclos que compõem o seu desenvolvimento para, então, fazer-se um estudo sobre a discricionariedade administrativa utilizada na elaboração da política pública. Ainda neste capítulo, será feito um estudo sobre o orçamento público municipal como instrumento de planejamento e organização da atividade pública, especialmente no que se refere ao Plano Plurianual (PPA), à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e à Lei Orçamentária Anual (LOA). Ao final, buscar-se-á trazer os impactos orçamentários trazidos pelas políticas públicas de educação e suas consequências à luz da Teoria da Reserva do Possível, constantemente alegada pelo Poder Público em sede de defesa processual.

No terceiro e último capítulo, o principal objetivo será efetivamente responder à indagação posta como problematização deste trabalho, a saber: se existem instrumentos suficientes e eficazes colocados à disposição do juízo do processo coletivo para que possa realizar o controle de políticas públicas e, assim, dar efetividade ao direito fundamental à educação no âmbito municipal?

Para responder a problematização proposta, o terceiro capítulo se preocupará, inicialmente, com a necessidade de reestruturação de políticas públicas de educação por meio de um processo coletivo estrutural. Em seguida, será traçado um paralelo entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Continuando, abordar-se-á a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas explicando que sua ocorrência não viola o Princípio da Separação (interdependência) entre os Poderes (funções), nem a discricionariedade administrativa e, tampouco, poderá prevalecer a tese da reserva do possível em face da garantia do mínimo existencial. Por fim, o objetivo será elencar quais instrumentos o processo coletivo disponibiliza ao magistrado para efetivação judicial das políticas públicas de educação nos municípios.

Dentre os instrumentos disponíveis para coagir o gestor público a elaborar e implementar políticas públicas de educação nos Municípios, destacam-se a aplicação de multa cominatória (*astreintes*) e multa por ato atentatório à dignidade da justiça, a responsabilização criminal, a intervenção político-administrativa, podendo o Estado intervir no Município e, por último e como um dos mais drásticos instrumentos de intervenção, o controle jurisdicional do orçamento público, podendo o Poder Judiciário intervir no orçamento público de forma prévia (nos orçamentos futuros) ou concomitante (nos orçamento vigente).

Assim, a análise detalhada dos temas propostos juntamente com as regras e princípios estabelecidos no Texto Constitucional de 1988, os quais, aliados a uma interpretação lógica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015 e do microssistema processual coletivo, serão de extrema relevância para o desenvolvimento da hipótese proposta, no sentido de que o processo coletivo é capaz de proporcionar ao Poder Judiciário instrumentos eficazes para determinar ao Poder Público municipal a implementação de políticas públicas, sobretudo no que se refere ao direito fundamental à educação, garantindo a máxima efetividade deste direito.

Caminhando nesta direção, será possível compreender a legitimidade da intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, podendo controlar sua elaboração, implementação e execução sem que essa atuação viole o Princípio da Separação (interdependência) dos Poderes (funções), a discricionariedade administrativa e a Teoria da Reserva do Possível. Sendo assim, esse controle jurisdicional visa apenas a proteção da Constituição Federal de 1988 para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais (no caso em análise, o direito à educação), resguardando a dignidade da pessoa humana.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL

O estudo sobre o direito fundamental à educação pauta-se em uma análise e interpretação de sua estrutura normativa no ordenamento jurídico nacional e, também, em âmbito internacional. Além disso, ao lado de uma investigação eminentemente teórica da ciência jurídica, busca-se efetivar uma abordagem dialética do direito fundamental à educação no âmbito municipal, no intuito de alinhar os institutos jurídicos disponíveis para realização da dignidade da pessoa humana.

Nesse mister, para entender a posição jurídica do direito à educação como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 e alcançar a importância que o assunto merece, sobretudo no âmbito dos Municípios, trilha-se um caminho baseado em normas, valores e princípios constitucionais que realçam a fundamentalidade do referido direito no desenvolvimento do indivíduo, bem como sua preparação para o exercício da cidadania e qualificação profissional.

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da segunda metade do século XX, a ciência jurídica passou por uma significativa transformação, obrigando o operador do Direito a adaptar-se às novas metodologias com o intuito de proteger os direitos humanos e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Isso não significou o abandono dos “velhos” pilares sobre o qual se sustentou o Direito por muitos anos, como, por exemplo, a Teoria Geral do Direito e a História do Direito (DIDIER Jr., 2017, p. 47), mas a necessidade de uma evolução e aprimoramento da força normativa exercida pela Constituição Federal sobre as relações individuais e sociais, bem como o seu papel na interpretação do Direito como um todo (CAMBI, 2008, p. 98).

Esta nova fase da hermenêutica constitucional passou a ser denominada de neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo), destacando-se pela concretização das ideias pós-positivistas lançadas pelo constitucionalismo moderno após a Segunda Guerra Mundial (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 67), notadamente pela forte inserção de princípios e de normas programáticas nos textos constitucionais de diversos países, tornando-os cada vez mais amplos e analíticos, como é o caso da Constituição Brasileira de 1988, da Constituição Espanhola de 1978, da Constituição

Portuguesa 1976, dentre outras (BARROSO, 2006, p. 2).

Diferente dos momentos anteriores experimentados pelo constitucionalismo, baseados em uma visão positivista lastreada na primazia da lei por meio de uma interpretação fria da norma como forma de limitação do poder (CANOTILHO, 1993, p. 64), o neoconstitucionalismo surgiu com a finalidade de alterar esse paradigma, albergando a Constituição como núcleo do ordenamento jurídico para que a interpretação do Direito se voltasse à efetivação dos direitos fundamentais. Com propriedade, Walber de Moura Agra (2018, p. 82) pontua que “o caráter ideológico do constitucionalismo clássico era apenas o de limitar o poder, dentro do delineamento estabelecido pela separação dos poderes, enquanto o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”.

Para Leonardo Augusto Gonçalves (2009, p. 120), o neoconstitucionalismo representa um novo modelo de hermenêutica jurídica e compreensão da Constituição, voltado para a concretização dos direitos fundamentais nela consagrados e, conseqüentemente, pela realização da dignidade da pessoa humana, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O termo “neoconstitucionalismo” é formado pelo prefixo “neo”, que significa novo”, de maneira que, gramaticalmente falando, haveria um “novo” constitucionalismo. Porém, segundo apontado por Ana Paula de Barcellos (2005, p. 83-84), no surgimento de uma nova fase de determinado movimento, embora existam elementos particulares e inovadores, sempre haverá, também, alguns traços característicos das fases antecessoras, e assim ocorre com a etapa contemporânea do constitucionalismo, que não conseguiu se desprender por completo do constitucionalismo moderno.

O prefixo *neo* parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história, [...]. (BARCELLOS, 2005, p. 83-84).

No mesmo sentido, Lenio Luis Streck (2017, p. 92) esclarece que “a ideia de um *neoconstitucionalismo* pode induzir ao equívoco de que esse movimento proporcionaria a superação de outro constitucionalismo”[...]. Diante desta colocação,

Lenio Streck conclui seu raciocínio pontuando que “na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade que agrega as novas conquistas que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”.

Conforme pontua Fredie Didier Jr. em nota de rodapé (2017, p. 50), uma das primeiras vozes a utilizar a expressão “neoconstitucionalismo” foi a doutrinadora italiana Susanna Pozzolo¹. Contudo, é preciso ter cuidado com o significado desta expressão, já que suas perspectivas e a forma de aplicação pelos seus adeptos podem ser dissonantes, tanto que Bernardo Gonçalves Fernandes (2007, p. 58) assevera que “existiriam *neoconstitucionalismos* e não apenas ‘*um neoconstitucionalismo*’, conforme inclusive apregoa a famosa coletânea² do professor mexicano Miguel Carbonell publicada em 2003 na Espanha”. Também no mesmo sentido, Daniel Sarmiento frisa que:

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogênea, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Por outro lado, tanto entre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez justifique que sejam agrupadas sob o mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma compreensão mais precisa. (SARMENTO, 2009, p. 11-12).

Diante da controvérsia sobre as perspectivas ideológicas lançadas pelos expoentes do neoconstitucionalismo, é praticamente impossível precisar o momento exato que marcou o seu surgimento (BULOS, 2014, p. 80). Luiz Roberto Barroso (2006, p. 2), um dos precursores do neoconstitucionalismo na doutrina brasileira (ao

¹ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación Constitucional. *Doxa*, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacion-constitucional>. Acesso em 06 out. 2021.

² A coletânea organizada por Miguel Carbonell, que alberga textos de vários autores renomados, recebe o nome de “*Neoconstitucionalismo(s)*”, publicada pela Editorial Trotta (Madrid) em 2003.

lado de Daniel Sarmento, Lenio Luiz Streck, Paulo Ricardo Schier, Écio Oto Ramos Duarte, dentre outros), aponta três marcos fundamentais responsáveis pelo surgimento dessa nova fase do Direito Constitucional, a saber: o histórico, o filosófico e o teórico.

Para Barroso (2006, p. 2), o marco histórico do neoconstitucionalismo na Europa continental foi a reconstitucionalização ocorrida após a Segunda Guerra mundial. Reforçando essa tese, Uadi Lamêgo Bulos (2014, p. 80) explica que, para os “neoconstitucionalistas”, o neoconstitucionalismo surgiu na Europa, a partir da Segunda Guerra Mundial, na época de nascimento do Estado Constitucional Social.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. (BARROSO, 2006, p. 3).

Segundo bem exposto por Eduardo Cambi, (2008, p. 95), com o fim da guerra e a derrota dos regimes totalitários (principalmente o nazismo e o fascismo), era preciso estabelecer um catálogo de direitos e garantias fundamentais para proteger o indivíduo contra os abusos e violações praticados pelo Estado ou por qualquer detentor do poder. Além disso, também era preciso fortificar uma jurisdição constitucional como mecanismo de controle efetivo da Constituição.

Por sua vez, também aponta Barroso (2006, p. 3) que, no Brasil, o marco histórico do neoconstitucionalismo foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual destacou-se por seu espírito principiológico e redemocratizador, marcando a transição de um Estado autoritário e intolerante para um Estado democrático de direito com ascensão dos direitos fundamentais.

Como marco filosófico do neoconstitucionalismo, Barroso (2006, p. 4) aponta o pós-positivismo, caracterizado pela superação da dicotomia entre jusnaturalismo (que pregava a aproximação entre a lei e a razão na busca de princípios de justiça universalmente válidos) e positivismo (que defendia a equiparação entre o Direito e a lei na busca de uma objetividade científica). Assim, sem recorrer à metafísica e sem desprezar o direito posto, o pós-positivismo buscou realizar uma leitura moral da

ciência jurídica, indo além da legalidade estrita, de maneira que o operador realizasse reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (BARROSO, 2006, p. 4).

Segundo Eduardo Cambi (2008, p. 97), o modelo pós-positivista distingue as normas em regras e princípios, dando força normativa aos últimos, que deixam de ser meros instrumentos utilizados na colmatação de lacunas, passando a ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos para ampliar a efetividade da Constituição.

Por fim, em relação ao marco teórico do neoconstitucionalismo, Barroso (2006, p. 5) destaca 3 (três) grandes fatores que transformaram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional, a saber: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Na Europa, durante o século XIX até meados do século XX, a Constituição era tida como um instrumento essencialmente político voltado à atuação dos Poderes Públicos, sendo que a concretização das propostas contidas em seu texto dependia da atuação legislativa e da discricionariedade administrativa, de maneira que o Poder Judiciário funcionava como mero expectador em relação ao conteúdo das normas constitucionais (BARROSO, 2006, p. 5).

Contudo, a partir da segunda metade do século XX, houve uma mudança de paradigma, já que a Constituição passou a ser o “principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa” (DIDIER Jr., 2017, p. 48), ou seja, a norma constitucional foi reconhecida pela comunidade jurídica como sendo uma “norma jurídica”, carregada de força normativa e caráter vinculante e obrigatório. “Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado” (BARROSO, 2006, p. 5).

O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social,

independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. (SARMENTO, 2009, p. 31-32).

No mesmo sentido, reforçando a ideia sobre o reconhecimento da força normativa da Constituição, Eduardo Cambi assim entende:

Afirmar que as normas constitucionais têm *força normativa* é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. [...]. Com efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam *normas constitucionais programáticas* que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa. (CAMBI, 2008, p. 98) (destacado no original).

No Brasil, até a década de 80, pode-se dizer que as Constituições se equiparavam a um livro repleto de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata (SARMENTO, 2009, p. 22). Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a doutrina e a jurisprudência começaram a firmar debates mais consistentes sobre a força normativa da Constituição, porém, com grande resistência de incorporação institucional, já que o país acabava de experimentar um regime autoritário e intransigente, havendo complexidades para a concretização de uma nova ordem jurídica (BARROSO, 2006, p. 3).

Então, o reconhecimento da força normativa da Constituição fez com que houvesse a transição de um modelo de Estado legislativo para um modelo de Estado constitucional, com a conseqüente constitucionalização do Direito, ocorrendo uma irradiação das normas e valores constitucionais (sobretudo aquelas relacionadas aos direitos fundamentais) para todo o ordenamento jurídico, isto é, as normas constitucionais, possuindo força normativa, devem ser observadas por toda a ordem jurídica nacional, condicionando a interpretação e aplicação do Direito. (FERNANDES, 2017, p. 61).

Por sua vez, a expansão da jurisdição constitucional, fenômeno derivado da força normativa de todas as normas constitucionais (inclusive as programáticas), teve início após o novo período de reconstitucionalização do Direito a partir da década de 40 (BARROSO, 2006, p. 6) e vem ganhando destaque até os dias atuais em razão da expansão da litigiosidade decorrente da ampliação do acesso à justiça (CAMBI, 2008, p. 99), principalmente após a publicação da obra “Acesso à Justiça”, de Mauro

Cappelletti e Bryan Garth, que marca a fase instrumentalista do Processo Civil moderno.

Segundo Cappelletti e Garth (1988), para que haja a ampliação do acesso à justiça, os ordenamentos jurídicos, de um modo geral, devem observar três movimentos, a saber: a) tutela dos necessitados; b) representação em juízo dos direitos transindividuais; e c) efetividade das decisões judiciais.

Em relação à tutela dos necessitados, tem-se que o processo somente será um instrumento de acesso à justiça a partir do momento em que a pessoa pobre (na acepção financeira do termo) puder ingressar em juízo na busca de proteção ao seu direito. Com base nesse movimento nasce a gratuidade da justiça, os Juizados Especiais, a Justiça do Trabalho gratuita, entre outros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-33).

Quanto à representação em juízo dos direitos transindividuais, nasceu o processo coletivo em razão da necessidade de se tutelar 3 (três) tipos de direitos: direitos de titularidade indeterminada, direitos economicamente desinteressantes do ponto de vista individual e direitos cuja tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade e utilidade do sistema (litígios repetitivos). Assim, o processo coletivo surgiu não como negação ao processo individual, mas da necessidade real de se reformular conceitos processuais civis tradicionais com a finalidade de adequá-los à tutela dos direitos transindividuais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-51).

Por fim, no que tange à efetividade das decisões judiciais, é preciso destacar que o processo somente será um instrumento de acesso à justiça se ele for efetivo (art. 15, CPC). Assim, para Cappelletti e Garth (1988, p. 67-73), é preciso que a representação dos interesses transindividuais seja adequada e que as decisões judiciais tenham validade e efetividade, de maneira que, na condução do processo, o magistrado contorne os obstáculos burocráticos e formais para que a prestação jurisdicional seja efetiva. Diante desse cenário, Renata Bolzan Jauris e Luiz Fernando Bellinetti (2018, p. 47) muito bem explicam que os magistrados precisam abandonar o tradicional papel de mero expectador para tornarem-se criativos e inovadores na condução do processo e aplicação do direito.

Ainda em relação à expansão da jurisdição constitucional, Barroso (2006, p. 6) explica que até meados de 1940 predominava na Europa o modelo de supremacia do Poder Legislativo, como era o caso do Parlamento inglês e da concepção francesa de que a lei era a expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, houve a

ascensão do modelo norte-americano pautado na Supremacia da Constituição, com incorporação dos direitos fundamentais no texto constitucional, tornando-os imunes em relação ao processo legislativo para encontrar proteção junto ao Poder Judiciário. Nessa toada, vários países Europeus (p. ex., Alemanha, Itália, Grécia, Espanha, Portugal, Bélgica, entre outros) adotaram a criação de Tribunais Constitucionais com modelos próprios de controle de constitucionalidade.

Como último fator do marco teórico do neoconstitucionalismo, Barroso (2006, p. 7) destaca o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Para o referido autor, a interpretação jurídica tradicional limita-se nas figuras da norma e do juiz, na medida que cabe à norma trazer soluções abstratas para problemas jurídicos, enquanto cumpre ao juiz identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema concreto a ser resolvido. Contudo, em razão da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, as premissas da interpretação jurídica tradicional ficaram fragilizadas, já que, muitas vezes, o texto abstrato da norma não é capaz de resolver os problemas jurídicos, sendo necessário encontrar respostas para os mesmos sob a ótica da Constituição e à luz do caso concreto. Quanto ao juiz, não lhe cabe revelar apenas a solução contida no texto legal, devendo atuar na criação do Direito, interpretando e realizando escolhas entre várias soluções possíveis (BARROSO, 2006, p. 8).

Fato é que os elementos tradicionais de interpretação do Direito (gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico) e os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos (hierárquico, temporal e espacial) apresentam-se satisfatórios quando aplicados às regras, mas não são efetivos em relação aos princípios jurídicos, vistos que estes não apresentam soluções fixas e imutáveis, mas, ao contrário, podem trazer respostas flexíveis que exigem uma ponderação de valores por parte do intérprete (CAMBI, 2008, p. 107).

Nesse sentido, Barroso (2006, p. 8) aponta que essa nova interpretação constitucional pode ser concretizada pelo estudo de diferentes categorias, como é o caso das cláusulas gerais, dos princípios constitucionais, da colisão existente entre normas constitucionais, da ponderação realizada entre direitos fundamentais e, ainda, por meio da argumentação jurídica.

Diante do que até foi exposto, nota-se que o neoconstitucionalismo traduz uma evolução da hermenêutica jurídica em razão das transformações ocorridas nos Estados e em suas Constituições (reconhecimento da força normativa da

Constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional), as quais passaram a ser o núcleo do ordenamento jurídico para que a interpretação do Direito seja realizada no sentido de dar a maior efetividade aos direitos fundamentais.

Um dos pontos mais fortes trazidos pelo neoconstitucionalismo certamente foi a “expansão e consagração dos direitos fundamentais, que impõem ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana [...]” (DIDIER Jr., 2017, p. 49). Logo, é praticamente impossível estudar o neoconstitucionalismo sem compreender a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina, não raras vezes, considera como sinônimas as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Contudo, a posição mais acertada parece ser aquela que considera os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” como normas jurídicas exigíveis, inclusive judicialmente, separando-se apenas em relação ao plano de positivação, pois enquanto os primeiros estariam positivados na Constituição de determinado Estado, os segundos avançam para o plano internacional, sendo positivados em Tratados e Convenções Internacionais de maneira a buscarem uma validade universal (SCARPA, 2021, p. 27). No mesmo sentido, Fernando de Brito Alves assim leciona:

Conceitualmente, os direitos fundamentais se distinguiriam dos direitos humanos apenas quanto às funções que desempenham nos sistemas jurídicos, de modo que os direitos fundamentais possuem uma função normativa em cada Estado, estabelecendo direitos sindicáveis, inclusive judicialmente, enquanto os direitos humanos guardam uma referência mais estreita com a natureza do ser humano, desempenhando uma função nomogenética (com relação aos direitos fundamentais) e translativa (quando promove o deslocamento de questões da ordem interna para a externa, no tocante à proteção dos direitos fundamentais) (ALVES, 2013, p. 251)

Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 320-321) explica que a expressão “direitos fundamentais” surgiu na França do século XVIII com os movimentos político-culturais que culminaram na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Já no século XIX, o termo ganhou destaque na Alemanha para disciplinar relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado, limitando o poder deste em face daquele.

Segundo George Marmelstein (2014, p. 15-17), os direitos fundamentais apresentam um conteúdo ético (aspecto material) e um conteúdo normativo (aspecto formal). Em relação ao conteúdo ético, o autor explica que os direitos fundamentais são “os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles

estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para vida digna” (MARMELSTEIN, 2014, p. 15-16). Quanto ao conteúdo normativo, tem-se que não é qualquer valor que pode ser considerado um direito fundamental, mas somente aqueles cuja proteção normativa foi reconhecida formalmente pelo poder constituinte (representantes do povo), ainda que de forma implícita, tendo sido positivado em normas jurídicas constitucionais de determinado país (MARMELSTEIN, 2014, p. 17).

Nesse sentido, os direitos fundamentais são valores positivados em Constituições, que auxiliam na (re)construção e no exercício dos demais direitos previstos no ordenamento jurídico interno, funcionando como limitador do poder do Estado em face da liberdade individual e social, visando satisfazer o postulado da dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2017, p. 320-322).

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.

Falar que os direitos fundamentais são normas constitucionais significa, por exemplo, aceitar a sua supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos direitos fundamentais), bem como realça a sua força normativa, elemento essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos (dimensão subjetiva e princípio da máxima efetividade). (MARMELSTEIN, 2014, p. 17-19).

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 119) classificam os direitos fundamentais como direitos público-subjetivos que, por estarem positivados na Constituição Federal, apresentam força normativa suprema nos limites territoriais do Estado, funcionando como limitador do Poder Público frente às liberdades individuais.

Seguindo a tese defendida pela doutrina positivista, tem-se que os direitos fundamentais não surgiram com um simples “estalar de dedos”, mas, ao contrário, são considerados direitos históricos porque foram nascendo e evoluindo gradativamente ao longo do tempo, transformando-se a cada dia (MARMELSTEIN, 2014, p. 37).

Inclusive, Norberto Bobbio (2004, p. 9) defende que os direitos fundamentais, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, que nasceram de forma gradual por meio de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes (p. ex., Revolução Francesa).

Para demonstrar a evolução histórica e gradativa dos direitos fundamentais, a doutrina costuma classificá-los em “dimensões” (ou gerações). Porém, em que pese haver uma divisão dos direitos fundamentais em “dimensões”, isso não significa que, ao final de uma dimensão, os direitos desta sejam substituídos pelos direitos da próxima dimensão (SARLET, 2009, p. 44).

Inicialmente, defendeu-se a existência de três dimensões de direitos fundamentais³, as quais estariam alinhadas aos ideais da Revolução Francesa, a saber: liberdade, igualdade e fraternidade (BONAVIDES, 2004, p. 562-563). Contudo, em razão da constante evolução experimentada pelos direitos fundamentais, há quem defenda a existência de uma quarta, quinta e, até mesmo, de uma sexta dimensão de direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 45).

Dentro das dimensões dos direitos fundamentais, merece importância, para fins deste trabalho, a segunda dimensão, surgida a partir do constitucionalismo moderno (ou social) presente nas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919) (SCARPA, 2021, p. 31-32). Aqui, destacam-se os direitos de igualdade (material), notadamente os direitos sociais (p. ex., direito à educação), econômicos e culturais. Por estarem ligados ao valor “igualdade”, os direitos sociais, econômicos e culturais apresentam um caráter positivo na medida em que exigem uma atuação positiva (prestação) por parte do Estado (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Os direitos fundamentais também são marcados por algumas características que os individualizam. Segundo José Afonso da Silva (2016, p. 183), os direitos fundamentais são: a) históricos (nascem, modificam-se e desaparecem ao longo do tempo); b) inalienáveis/indisponíveis (por não apresentarem conteúdo econômico-patrimonial, não podem ser transferidos ou negociados); c) imprescritíveis (podem ser exigidos em qualquer circunstância e momento); d) irrenunciáveis (é possível que não sejam exercidos, mas nunca poderão ser renunciados).

Alguns autores ainda elencam outras características aos direitos fundamentais, como é o caso de Uadi Lamego Bullos (2014, p. 533) que, além daquelas defendidas

³ A teoria das dimensões dos direitos fundamentais foi proposta pelo jurista tcheco Karel Vasak durante uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, no ano de 1979.

por José Afonso da Silva, acrescenta que os direitos fundamentais são: a) universais (ultrapassam limites territoriais para beneficiar os indivíduos, independentemente de raça, credo, cor, sexo, filiação, etc.); b) cumuláveis ou concorrentes (podem ser exercidos ao mesmo tempo); e c) relativos/limitados (nem todos direitos fundamentais podem ser exercidos de forma absoluta, salvo algumas exceções).

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, trouxe a previsão dos direitos e garantias fundamentais, considerando-os normas constitucionais de aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF/88). Nota-se que a Carta Magna não diferenciou os termos “direitos fundamentais” e “garantias fundamentais”, de forma que compete ao interprete fazê-lo. Nesse sentido, conforme apontado por Flávio Martins Alves Nunes Junior (2017, p. 728), os “direitos fundamentais” seriam os bens e direitos declarados pela Constituição Federal (p. ex., direito de liberdade, direito de crença, direito à ampla defesa), enquanto “garantias fundamentais” seriam os instrumentos jurídicos disponíveis para assegurar o exercício desses direitos de forma que não haja arbítrio por parte dos poderes públicos (p. ex.: garantia do *habeas corpus*, garantia da liberdade de culto, garantia do contraditório).

Direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal. Exemplo: art. 5º, XVI e XXII.

Garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado. Exemplo: art. 5º, XXXV a LXXVII.

Na lição de Ruy Barbosa, os direitos fundamentais consagram disposições meramente declaratórias (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos). Já as garantias fundamentais contêm disposições assecuratórias (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos). (BULOS, 2014, p. 531).

Uadi Lammego Bulos (2014, p. 531) ainda alerta para a possibilidade de uma mesma norma constitucional disciplinar os direitos juntamente com as garantias, e assim o fez a Constituição Federal de 1988 ao trazer, por exemplo, o direito de crença e a garantia da liberdade de culto (art. 5º, VI); o direito à liberdade de expressão e a garantia de proibição da censura (art. 5º, IX); o direito à ampla defesa e a garantia do contraditório (art. 5º, LV).

Como dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão dos direitos e garantias fundamentais em seu Título II, dividindo-os em categorias a fim de conferir-lhes uma didática classificação, a saber: direitos individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º, 193 e seguintes), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos

políticos (arts. 14 a 16) e direitos dos partidos políticos (art. 17).

Frisa-se que a classificação acima é apenas exemplificativa, pois o Título II da Carta Magna, adotando um critério puramente formal, não exaure a lista de direitos e garantias fundamentais, como é o caso, por exemplo, dos direitos fundados nas relações econômicas, previstos nos arts. 170 a 192 (BULOS, 2014, p. 533). Portanto, não sem razão, o §2º do art. 5º, CF/88, amparado em um critério material dos direitos fundamentais, explica que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte. Nesse sentido, vale frisar o magistério de Fernando de Brito Alves, que assim explica:

Os direitos fundamentais podem ser delimitados de acordo com dois critérios distintos: um, material e outro, formal. O critério formal é o consubstanciado pelo Título II da Constituição Federal de 1988, “Dos direitos e garantias fundamentais”; o critério material restou consignado no art. 5º, §2º, da Constituição Federal. Vale dizer, o rol trazido pela Constituição traduz direitos fundamentais do ponto de vista formal, por estarem relacionados entre os direitos fundamentais, mas não exclui outros “decorrentes do regime e dos princípios”, especialmente relacionados com a dignidade da pessoa humana, que atribui unidade valorativa ao sistema dos direitos fundamentais. (ALVES, 2013, p. 251-252).

Portanto, o §2º do art. 5º, CF/88 traz uma Teoria Material dos Direitos Fundamentais (ou, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, uma “fundamentalidade material”), de modo que é preciso analisar o conteúdo de determinado direito para classificá-lo como sendo (ou não) um direito fundamental, ainda que não esteja expressamente positivado no Texto Constitucional (CANOTILHO, 1993, p. 499). Por esse motivo, outros direitos (além daqueles previstos no Título II da Constituição Federal de 1988) podem ser consagrados como fundamentais, tais como os direitos decorrentes de princípios implícitos no ordenamento jurídico e os direitos decorrentes de Tratados Internacionais (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 729-731).

Em linhas gerais, foram apontadas as principais características do neoconstitucionalismo (interpretação do direito à luz da Constituição Federal na busca da satisfação da dignidade da pessoa humana), bem como as premissas básicas sobre os direitos fundamentais, de sorte que, a partir de agora, o presente trabalho será dirigido ao estudo mais detalhado do direito fundamental à educação.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

No Brasil, considerado um Estado Democrático de Direito que prima pela concretização de uma justiça social voltada ao atingimento da igualdade material, o tema “direitos fundamentais” ganha destaque na medida em que funcionam como instrumento propulsor para a satisfação do postulado da dignidade da pessoa humana (BRITO; SOUZA, 2021, p. 1105).

Sendo um Estado Democrático de Direito, o Brasil tem seu perfil traçado pela Constituição Federal, devendo, portanto, obedecer aos princípios fundamentais previstos em seu art. 1º, a saber: cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (REZENDE; BREGA FILHO, 2015, p. 204).

Por sua vez, além dos princípios fundamentais, a Constituição Federal de 1988 também traz alguns objetivos fundamentais (art. 3º) que devem ser buscados pelo Brasil, a saber: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Mais especificamente em relação ao direito fundamental à educação (tema central deste capítulo), o art. 205, CF/88 traz, como objetivos do direito à educação, o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Desta forma, Raíza Alves Rezende e Vladimir Brega Filho (2015, p. 205) apontam que os objetivos constitucionalmente previstos para o direito à educação se assemelham aos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, já que a educação prepara o indivíduo para o exercício da cidadania no intuito de que possa desfrutar de uma vida digna, que são princípios fundamentais previstos no art. 1º, CF/88. Da mesma forma, para erradicar a pobreza e a marginalização e, também, reduzir as desigualdades sociais, é preciso contribuir para o desenvolvimento do indivíduo, bem como qualificá-lo para o mercado de trabalho.

Segundo Emerson Garcia (2005, p. 161), o direito à educação funciona como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana na busca e efetivação da cidadania e legitimação do Estado Democrático de Direito, garantindo igualdade de

oportunidades ao indivíduo, já que a liberdade e a democracia só serão alcançadas em sua plenitude se o homem tiver conhecimento do núcleo essencial básico de seus direitos, razão pela qual a educação é imprescindível à própria salvaguarda do direito à livre determinação do indivíduo, bem como pressuposto necessário à evolução de qualquer Estado de Direito.

O acesso à educação, nesta tônica, deve atuar como condição inerente à realização dos outros direitos, ou seja, como “base constitutiva na formação do ser humano, bem como na defesa e constituição dos outros direitos econômicos, sociais e culturais”.

[...].

E mais, é indispensável que se compreenda a educação como elemento indissociável para a formação da cidadania plena, [...]. (ARAÚJO; BELLINETTI, 2012, p. 10.248).

No mesmo sentido, Fabiana Polican Ciena (2008, p. 133) relaciona a educação a uma “verdadeira arma cívica, permitindo que as pessoas conheçam seus direitos e se organizem para lutar por eles, num verdadeiro despertar da cidadania, num processo histórico”. Seguindo esse mesmo raciocínio, Rodrigo Batista Coelho e José Antonio Remédio (2016, p. 76), explicam que “[...], a projeção da dignidade humana no direito fundamental à educação revela-se ainda mais acentuada, dadas as peculiaridades desse direito, que o tornam tão essencial ao pleno exercício da cidadania”. Daí se extrai a ideia de que a educação é elemento essencial para que o indivíduo tenha capacidade de se autodeterminar e exercer seu direito de liberdade. Assim, “o direito à educação ganha destaque a partir do momento em que se percebe a necessidade de conquista da liberdade que somente se dá a partir da evolução de valores sociais e econômicos de uma dada sociedade” (SILVA; FERNANDES, 2018, p. 82).

É certo que, com o advento da globalização, esta noção de cidadania se alargou. No campo do conteúdo ético da educação, o cidadão participante da vida política e social do país precisa ter um nível educacional mais elevado que antes, pois quanto maior for seu nível de conhecimento, maiores serão suas oportunidades de participação na vida social e econômica.

[...].

Com isso, o instrumento hábil para que a pessoa atinja este status de cidadania é a educação formal básica somada à educação para uma cidadania ativa referida por Bobbio. Portanto, a educação é um dos elementos indispensáveis para se concretizar a democracia. (GIACHINI, 2016, p. 30-31)

Ainda, Antonio Oswaldo Scarpa (2021, p. 262) relaciona a importância do

direito à educação ao desenvolvimento do ser humano e ao exercício da cidadania, pontuando que, quanto mais avançado o nível de ensino de determinada sociedade, maior será a efetivação dos direitos fundamentais. Continua o autor dizendo que a liberdade de pensamento e comunicação, o direito à informação e o direito à memória histórica e cultural exercem papel importante no pleno exercício dos direitos políticos, traduzidos no direito ao voto e na democracia.

Logo, o direito à educação ganha destaque na formação individual e social do cidadão, já que, por meio deste processo evolutivo, garante-se instrução, informação e fomento à crítica, instrumentos que possibilitam uma abertura de consciência de maneira a conferir ao indivíduo e aos grupos uma autonomia na manutenção e difusão de seus valores, estimulando a cooperação social (ROTHEMBURG, 2021, p. 340).

Portanto, para Raíza Alves Rezende e Vladimir Brega Filho (2015, p. 205) o fornecimento do acesso à educação de qualidade agrega valores não só ao indivíduo, que amplia seus horizontes com o objetivo de alcançar uma vida digna, mas também traz benefícios para toda a sociedade, na medida em que os cidadãos poderão exercer uma democracia participativa mais efetiva, desde a escolha de seus representantes até à fiscalização e controle dos poderes públicos (controle social).

A realização do direito à educação beneficia o indivíduo, mas principalmente enriquece toda a sociedade, uma vez que concretiza a democracia, os princípios republicanos, o desenvolvimento da sociedade, reflexamente interessando ao próprio Estado. É indispensável ao desenvolvimento humano, ao crescimento econômico sustentável, à erradicação da pobreza, à fiscalização dos poderes estatais, etc. (REZENDE; BREGA FILHO, 2015, p. 205).

Conforme já fora abordado neste trabalho, os direitos fundamentais são valores positivados na ordem jurídica interna, que auxiliam na (re)construção e no exercício dos demais direitos, visando satisfazer o postulado da dignidade da pessoa humana. Portanto, sabendo que o direito à educação está positivado na Constituição Federal de 1988 (art. 6º), bem como trata-se de valor imprescindível para construção e o exercício dos demais direitos, conclui-se que o direito à educação é um direito fundamental, razão pela qual o constituinte originário de 1988 inseriu-o dentro do Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Por esta razão, partiremos da análise dos quatro primeiros dispositivos do

Capítulo III da ordem social (arts. 205 a 208), já que entendemos que no mínimo quanto a estes se poderá considerá-los integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal. (SARLET, 2009, p. 332).

Além disso, sabendo que o direito à educação traz benefícios não só para o indivíduo, mas para toda a sociedade, principalmente no que tange ao exercício da democracia, o direito à educação pode ser considerado um direito social. Inclusive, na classificação constitucional dos direitos e garantias fundamentais prevista no Título II, dentre vários direitos fundamentais sociais constantes no art. 6º, o direito à educação tem posição normativa de destaque, sendo o primeiro da lista (ARAÚJO, 2013, p. 20). Inclusive, Marcelo Hugo da Rocha (2018, p. 31), em seu magistério, alerta que o direito à educação “está inserida como o primeiro direito social do elenco do art. 6º da CRFB. Se o constituinte originário colocou de forma proposital ou aleatória, é difícil saber, mas é um forte indicativo da sua importância primordial no contexto social brasileiro, [...]”.

Diante desta digressão realizada para contextualizar o direito à educação, pode-se dizer que, pela classificação disposta na Constituição Federal de 1988, trata-se de um direito fundamental (pois inserido dentro do Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais) de cunho social (já que encontra guarida no Capítulo II do Título II, que trata dos direitos sociais). Reforçando esta tese, Walter Claudius Rothemburg (2021, p. 346) afirma que o direito à educação não é apenas um direito social, mas também um direito fundamental em toda sua extensão e intensidade. Ainda, Clarice Seixas Duarte também defende esta tese, nos seguintes termos:

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 reconhece a educação como um direito fundamental de natureza social. Sua proteção tem, pois, uma dimensão que ultrapassa, e muito, a consideração de interesses meramente individuais. Assim, 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, se escolhe preservar. [...]. (DUARTE, 2007, p. 697).

Os direitos fundamentais sociais compõem os direitos de segunda dimensão, tendo como berço o constitucionalismo moderno (ou social) surgido no intervalo entre as duas grandes guerras mundiais. Nesse momento, devido à crise econômica ocasionada pela Primeira Guerra Mundial, o liberalismo começa a entrar em declínio e, em resposta aos movimentos e ideais antiliberais, foi necessário a intervenção do

Estado em diversas áreas (CUNHA JUNIOR, 2014, p. 34).

Os direitos sociais causaram uma mudança na forma de leitura dos direitos fundamentais, os quais deixaram de ser apenas direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, passando a funcionar também como garantias institucionais, na medida que exigem do Estado prestações positivas, ou seja, o Estado passa a atuar em diversas áreas no intuito de garantir a concretização da dignidade da pessoa humana a todos os componentes da sociedade, de forma indistinta (FERNANDES, 2017, p. 326).

No que tange ao direito à educação, o *caput* do art. 205, CF/88 estabelece que todos (sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade, entre outros fatores que possam causar discriminação) tem direito à educação, sendo que o tanto o Estado quanto a família devem fornecê-la, cada qual em suas responsabilidades próprias.

Assim, na medida em que o direito à educação exige prestação positiva do Poder Público, é possível que sua realização seja frustrada em casos de omissão estatal (ARAÚJO, 2013, p. 95). Porém, pensando em dar máxima efetividade a este direito fundamental social, o Constituição Federal de 1988 elegeu-o ao *status* de direito público subjetivo (art. 208, §1º, CF/88), de forma que sua prestação pode ser exigida contra o Estado em caso de omissão ou ineficiência, inclusive na via judicial, em razão de sua importância na tarefa de concretização do projeto democrático (FERNANDES, 2017, p. 732).

A norma, assim explicitada - "*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]*" (arts. 205 e 227) -, significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuidos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A Constituição mesmo já considerou que o acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, é *direito público subjetivo*; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente. (SILVA, 2016, p. 317) (destacado no original).

Em razão da natureza jurídica que ostenta (direito fundamental social), Clarice Seixas Duarte (2007, p. 698) relata que a prestação da educação por parte do Estado pode ser requerida tanto pelo indivíduo singularmente considerado quanto pela sociedade como um todo, podendo representar interesses afeto a um grupo de

peças determinado ou indeterminado e, inclusive, das gerações futuras, que também terão direito a um ensino de qualidade. Por esta razão, pode-se falar que o direito à educação suplanta a esfera individual, merecendo proteção coletiva ou difusa.

Dito isto, conclui-se, amparado no Texto Constitucional de 1988, que o direito à educação possui natureza jurídica de direito fundamental social (já que exige prestações positivas por parte do Estado), com característica de direito público subjetivo (pode ser exigido de forma imediata) e, curiosamente, pode apresentar titularidade individual, coletiva (grupo determinado ou determinável) e, também, difusa (grupo indeterminado).

1.3 DISCIPLINA NORMATIVA INTERNACIONAL E INTERNA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e diante das tenebrosas experiências trazidas pelo nazismo, despontou na doutrina constitucional o movimento denominado de neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo) que teve, dentre outras características, o reconhecimento da força normativa da Constituição, havendo uma crescente expansão (ou universalização) dos direitos fundamentais (CUNHA JUNIOR, 2014, p. 35-36).

Dentro deste espírito de universalização, o direito à educação também passou a ocupar as mais variadas pautas de discussões internacionais, de maneira que suas diretrizes foram inseridas ao conteúdo de diversos Tratados, Cartas de Princípios e Acordos Internacionais que buscam, acima de tudo, concretizar os valores indispensáveis à satisfação da dignidade da pessoa humana (GARCIA, 2005, p. 168).

Ao lado da constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, que ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais, tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais. Em razão disso, é cada vez mais frequente o aparecimento de tratados internacionais, assinados por inúmeros países, proclamando a proteção internacional de valores ligados à dignidade da pessoa humana e buscando a construção de um padrão ético global. (MARMELESTEIN, 2014, p. 48).

Para melhor ilustração do que acima fora exposto, é de salutar importância a

realização de uma breve referência a alguns documentos internacionais que consagram o direito à educação.

Em primeiro lugar, merece destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, adotada e proclamada pela Resolução 217-A-III da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, dispondo, em seu artigo 26, que: “1) *Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. [...].* 2) *A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. [...].*”. Em que pese a Declaração Universal desempenhar um papel de imperativo respeito aos valores por ela anunciados, fato é que não possui qualquer obrigatoriedade jurídica aos Estados-partes subscritores, tendo em vista não ser considerada um Tratado. Contudo, somente a partir de 1966, com o surgimento dos Pactos Internacionais (que tinham como pressuposto ampliar a proteção aos direitos humanos presentes na Declaração Universal), os Estados que os ratificassem passariam a estar vinculados aos seus princípios e valores (GARCIA, 2005, p. 169).

No mesmo ano (1948), na cidade de Bogotá (Colômbia), durante a IX Conferência Internacional Americana, foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁵ que, em seu art. 12, trouxe a seguinte previsão sobre o direito à educação: “*Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária*”. Observa-se que esta Declaração deixa claro a importância do direito à educação para a formação pessoal do indivíduo, tendo condições de desfrutar de uma vida digna e contribuir para o desenvolvimento da sociedade.

⁴ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 8 mar. 2022.

⁵ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 8 mar. 2022.

Adiante, em 20 de novembro de 1959, a Assembleia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos da Criança⁶, prevendo, no Princípio 7, que *“A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito”*.

Já em 14 de dezembro de 1960, na 11ª Sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, foi aprovada a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino⁷, que, em seu artigo 1º, trouxe o termo “discriminação” de maneira abrangente, considerando qualquer iniciativa que tivesse por objetivo: *“a) excluir qualquer pessoa ou um grupo de pessoas do acesso a diversos tipos e graus de ensino; b) limitar a um nível inferior a educação de uma pessoa ou de um grupo; c) [...], instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para as pessoas ou grupos; ou d) colocar uma pessoa ou um grupo numa situação incompatível com a dignidade humana”*. Por sua vez, em relação ao direito à educação como ferramenta para o desenvolvimento pessoal do cidadão, o artigo 5º da Convenção prevê que: *“os Estados Partes desta Convenção acordam que: a) a educação deverá ser orientada para o completo desenvolvimento da personalidade humana e para reforçar o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e que deverá fomentar a compreensão, tolerância e amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos e promoverá as actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz; [...]”*. Frise-se que a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 63.233, de 6 de setembro de 1968.

Em 16 de dezembro de 1966, na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi aprovado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

⁶ Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em 8 mar. 2022.

⁷ Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/educar/ensino60.htm>. Acesso em 8 mar. 2022.

Culturais⁸, que trouxe, em seu artigo 13, as seguintes disposições: “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. Concordam que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e reforçar o respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Concordam também que a educação deve habilitar toda a pessoa a desempenhar um papel útil numa sociedade livre, promover compreensão, tolerância e amizade entre todas as nações e grupos, raciais, étnicos e religiosos, e favorecer as atividades das Nações Unidas para a conservação da paz. 2. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, a fim de assegurar o pleno exercício deste direito: a) O ensino primário deve ser obrigatório e acessível gratuitamente a todos; [...]; d) A educação de base deve ser encorajada ou intensificada, em toda a medida do possível, para as pessoas que não receberam instrução primária ou que não a receberam até ao seu termo; e) É necessário prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os escalões, estabelecer um sistema adequado de bolsas e melhorar de modo contínuo as condições materiais do pessoal docente”. É importante lembrar que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, com a obrigatoriedade de ser executado e cumprido de forma integral.

Não parando por aí, em 17 de novembro de 1988, na cidade de São Salvador, em El Salvador, a XVIII Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos aprovou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)⁹, cuidando do direito à educação em seu artigo 13, nos seguintes termos: “1) Toda pessoa tem direito à educação. 2) Os Estados-Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm também em que a educação deve tornar todas as pessoas capazes de participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista e de conseguir uma subsistência digna; bem como favorecer a compreensão, a tolerância e a

⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 8 mar. 2022.

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em 8 mar. 2022.

amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos, e promover as atividades em prol da manutenção da paz. 3. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a) o ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; [...]. O Brasil também já ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, devendo ser executado e cumprido integralmente em todas as suas disposições.

Ainda, em 20 de novembro de 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁰ que, em seu artigo, 28, assim disciplina: “1) *Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; [...]; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção. [...]*”. A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história, tendo sido ratificado por 196 países¹¹, inclusive, pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Somente os Estados Unidos não ratificaram a presente Convenção.

Durante os dias 5 a 9 de março de 1990, na cidade de Joimten, na Tailândia, durante a Conferência Mundial sobre Educação para Todos, foi aprovada a Declaração Mundial sobre Educação para Todos¹², que teve como finalidade reparar as falhas experimentadas em relação ao direito à educação, haja vista ter se passado mais de 40 anos desde o compromisso assumido na Declaração Universal de Direitos Humanos sem que os países tivessem conseguido efetivar, de forma satisfatória, o direito à educação.

¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 8 mar. 2022.

¹¹ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

¹² Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-joimtien-1990>. Acesso em 8 mar. 2022.

Entre os dias 26 a 28 de abril de 2000, em Senegal, a Cúpula Mundial de Educação reuniu-se para aprovar a Declaração de Dakar¹³, com o compromisso de alcançar os objetivos e as metas de Educação Para Todos (EPT) para cada cidadão e cada sociedade. Nos termos da Declaração, “2) *O Marco de Ação de Dakar é um compromisso coletivo para a ação. Os governos têm a obrigação de assegurar que os objetivos e as metas de EPT sejam alcançados e mantidos. [...] 3. Reafirmamos a visão da Declaração Mundial de Educação Para Todos (Jomtien, 1990), apoiada pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de que toda criança, jovem e adulto tem o direito humano de se beneficiar de uma educação que satisfaça suas necessidades básicas de aprendizagem, no melhor e mais pleno sentido do termo, e que inclua aprender a aprender, a fazer, a conviver e a ser. É uma educação que se destina a captar os talentos e potencial de cada pessoa e desenvolver a personalidade dos educandos para que possam melhorar suas vidas e transformar suas sociedades*”.

Nota-se que, no campo internacional, já existem vários instrumentos (Declarações, Convenções, Tratados, Pactos, entre outros) que demonstram o anseio dos países em buscar a realização de direitos indispensáveis à concretização do postulado da dignidade da pessoa humana, dentre os quais se encontra o direito à educação. Assim, em que pese a possível falta de coercitividade geral e abstrata, tais instrumentos contribuem para a universalização da fundamentalidade de diversos direitos inerentes ao homem (GARCIA, 2005, p. 172).

Saindo da seara internacional e entrando no campo do Direito pátrio, Emerson Garcia (2005, p. 174-175) relata que a fundamentalidade dispensada pela Constituição Federal de 1988 ao direito à educação deriva de sua íntima e legítima associação aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, CF/88), já que a efetividade do direito à educação funciona como instrumento indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No Brasil, a previsão constitucional do direito à educação não adveio apenas da Constituição Federal de 1988, pois os Textos Constitucionais pretéritos, já

¹³ Disponível em: http://cape.edunet.sp.gov.br/textos/declaracoes/6_Declaracao_Dakar.pdf. Acesso em 8 mar. 2022.

abordavam este direito (GARCIA, 2005, p. 175), embora não com a mesma extensão que hoje lhe é dispensado.

A Constituição Política do Império do Brasil¹⁴, de 25 de março de 1824, em seu art. 179, inciso XXXII, previa “*a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] XXXII) a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos*”. Nota-se que, desde a Constituição do Império, o direito à educação está vinculado ao exercício de outros direitos constitucionais, como é o caso dos direitos civis, políticos e de liberdade (GARCIA, 2005, p. 175).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil¹⁵, de 24 de fevereiro de 1891, primeira Constituição Republicana, também já trabalhou o direito à educação em duas oportunidades. De início, no art. 35, trouxe a obrigação de o Congresso “*3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal*”. Já na Declaração de Direitos prevista na Seção II do Título IV, o §6º do art. 72 enunciava que “*será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos*”.

Evoluindo no tratamento da matéria, a Constituição de 1934¹⁶, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte em 16 de julho de 1934, trouxe um capítulo exclusivo (Capítulo II do Título IV) para disciplinar o direito à educação e à cultura (arts. 148 a 158). De acordo com Maria Cristina Teixeira (2008, p. 156-157), o Texto Constitucional de 1934 abordou, pela primeira vez, a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família (art. 149). Além disso, também previu uma divisão de competência entre os Entes federativos quanto ao sistema de ensino (arts. 150 e 151), bem como estabeleceu-lhes a obrigatoriedade de aplicação de um limite mínimo da receita dos impostos na manutenção e desenvolvimento da educação (art. 156). E visando dar maior efetividade a este direito fundamental, previa que os estabelecimentos particulares de educação que oferecessem gratuidade em seus serviços e fossem oficialmente considerados idôneos estariam isentos de qualquer

¹⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

tributo (art. 154).

A Constituição de 1937¹⁷, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 durante o Estado Novo, também dedicou um capítulo para trabalhar o direito à educação e à cultura (arts. 128 a 134), mantendo algumas disciplinas da Constituição anterior e acrescentando outros preceitos, como a garantia de acesso ao ensino em todos os graus para as crianças e jovens e a priorização do ensino pré-vocacional e profissional (art. 129). A Carta de 1937 manteve a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário, contudo, previu um dever de solidariedade dos mais ricos para com os mais pobres, de forma que aqueles que não alegassem (ou notoriamente não pudessem alegar) escassez de recursos deveriam pagar uma contribuição módica mensal para o caixa escolar (art. 130) (GARCIA, 2005, p. 176).

A Constituição de 1946 manteve várias disposições da Constituição de 1934 sobre o direito à educação, porém, tratou de aperfeiçoar alguns pontos. De acordo com Emerson Garcia (2005, p. 176), trouxe a educação como um direito de todos, devendo ser oferecida na escola e no lar com base nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana (art. 166), bem como assegurou a obrigatoriedade do ensino primário (art. 168, I). Por outro lado, inovou ao dizer que o ensino oficial ulterior ao primário será ministrado para aqueles que comprovarem falta ou insuficiência de recursos (art. 168, II). Além disso, durante a vigência da Constituição de 1946, foi publicada a Lei nº 4.024¹⁸, de 20 de dezembro de 1961, sendo a primeira legislação infraconstitucional a estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional.

A Constituição de 1967¹⁹, elaborada durante o regime militar, não inseriu inovações significativas quanto ao direito à educação, tendo dedicado o Título IV para tratar da família, da educação e da cultura, sendo que a disciplina referente ao direito à educação encontrava-se nos arts. 168 a 171 (TEIXEIRA, 2008, p. 161). Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1/1969²⁰, em que pese ter trilhado pelo mesmo caminho do sistema anterior (arts. 176 a 178), trouxe como novidade a possibilidade de intervenção dos Estados em seus Municípios quando estes não aplicassem, anualmente, pelo menos 20% da receita tributária municipal no ensino primário (art.

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

¹⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

15, §3º “f”). Contudo, este percentual foi alterado pela Emenda Constitucional nº 24/1983²¹, que passou a exigir, na manutenção e desenvolvimento do ensino, a aplicação mínima de 13% para a União e de 25% para os Estados, Distrito Federal e Municípios (GARCIA, 2005, p. 176).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 previu o direito à educação como um direito fundamental social (art. 6º) e, além disso, dedicou integralmente a Seção I do Capítulo III do Título VIII para melhor detalhar a matéria entre os arts. 205 a 214. Dentre os principais pontos trazidos pela Carta Política de 1988, destaca-se a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade (art. 208, I), bem como o atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III). Para a manutenção e desenvolvimento do ensino, a União deve aplicar pelo menos 18% e os Estados, Distrito Federal e Municípios devem aplicar pelo menos 25% da receita resultante dos impostos próprios e das transferências constitucionais (art. 212). Em relação à competência, os Municípios devem atuar prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental, enquanto os Estados e o Distrito Federal devem dedicar-se ao ensino fundamental e médio (art. 211, §§ 2º e 3º).

Segundo bem pontuado por Emerson Garcia (2005, p. 177), a Constituição Federal de 1988 não disciplinou apenas a competência material, pois sendo o Brasil um Estado federado, fez-se necessário também disciplinar a competência legislativa e, nos termos do art. 22, XXIV, CF/88, compete à União legislar privativamente sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Já o art. 24, IX, CF/88 previu uma competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação, cultura e desporto. No âmbito da legislação concorrente, a União deve limitar-se a estabelecer normas gerais (art. 24, §1º), o que não exclui a competência dos Estados para legislar de forma suplementar (art. 24, §2º). Porém, caso a União não edite normas gerais, os Estados podem legislar livremente para atender suas peculiaridades (art. 24, §3º), mas, cientes de que, caso a União posteriormente legisle sobre normas gerais, a lei estadual ficará com a eficácia suspensa naquilo que lhe for contrário (art. 24, §4º). Aos Municípios compete apenas legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II).

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc24-83.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

O art. 205, CF/88 traz a educação como um direito de todos, devendo ser prestada pelo Estado e, também, pela família, sempre com a colaboração da sociedade no intuito de que o indivíduo tenha seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa, seja preparado para o exercício da cidadania e, ainda, tenha condições de se qualificar para o mercado de trabalho. Por sua vez, o art. 206, CF/88 dispõe acerca dos princípios sobre os quais o ensino deve ser ministrado, com destaque, dentre outros, para a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (inciso I), “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (inciso IV) e “garantia de padrão de qualidade” (inciso VII).

Já o art. 208 CF/88 elenca as obrigações a serem cumpridas pelo Poder Público no intuito de que haja a efetivação do direito à educação, com destaque, dentro outros temas, para a garantia de “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade [...]” (inciso I), garantia de “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (inciso III), garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (inciso IV). Além disso, a Carta Magna enfatiza que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (art. 208, §1º) e que “o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (art. 208, §2º).

Nota-se uma preocupação ímpar do constituinte para que o direito à educação seja prestado com qualidade e de forma obrigatória e gratuita, conferindo maior densidade normativa a este postulado, pois além de instituir tal situação como sendo um dever do Estado, elevou-o ao *status* de direito público subjetivo do indivíduo, o que inibe a interpretação deste enunciado como mera norma programática (GARCIA, 2005, p. 178). Neste sentido, Eduardo Cambi (2020, p. 499) alerta para que “a não oferta de ensino fundamental ou a sua oferta irregular autoriza a imediata intervenção do Poder Judiciário”. Seguindo este mesmo raciocínio, Emerson Garcia assim explica:

Como se constata, 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. (GARCIA, 2005, p. 178).

Mas o anseio do constituinte em buscar a concretização do direito à educação

não parou por aí, pois também no *caput* do art. 227, CF/88, além de vários outros direitos (vida, saúde, alimentação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária), estabeleceu que o direito à educação de crianças, adolescentes e jovens deve ser assegurado, com absoluta prioridade, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda (2004, p. 576), o termo “prioridade” indica a “qualidade do que ou de quem é o primeiro; [...]. Precedência dada a alguém, com preterição de outrem”. Logo, como a Carta Política de 1988 estabeleceu uma prioridade absoluta no dever de fornecimento do direito à educação à crianças e adolescentes, tem-se uma ponderação de valores realizada de forma antecipada pelo constituinte, restando pouca discricionariedade política ao administrador público, que deve dispensar ao direito à educação uma prioridade absoluta quando em confronto com outros direitos de importância igual ou inferior (GARCIA, 2005, p. 181).

Consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o âmbito de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças e dos adolescentes. A ponderação entre os possíveis valores envolvidos foi realizada, *a priori*, pelo Constituinte, pouco sendo deixado ao administrador. Tratando-se de direitos que congreguem valores idênticos ou inferiores àqueles consagrados às crianças e aos adolescentes, não haverá qualquer espaço para uma opção distinta daquela que prestigie a *absoluta prioridade* (v.g.: entre a educação de um adulto e a educação de uma criança, esta haverá de prevalecer; entre a realização de construções de natureza voluptuária e a educação de uma criança, a última, por veicular valores mais importantes à coletividade, deverá igualmente prevalecer). No entanto, em situações extremas, um direito que possua maior peso no caso concreto poderá afastar outro de peso inferior (v.g.: para assegurar o direito à vida, pode ser afastado o direito à educação de uma criança). (GARCIA, 2005, p. 181).

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 não esgota as normas sobre educação, sendo necessária a remissão à legislação infraconstitucional. Em primeiro lugar destaca-se a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, privilegiando o princípio da proteção integral, pelo qual as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos (pois são considerados pessoas) e, além disso, estão em pleno desenvolvimento, razão pela qual fazem *jus* a uma prioridade absoluta por parte da família, da sociedade e do Estado (RIBEIRO; VERONESE, 2021, p. 46).

O art. 3º da Lei nº 8.069/1990 estabelece que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da

proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Pelo texto legal, pode-se concluir que as crianças e os adolescentes possuem os mesmos direitos conferidos aos adultos e mais alguns direitos que lhe são específicos (p. ex., direito ao não trabalho, direito à inimizabilidade penal, direito à convivência familiar e comunitária). Dessa forma, na tomada de qualquer decisão, o interprete da lei deve sempre considerar o superior interesse da criança e do adolescente (RIBEIRO; VERONESE, 2021, p. 46-47).

Por sua vez, os arts. 53 a 56 da Lei nº 8.069/1990 disciplinam, especificamente, o direito à educação de crianças e adolescentes, sendo que o art. 54, em linhas gerais, reproduziu, com algumas pequenas alterações no texto legal, as obrigações do Estado para com o direito à educação previstas no art. 208 da CF/88, inclusive dando destaque para o ensino obrigatório e gratuito como sendo um direito público subjetivo do indivíduo.

Já o art. 208 da Lei nº 8.069/1990 assegura a sindicabilidade do direito à educação junto ao Poder Judiciário, estabelecendo o regime processual para “as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente”, principalmente pelo não oferecimento ou oferta irregular de: “ensino obrigatório” (inciso I); “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência” (inciso II); “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade” (inciso III); e outros direitos previsto nos demais inciso. Além disso, §1º do art. 208 estende a proteção judicial para outros interesses individuais, difusos ou coletivos próprios da infância e da adolescência que estejam protegidos pela Constituição e pela Lei (GARCIA, 2005, p. 180).

Também merece destaque a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, reproduzindo, em seus artigos iniciais, os objetivos e os princípios do direito à educação já elencados na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.069/1990, frisando o dever do Estado em fornecer a educação básica de forma obrigatória e gratuita. Além disso, o art. 5º da Lei nº 9.394/1996 também destacou que o direito à educação fundamental é um “direito público subjetivo”, de forma que é possível a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, nos casos de não oferecimento ou oferta irregular.

Por fim, cumpre lembrar também da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que

aprovou o Plano Nacional de Educação (PNE), possuindo vigência por 10 (dez) anos, e estabelecendo, em seu art. 3º, dentre outras, as seguintes diretrizes: “erradicação do analfabetismo” (inciso I); “melhoria da qualidade da educação” (inciso IV); “formação para o trabalho e para a cidadania, [...]” (inciso V); e “promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, [...]” (inciso X). Para o cumprimento das diretrizes previstas no PNE foram instituídas 20 (vinte) metas, com suas respectivas estratégias, visando, principalmente, universalizar, democratizar e qualificar a educação nacional.

É preciso ressaltar que o direito à educação não se resume apenas à educação básica, pois o Poder Público também deve atuar de forma a efetivar o ensino superior (BULOS, 2014, p. 1585). Inclusive, o art. 207, CF/88 atribui autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades, enquanto o inciso V do art. 208, CF/88 diz que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, [...]”. Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 732), “[...]. Falar em proteção constitucional à liberdade de escolha profissional (art. 5º, XIII) é, indiretamente, compreender que cabe ao Estado promover prestações para efetivação do direito ao ensino superior”.

Dito isto, conclui-se que tanto na seara internacional quanto no âmbito interno o direito à educação é considerado um direito da pessoa humana dotado de fundamentalidade, devendo ser promovido e efetivado por todos os países. No Brasil, passa a ser um dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, visando dar condições ao indivíduo de exercer sua liberdade e cidadania e, sendo um direito público subjetivo, em caso de descumprimento dos deveres instituídos nas normas legais, é possível a sindicabilidade judicial mediante prévia provocação.

1.4 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Na língua portuguesa, o vocábulo “direito” apresenta diversas acepções, razão pela qual, para fins didáticos e melhor compreensão do seu sentido jurídico, faz-se necessário diferenciá-lo em direito objetivo e direito subjetivo. Tal situação não ocorre nos países adeptos ao sistema jurídico anglo-saxônico, que utilizam o termo “law” para

se referir ao direito objetivo e o vocábulo “right” para se referir ao direito subjetivo (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 54).

Em linhas gerais, pode-se dizer que o direito objetivo está relacionado à norma jurídica (norma, aqui, em sentido amplo, abrangendo as regras e os princípios). Por sua vez, o direito subjetivo traduz-se na faculdade incorporada à esfera jurídica do sujeito em razão do direito objetivo, ou seja, é a faculdade que o indivíduo tem de realizar uma conduta comissiva ou omissa ou, então, exigir que alguém faça ou deixe de fazer algo em seu favor. Logo, tendo o direito subjetivo a característica de “facultatividade” (já que depende da vontade do próprio sujeito), não é possível forçar o seu exercício (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 54-55).

Genericamente, pode-se separar a visão subjetiva e objetiva do direito. A primeira considera que os direitos são pretensões de vontade, sendo instrumentos para a realização de direitos individuais, que integram a autonomia pessoal, o que permite que cada um decida se pretende exercitar ou renunciar aos seus direitos. Pela segunda visão, o direito não serve para liberar a vontade do homem, já que esta, por si só, pode conduzir ao arbítrio e à desordem. Cabe aos direitos reconduzir a autonomia da vontade a uma justa dimensão, voltadas à adoção de medidas políticas orientadas à justiça, compreendida como bem comum. Assim, a dimensão objetiva trata os direitos como consequência ou reflexo de um direito justo, como tarefa a ser realizada pelos governantes e como dever de promoção dos direitos dos mais fracos. (CAMBI, 2020, p. 123).

Assim como o direito em si, que pode ser dividido em direito subjetivo e direito objetivo, os direitos fundamentais também apresentam uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 141) entende que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva, podendo ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto direitos objetivos fundamentais da sociedade.

Pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, outorga-se aos titulares a prerrogativa de impor os seus interesses em face dos destinatários (CAMBI, 2020, p. 123). Igualmente, Sarlet (2009, p. 152) entende que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais traz a ideia de que “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”.

Originalmente, principalmente com base na doutrina alemã do século XIX desenvolvida no contexto do Estado liberal, os direitos fundamentais eram voltados basicamente para a efetividade dos direitos subjetivos individuais na medida em que

requeriam apenas prestações negativas (abstenções) do Estado e de particulares. Contudo, na transição do Estado liberal para o Estado social ocorrida na primeira metade do século XX, em razão da necessidade de efetivação dos direitos sociais, que requeriam prestações positivas (ação) do Poder Público, passa-se a ser possível constrangê-lo judicialmente a concretizar políticas públicas necessárias à efetividade dos direitos sociais (MIRANDA, 2010, p. 18).

Nota-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais pode ter caráter negativo (quando relacionados aos direitos de defesa, na medida que exigem do Estado e dos particulares deveres de abstenção) ou caráter positivo (quando relacionados aos direitos sociais, na medida que exigem do Estado e dos particulares deveres de ação)

Já a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi impulsionada pela Lei Fundamental Alemã de 1949, principalmente a partir da decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional da Alemanha no caso Lüth, na qual, além de outros aspectos, ficou estabelecido que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários (SARLET, 2009, p. 143).

Pela dimensão objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, condicionando a aplicação das regras e princípios (CAMBI, 2020, p. 125). Pelas lições trazidas por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p 147-148), verifica-se que a dimensão objetiva vai além da subjetiva, na medida que identifica nos direitos fundamentais o verdadeiro “ponto de apoio” que sustenta todo o ordenamento jurídico. A dimensão objetiva resulta da visão que se tem dos direitos fundamentais enquanto princípios basilares da ordem constitucional (princípios que funcionam como limites ao poder e, igualmente, diretrizes para a sua ação).

A segunda (objetiva) vai além da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais como garantias do indivíduo frente ao Estado e coloca os direitos fundamentais como um verdadeiro "norte" de "eficácia irradiante" que fundamenta todo o ordenamento jurídico. Essa concepção objetiva é mais recente no (Novo) Direito Constitucional e é típica do Constitucionalismo Social, apresentando-se na doutrina e jurisprudência europeia e brasileira a partir das seguintes premissas:

a) As Constituições democrático-sociais vão ser consubstanciadas por um

sistema de valores que os direitos fundamentais, à luz dessa perspectiva, explicitam e positivam;

b) Com isso, eles acabam por influenciar todo o ordenamento jurídico, servindo de esteio para a atuação de todos os poderes estatais;

c) No mesmo diapasão, é mister salientar que os mesmos valores vão se estabelecer como verdadeiras diretrizes para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico;

d) Daí eles serem considerados uma correia de interligação entre todos os direitos existentes e dotados de validade. Portanto, eles se tornaram (pela dimensão objetiva) a base do ordenamento jurídico do Estado e da sociedade, sendo dotados do que autores como Ingo Sarlet, entre outros, conceituam como "eficácia irradiante". Com isso, não há direito que não deva passar pelo filtro dos direitos fundamentais previstos na Constituição (nessa visão: uma espécie de interpretação conforme os direitos fundamentais nos moldes da interpretação conforme à Constituição). (FERNANDES, 2017, p. 322-323).

Nota-se que o reconhecimento de uma dimensão objetiva para os direitos fundamentais traz consequências tangíveis, pois os direitos deixam de ser considerados exclusivamente sob uma perspectiva individualista, e os bens por eles tutelados passam a ser vistos como valores em si, a serem preservados e fomentados no ordenamento, funcionando como filtro para a aplicação das demais normas do ordenamento jurídicos, que devem observar seus preceitos de maneira a se extrair sua máxima efetividade (ARAÚJO, 2013, p. 25-26).

Segundo o magistério de Eduardo Cambi (2020, p. 126), "as normas de direito fundamental têm caráter objetivo porque são decisões de valor válidas para toda a ordem jurídica, não influenciando somente as situações subjetivas, mas irradiando-se na totalidade do ordenamento jurídico e vinculando todos os poderes públicos".

Diante dos argumentos supracitados, Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 323) lembra que os direitos fundamentais podem ser vistos sob três aspectos: a) como direitos de defesa ligados a um dever de omissão do Estado e de particulares (dimensão subjetiva negativa); b) como direito de prestação ligado a um dever de atuação por parte do Estado para a efetivação dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal (dimensão subjetiva positiva); e c) como a base do ordenamento jurídico, funcionando como um "vetor" a ser observado pelos poderes públicos e por particulares na interpretação e aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico (dimensão objetiva).

Especificamente em relação ao direito fundamental social à educação, primeiramente deve-se analisar sua dimensão subjetiva no aspecto negativo. Assim, Ana Elisabeth Bastos de Miranda (2010, p. 19-20) lembra que as normas relacionadas ao direito à educação produzem efeitos imediatos e vinculantes, como, por exemplo:

revogação de atos normativos anteriores colidentes com o conteúdo das normas de direito à educação; vinculação do legislador infraconstitucional à concretização do direito à educação; proibição do retrocesso social em relação ao direito à educação; o *homeschooling*²² (situações em que os pais querem educar a criança em casa, de forma isolada, exigindo que o Estado se abstenha agir na educação), entre outros efeitos. Logo, a dimensão subjetiva negativa do direito à educação decorre diretamente desses efeitos imediatos e vinculantes, razão pela qual sua inobservância pelo Estado possibilita aos titulares deste direito fundamental o ajuizamento de ação visando que o violador da norma se abstenha de sua conduta.

Quanto à dimensão subjetiva no aspecto positivo, o art. 208 da CF/88 estabelece que a educação é dever do Estado e será efetivada mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita. Assim, esta norma caracteriza-se como verdadeiro direito público subjetivo, nos termos do §1º do art. 208 da CF/88, de maneira que o Poder Público fica vinculado ao dever de ofertar de forma regular o ensino obrigatório e gratuito, tanto para uma única criança quanto para a coletividade. Inclusive, o próprio §2º do art. 208 da CF/88 traz a consequência para o descumprimento desse direito subjetivo, sendo que o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Assim, pelo Texto Constitucional, caso o Estado descumpra com seu dever de ofertar a educação básica obrigatória e gratuita, o titular poderá demandá-lo junto ao Poder Judiciário para obrigá-lo a prestar o direito à educação de forma regular (MIRANDA, 2010, p. 19-20).

Por fim, quanto à dimensão objetiva, sendo o direito à educação um direito fundamental de cunho social, ele traduz valores indispensáveis para a sociedade, na medida em que promove o desenvolvimento do ser humano, preparando-o para o

²² O *homeschooling* é um dos melhores exemplos relacionados à dimensão subjetiva negativa dos direitos fundamentais, pois os pais, no anseio de fornecer a educação aos seus filhos nas próprias casas, exigem que o Estado se abstenha de atuar em relação ao direito à educação de seu filho. Contudo, *prima facie*, essa forma de educação no âmbito residencial não parece ser suficiente para alcançar as reais finalidades e objetivos do direito à educação (educação efetiva e com qualidade) insculpidas no Texto Constitucional. Ora, o ambiente escolar não tem como função, única e exclusivamente, transmitir conhecimentos para o desenvolvimento intelectual da criança, mas para além disso, buscam a formação integral e socialização do educando por meio da ampla convivência familiar e comunitária. Assim, nas escolas, as crianças são apresentadas a pluralismos ideológicos, religiosos, morais, sociais, políticos, entre outros, o que não ocorre na educação domiciliar. O STF já teve a oportunidade de decidir sobre o *homeschooling* no julgamento do RE nº 888.815/RS (STF. **RE nº 888.815/RS**. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Luís Roberto Barroso, julg. 12/09/2018, pub. DJe 21/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em 12 nov. 2022.

exercício da cidadania e qualificando-o para o mercado de trabalho (art. 205, CF/88), funcionando, assim, como pressuposto para a satisfação da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, as normas garantidoras do direito à educação devem irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, funcionando como filtro na interpretação e aplicação das demais normas jurídicas e vinculando os poderes públicos a materializarem o projeto educacional idealizado para a sociedade brasileira (ARAÚJO, 2013, p. 26).

1.5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito que busca a manutenção da ordem e da paz social, é imprescindível que os indivíduos observem “padrões” de conduta para controlar e resolver as divergências de anseios existentes, bem como os próprios órgãos estatais também devem seguir “padrões” de organização e funcionamento. Esses padrões que devem reger as relações sociais e institucionais em um Estado de Direito recebem a designação de “normas jurídicas”, as quais possuem imperatividade, ou seja, devem ser observadas por todos (GARCIA, 2005, p. 184). Porém, segundo a doutrina tradicional, para que a norma jurídica esteja apta a alcançar sua plenitude de incidência (aplicabilidade), é preciso que preencha alguns requisitos, quais sejam: existência (vigência), validade e eficácia jurídica (BARROSO, 2009, p. 220).

A norma jurídica será existente (vigente) quando elaborada por um órgão estatal, de acordo com uma forma pré-determinada, anunciando um objeto, seguido de sua promulgação e publicação, vindo então a existir juridicamente com força vinculante (FERNANDES, 2017, p. 106). Por sua vez, para que essa norma jurídica tenha validade, é preciso que o órgão estatal seja competente, tenha sido observado o devido processo legislativo e, ainda, que o seu objeto seja compatível com a Constituição Federal (NOVELINO, 2011, p. 122).

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 236-237) relata sobre a possibilidade de uma norma jurídica ser existente (vigente) e, mesmo assim, não ter validade. Neste caso, a norma existe no ordenamento jurídico (foi criada, promulgada e publicada), mas apresenta algum vício (p. ex., incompetência do órgão, vício no processo legislativo,

incompatibilidade com a Constituição Federal) que inibe sua validade. Inclusive, o mesmo autor explica que “a posterior invalidação do ato normativo mediante a declaração de sua inconstitucionalidade formal ou material [...] opera no plano da validade, e não no de sua existência (vigência)”.

Sendo existente e válida, deve-se analisar se a norma possui eficácia jurídica, que, segundo Dirley da Cunha Junior (2014, p. 133), significa a sua aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios, ou seja, deve-se verificar se é possível à norma alcançar os objetivos anunciados em seu texto. Importante são as lições trazidas por Emerson Garcia referente à existência, validade e eficácia da norma, assim pontuando:

A norma será *existente* caso emane de um órgão estatal, seja formulada e revelada ao mundo exterior de determinada forma e tenha um objeto (*rectius*: um padrão normativo). Além de existente, será *válida* caso seus elementos constitutivos possuam os atributos exigidos no texto constitucional: o órgão seja competente (*rectius*: competência legislativa do ente federativo e de seus órgãos internos), a forma, inclusive em relação aos atos que antecederam a sua formação (*rectius*: o processo legislativo), seja a exigida e o seu objeto guarde uma adequação material com a Constituição. A norma existente e válida será *eficaz* tão logo esteja apta a produzir os efeitos que lhe são próprios, o que se dará no momento em que se implementarem as condições previstas em seu texto ou em outra norma (v.g.: com a sua vigência). (GARCIA, 2005, p. 184).

Contudo, não faz sentido uma norma jurídica ser existente (vigente), ter validade e eficácia jurídica se, ao final, ela não for efetiva (não tiver eficácia social). Por isso, ao lado dos três requisitos apontados pela doutrina tradicional, também é preciso considerar o requisito da efetividade (BULOS, 2014, p. 477-478).

Os termos “eficácia jurídica” e “efetividade” (ou “eficácia social”) são parecidos, dando a ideia de que representariam o mesmo instituto, já que ambos estão relacionados aos efeitos da norma jurídica. Porém, em que pese aparentemente semelhantes, em sua essência, não se confundem, conforme explicado abaixo.

A eficácia jurídica representa a possibilidade de uma norma produzir os efeitos que lhe são próprios, ou seja, “é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos” (SILVA, 1998, p. 66). Sendo assim, José Afonso da Silva alerta que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica (pois são capazes de produzir os efeitos nela previstos), havendo uma variação apenas quanto ao grau de sua incidência (aplicabilidade).

Já a efetividade (ou eficácia social), traduz a real e efetiva produção concreta de efeitos, ou seja, uma norma é efetiva quando os efeitos nela previstos se concretiza no mundo dos fatos, havendo uma efetiva aplicação da norma aos casos concretos (BULOS, 2014, p. 477). Para José Afonso da Silva (1998, p. 66), “o alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final”. Segundo Emerson Garcia (2005, p. 184), “a norma somente terá efetividade (ou eficácia social como preferem alguns) quando seus efeitos, concebidos em estado latente, se materializarem no plano fático”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 237) alerta para a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social da norma, de maneira que a primeira se refere à “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados”. A segunda, por sua vez, representa a observância e aplicação da norma no plano fático (nas situações concretas experimentadas pelas pessoas no mundo real), ou seja, ocorre quando a norma alcança seus objetivos, demonstrando que é efetiva.

A efetividade (ou eficácia social) traduz a realização do Direito, ou seja, ocorre quando a norma efetivamente desempenha a sua função, de forma que os preceitos jurídicos por ela anunciados (eficácia jurídica) são concretamente aplicados no mundo dos fatos, com potencialidade de resolver as situações jurídicas postas à sua incidência (BARROSO, 2009, p. 220).

José Afonso da Silva bem explica que a eficácia jurídica e eficácia social (efetividade), embora sejam institutos jurídicos diversos, apresentam sentidos conexos.

Os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos, [...]. (SILVA, 1998, p. 66).

Com isso, tem-se que os requisitos de existência (vigência) e validade da norma são pré-requisitos para o estudo de sua eficácia jurídica e sua potencial efetividade, de maneira que uma norma somente será eficaz e, potencialmente efetiva se, antes disso, ela existir (tiver vigência) no mundo jurídico e for válida. Assim, se a norma existir, for válida e tiver eficácia jurídica, ela está apta a incidir em casos

concretos (é aplicável), ainda que não seja efetiva (ainda que não seja cumprida pela sociedade). Com isso, é possível que existam normas eficazes e efetivas e, também, normas eficazes e não efetivas (CUNHA JUNIOR, 2014, p. 133-134).

Feitas as ponderações devidas sobre a relação entre “eficácia jurídica” e “efetividade” (ou eficácia social) das normas, bem como a relação entre “eficácia jurídica” e “aplicabilidade” das normas, a partir de agora deve-se estender tais institutos às normas constitucionais e, posteriormente, aos direitos fundamentais, com especial enfoque ao direito social à educação, visando buscar sua máxima extensão e alcance.

O Direito brasileiro possui várias classificações relacionadas à eficácia das normas constitucionais. Dentre as diversas classificações, merece destaque aquela elaborada por José Afonso da Silva (1998, p. 82), que pontua, basicamente, os graus de eficácia das normas constitucionais (extensão de sua aplicabilidade). Porém, antes de adentrar no estudo desta classificação, faz-se necessário entender a sua origem, calcada em duas teorias que analisam a aplicabilidade das normas constitucionais, a saber: uma americana e outra italiana.

Segundo aponta Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 104), a primeira teoria, desenvolvida por autores americanos do século XIX, sobretudo por Thomas Cooley (e divulgada no Brasil por Ruy Barbosa), afirma que a Constituição possui dois tipos de normas: normas constitucionais autoaplicáveis ou autoexecutáveis (self-executing) e normas constitucionais não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis (not self-executing). Para esta teoria, as normas autoexecutáveis poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto independentemente do legislador ordinário. Por sua vez, as normas não autoexecutáveis, mesmo estando presente na Constituição, não poderiam ser aplicadas diretamente, necessitando da atuação do legislador ordinário para viabilizar os direitos nelas previstos (AGRA, 2018, p. 120).

A segunda teoria, desenvolvida por autores italianos do século XX, sobretudo por Vezio Crisafulli, afirma que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, de maneira que em uma Constituição não existe normas sem aplicabilidade. A prova disso é que toda norma constitucional possui, pelo menos, duas eficácias, a saber: uma eficácia positiva, que é a aptidão da norma para ser aplicada aos casos nela previstos; e uma eficácia negativa, que é a aptidão da norma para bloquear as normas anteriores ou invalidar as posteriores. Para esta teoria, se todas as normas constitucionais possuem eficácia, então esta deve ser analisada em

graus, ou seja, algumas normas teriam um elevado grau de eficácia jurídica (e aplicabilidade), enquanto outras teriam um reduzido grau de eficácia jurídica (e aplicabilidade). (FERNANDES, 2017, p. 105).

Na doutrina brasileira, a teoria italiana ganhou vários adeptos, destacando-se a classificação elaborada por José Afonso da Silva, que cuidou de melhor esclarecer a caracterização das normas constitucionais do ponto de vista de sua eficácia jurídica, a qual constitui a base de sua aplicabilidade (SILVA, 1998, p 82-83). É óbvio que, como toda classificação elaborada por um determinado doutrinador sofre críticas de outros doutrinadores²³, com a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade de José Afonso da Silva não foi diferente. Contudo, em que pese as diversas críticas existente, o presente trabalho seguirá a classificação deste doutrinador.

Primeiramente, José Afonso da Silva pontua que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica (pois são capazes de produzir os efeitos nela previstos), havendo uma variação apenas quanto ao grau de sua incidência (aplicabilidade).

[...] não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. (SILVA, 1998, p. 81-82).

Em segundo lugar, José Afonso da Silva (1998, p. 81-82) alicerçou sua classificação das normas constitucionais nos pilares da eficácia e aplicabilidade, pontuando que entre elas existe diferença em relação aos graus de eficácia, de forma que uma Constituição possui as seguintes normas: de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada (ou reduzida).

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, pois não dependem de legislação posterior

²³ Pode-se citar, como exemplo, as críticas feitas por Virgílio Afonso da Silva na obra "Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia". Além disso, nesta obra, vislumbra-se que o referido autor também faz menção às críticas feitas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho na obra "Os princípios do direito constitucional e o art. 192 da Carta Magna.

para sua operatividade, estando aptas a produzir seus efeitos desde a entrada em vigor, ou seja, possuem eficácia positiva e negativa (SILVA, 1998, p. 82-83). Por terem aplicabilidade integral, Marcelo Novelino (2011, p. 123-124) afirma que essas normas não admitem restrição por parte do legislador ordinário, sendo possível apenas sua regulamentação. São exemplos de norma constitucional que, em geral, possui eficácia plena, aquelas que trazem proibições (art. 145, §2º, CF/88) ou vedações (art. 19, CF/88), as que conferem isenções (art. 184, §5º, CF/88), imunidades (arts. 53 e 150, I a VI, CF/88) ou prerrogativas (art. 128, §5º, I, CF/88).

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. (SILVA, 1998, p. 82).

As normas constitucionais de eficácia contida, de acordo com José Afonso da Silva (1998, p. 82-83), são aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata e possivelmente não integral, pois não dependem de legislação posterior para sua operatividade, estando apta a produzir seus efeitos desde a entrada em vigor, ou seja, possuem eficácia positiva e negativa. Contudo, conforme lembra Dirley da Cunha Junior (2014, p. 140), por terem uma aplicabilidade possivelmente não integral, admitem restrições em seu âmbito de incidência por parte do legislador infraconstitucional. Além disso, Walber de Moura Agra (2018, p. 126-127) alerta que, enquanto não houver restrição legal, a norma constitucional de eficácia contida produzirá os mesmos efeitos de uma norma constitucional de eficácia plena. Nestes termos, José Afonso da Silva (1998, p. 82) diz serem normas que “incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”. Por estarem passíveis de restrição por legislação futura, Marcelo Novelino (2011, p. 124) explica que as normas constitucionais de eficácia contida geralmente utilizam as expressões “[...] nos termos da lei”; “[...] na forma da lei”, “[...] que a lei estabelecer”, como vislumbra-se, por exemplo, no art. 5º, VII, VIII, XIII, XXV, XXXIII; no art. 15, IV; no art. 37, I; no art. 93, IX, todos da Constituição Federal de 1988.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida) são

aquelas que possuem aplicabilidade indireta, mediata e limitada (ou diferida), pois dependem de intervenção legislativa posterior para sua operatividade, somente produzindo a plenitude de seus efeitos jurídicos após a elaboração dos atos normativos nela previstos ou requeridos (SILVA, 1998, p. 8283). Assim, conforme lembra Novelino (2011, p. 125-126), não possuem eficácia positiva (porque não produzem efeitos enquanto não houver a intervenção legislativa), mas apenas uma eficácia negativa, ab-rogando as normas anteriores ou invalidando as normas posteriores que lhes forem incompatíveis. Quanto às normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida), José Afonso da Silva explica que:

[...] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (SILVA, 1998, p. 82-83).

Cumprе anotar que as normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida) apresentam duas subespécies, a saber: normas de princípio institutivo (ou organizatório) e normas de princípio programático.

As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo (ou organizatório), segundo explica Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 107), dependem de lei para instituir ou organizar a estrutura de entidades, órgãos ou instituições previstas na Constituição Federal (p. ex., o art. 102, §1º, CF/88 criou a Ação Declaratória de Preceito Fundamental e reservou à lei a tarefa de disciplinar este objeto, tendo sido editada a Lei nº 9.882/1999. Da mesma forma, o art. 134, §1º, CF/88 criou a Defensoria Pública da União e reservou à lei complementar a tarefa de organizá-la, tendo sido editada a Lei Complementar nº 80/1994).

Já normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, segundo lembra Dirley da Cunha Junior (2014, p. 142), são aquelas que estabelecem ações e programas a serem implementadas pelos poderes públicos (políticas públicas), mas não dizem quais são os caminhos para sua implementação, cabendo então ao legislador ordinários estabelecer tais caminhos (p. ex., o art. 3º, CF/88 traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mas não diz como alcançá-los, cabendo então ao legislador fazê-lo. Da mesma forma, o art. 201, *caput*, CF/88 traz o programa “Regime Geral da Previdência Social”, reservando ao legislador ordinário a idealização deste programa).

Uma leitura rápida pode levar o intérprete a confundir as normas constitucionais de eficácia contida e as normas constitucionais de eficácia limitada, já que em ambas é possível a intervenção do legislador ordinário. Contudo, possuem estruturas diversas, já que as primeiras nascem com eficácia plena, mas o legislador ordinário atua para restringir o âmbito de sua incidência, enquanto as segundas, por sua vez, não nascem com eficácia plena, necessitando da intervenção do legislador ordinário para alcançar essa plenitude de efeitos.

Feitas as considerações devidas sobre a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade elaborada por José Afonso da Silva, é preciso analisar a extensão e alcance do comando previsto no §1º do art. 5º, CF/88, que assim anuncia: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O primeiro ponto que se extrai do texto normativo do §1º do art. 5º, CF/88, segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 268), é que somente os direitos e garantias fundamentais possuem eficácia plena e aplicação imediata aos casos concretos. Assim, as demais normas constitucionais (que não definem direitos e garantias fundamentais) não seriam abarcadas pela proteção deste dispositivo.

[...] partindo da premissa de que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da nossa doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume uma relevância não meramente secundária. Em hipótese alguma o significado do art. 5º, §1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. (SARLET, 2009, p. 268)

Em segundo lugar, estando a norma do §1º inserida topograficamente no art. 5º, CF/88, questiona-se se ela é aplicável apenas aos direitos individuais e coletivos ou a todos os direitos e garantias fundamentais. Nesse ponto, Flávia Piovesan defende que a aplicabilidade imediata deve abarcar todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e não apenas aquelas previstas no Capítulo I do Título II.

A partir da interpretação teleológica do texto, independentemente da topografia constitucional, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais há de se expandir por todo

o texto constitucional. Vale dizer: onde se encontre um preceito definidor de direito e garantia fundamental, estará delineado o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2003, p. 106-107).

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 262) pontua que não só os direitos individuais e coletivos gozam da presunção de eficácia plena e aplicabilidade imediata trazida pelo art. 5º, §1º, CF/88, mas todos os direitos fundamentais também merecem essa proteção, aí englobados os direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos políticos e os direitos de nacionalidade, que, ao menos formalmente, são considerados fundamentais. Para Sarlet (2009, p. 263), “nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico”.

Contudo, também é preciso frisar que a eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não constitui uma regra de presunção absoluta em todos os casos, sem qualquer exceção, pois o comando do art. 5º, §1º, CF/88 consubstancia-se em norma de caráter principiológico e, portanto, traz um mandado de otimização, de maneira que os poderes públicos devem reconhecer a maior eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2009, p. 270). Nas palavras de Jairo Néia Lima (2008, p. 291), “as instituições estatais devem aplicá-lo na maior medida possível, até onde encontrarem condições para o seu atendimento”. Logo, alerta Sarlet (2009, p. 271) que este mandamento principiológico deve ser analisado no sentido de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sendo que a recusa no seu cumprimento por ausência de ato concretizador deve ser adequadamente justificado.

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se [...] que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida

concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que - no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição - os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. (SARLET, 2009, p. 271-272).

Sabendo que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem ser aplicadas no sentido de que delas seja extraída a máxima eficácia possível, é preciso, a partir de agora, estabelecer quais normas constitucionais definidoras do direito à educação apresentam traços de fundamentalidade.

De início, tem-se que a Constituição Federal de 1988 traz o direito à educação no rol do art. 6º, que trata dos direitos sociais. Estando inseridos dentro do Título que trata dos direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, razão pela qual se conclui que o direito à educação também é um direito fundamental de cunho social.

O direito à educação, a par de ter sido mencionado no art. 6º, CF/88 como direito fundamental social, foi melhor detalhado nos arts. 205 a 214 da CF/88. Contudo, conforme explicações de Walter Claudius Rothemburg (2021, p. 345), ainda que não existissem essas disposições autônomas no Texto Constitucional, a própria interpretação das normas de cunho institucional (com força de cláusula expansiva) possibilita concluir que o direito à educação é um direito fundamental, o que se extrai da previsão contida no art. 5º, §2º, CF/88, segundo a qual os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Sabendo disso, cumpre analisar quais normas referentes ao direito à educação podem ser consideradas direitos fundamentais para, então, concluir-se pela sua aplicação imediata aos casos concretos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 332-333) pelo menos os arts. 205, 206, 207 e 208 da Constituição Federal de 1988 podem ser considerados direitos fundamentais tanto no aspecto formal quanto no aspecto material. Por sua vez, Sarlet aponta que os demais dispositivos (arts. 209 a 214 da CF/88) apresentam normas de organização e procedimento, possuindo o mesmo *status* jurídico das demais normas constitucionais. Verifica-se então que não é porque determinada norma está inserida no Título VIII (da ordem social), regulamentando algum direito fundamental, que ela

será dotada de fundamentalidade formal e material.

As normas constitucionais garantidoras do direito à educação são nítida expressão de experiências sociais, razão pela qual a própria sociedade, elegendo este direito como imprescindível para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, obrigou o Estado a angariar esforços na busca de sua efetivação (DINIZ; COSTA, 2021, p. 415). Nesse sentido, Regina Fonseca Maria Muniz explica que:

[...] as normas constitucionais que disciplinam o direito à educação, ora visto como integrante do direito à vida, ora como direito social, não de ser entendidas como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, onde todos são investidos no direito subjetivo público, com efetivo exercício e gozo, indispensáveis para o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (art. 205 da Constituição Federal), sem o que o ser humano não tem como atingir a sua plenitude terrena, no plano material e espiritual. Nesse passo, o direito à educação é mais do que um direito social de segunda dimensão: é um direito fundamental de primeira grandeza e da personalidade, inserido no direito à vida no seu sentido integral, isto é, como meio necessário a uma perfeita e sólida formação do homem e pelo papel decisivo que ele exerce na preservação da coesão social e, portanto, nos termos do § 1º do art. 5º da CF/88, é norma constitucional de aplicabilidade imediata. (MUNIZ, 2002, p. 22-23). (destacado no original).

Pelas informações já trazidas, pode-se dizer que a efetivação do direito à educação apresenta-se como um pressuposto legítimo e imprescindível à concretização da dignidade da pessoa humana, razão pela qual não se pode permitir que o exercício pleno desse direito dependa de regulamentação do legislador ordinário (para aqueles que entendem o art. 205, CF como norma constitucional programática), sob pena de frustrar os fundamentos de um Estado Democrático de Direito (ARAÚJO, 2013, p. 61).

Desta forma, as normas constitucionais sobre direito à educação podem ser exigidas de forma imediata pelos cidadãos, na medida em que eleitas pelo constituinte como direito público subjetivo (art. 208, §1º, CF/88), razão pela qual possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de intervenção legislativa. Além disso, sendo o direito à educação pressuposto para o gozo de uma vida digna, o Estado deve fomentar e agir no sentido de sua efetivação (GARCIA, 2005, p. 185-186).

A partir dessa análise sistêmica (sempre matizada na exigência de máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente aquelas que tutelem,

em seu núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana), a contextualização normativa do direito à educação enseja não apenas o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata e de sua justiciabilidade, como a possibilidade de se afirmar a natureza jurídica vinculativa das diretrizes constitucionais que tratam dos moldes de sua efetivação, em especial atenção àquele comando que lhe autentica uma finalidade última (artigo 205): “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (ARAÚJO, 2013, p. 63).

No mesmo sentido, sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais definidoras do direito à educação, o Tribunal Pleno do STF, em sede de repercussão geral, entendeu que “1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. [...]”.²⁴

Sendo assim, firma-se o pressuposto de que as normas garantidoras do direito à educação são albergadas de fundamentalidade essencial, na medida em que o exercício deste direito torna-se indispensável para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, requisitos para a concretização da dignidade da pessoa humana, razão pela qual tais normas são dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na medida em que não dependem de legislação posterior para sua operatividade, estando aptas a produzirem seus efeitos desde a sua entrada em vigor.

1.6 DA ORGANIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL

No Brasil, nem sempre o Município foi reconhecido como ente federado dotado de ampla autonomia política e organizacional, o que pode, inclusive, ser comprovado pelas disposições da Constituição de 1967 (art. 1º, *caput*) e da Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 1º, *caput*), na medida em que ambas reconhecem o Brasil como uma República Federativa formada pela União indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, não fazendo referência ao Município como integrante da federação (BITTENCOURT, 2016, p. 33).

²⁴ STF. RE nº 1.008166/SC com Repercussão Geral. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Luiz Fux, julg 22/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>. Acesso em 13 out. 2022.

Da mesma forma, a organização do direito à educação brasileira nem sempre foi distribuída de forma democrática e descentralizada entre os entes políticos, pois tanto a Constituição de 1967 (art. 169, *caput*) quanto a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 177, *caput*) estabeleciam uma organização do sistema de ensino feita entre a União, os Estados e o Distrito Federal, de forma que os Estados e o Distrito Federal organizavam os seus próprios sistemas de ensino, enquanto a União organizava o sistema de ensino federal e dos Territórios. Contudo, o sistema federal de ensino apresentava um caráter supletivo, visando apenas colmatar as deficiências locais (BATISTA, 2018, p. 3).

Nota-se, pelos Textos Constitucionais em vigor à época do regime ditatorial militar, que os Municípios não possuíam autonomia político-administrativa para estabelecer seu próprio sistema de ensino e gerir suas políticas educacionais, devendo seguir as regras estabelecidas no sistema de ensino organizado pelo Estado ao qual fazia parte. Nesse sentido, Juliano Soares Rangel (2014, p. 26) traz a informação de que “parte considerável dos Estados brasileiros eram responsáveis pela prestação dos serviços educacionais nos referidos níveis educacionais para a totalidade de Municípios por ele abrangida, [...]”.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, inspirada na ascensão do regime democrático, conferiu maior autonomia político-administrativa aos Municípios, reconhecendo-os como entes políticos integrantes da República Federativa do Brasil, juntamente com os Estados e o Distrito Federal, formando uma união indissolúvel (art. 1º, *caput*) (BITTENCOURT, 2016, p. 33). Inclusive, o Texto Constitucional atual dedicou o Capítulo II, dentro do Título III (que disciplina a organização do Estado), para tratar da autonomia dos Municípios (arts. 29 a 31). Como se não bastasse, o art. 18, CF/88 também tratou de ressaltar que os Municípios são autônomos em relação à União, aos Estados e ao Distrito Federal, mas que todos compõem a organização político-administrativa do Brasil.

Diante dessa maior autonomia político-administrativa conferida pela Constituição Federal de 1988, os Municípios podem gerir seus programas sociais, inclusive aqueles voltados às políticas públicas educacionais (RANGEL, 2014, p. 23). Assim, conforme explica Neusa Chaves Batista (2018, p. 5-6), houve uma melhor descentralização do direito à educação, que reflete o espírito democrático da Constituição Cidadã, de maneira que todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e, agora, também os Municípios), devem organizar seus sistemas de ensino

em regime de colaboração (art. 211, *caput*, CF/88).

Na esteira desses acontecimentos, a organização do sistema educacional brasileiro, cujas bases federativas republicanas sempre implicaram responsabilidades aos entes subnacionais, passa por um processo de reorganização em virtude do reconhecimento dos municípios como entes federados autônomos na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), conferindo autonomia política às municipalidades no que tange à concepção e gestão de políticas sociais, impulsionando ações efetivas de descentralização político-administrativas. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Brasil, 1988, 1996), ao definirem as competências e atribuições dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e municípios), estabelecem com clareza a autonomia dos municípios para criar e gerir o seu próprio sistema de ensino em oferta, organização e gestão da educação municipal. (BATISTA, 2018, p. 3)

Reforçando esta ideia, o Ministério da Educação (MEC), por intermédio da Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional de Educação (CNE), emitiu o Parecer nº 30/2000²⁵, onde ficou consignado que “a base dos sistemas municipais de ensino é sua existência constitucional própria, autônoma e conseqüente ao caráter do Município como pessoa jurídico-política de direito público interno com autonomia dentro de seu campo de atuação”.

Além disso, ao elaborar e gerir seu próprio sistema de ensino, bem como criar o Conselho Municipal de Educação como seu próprio órgão normativo, o Município tornou-se reconhecido como entidade política autônoma e integrante do sistema federativo brasileiro no âmbito da educação escolar (RANGEL, 2014, p. 20).

Conforme anotado por Neusa Chaves Batista (2018, p. 3), a Carta Política de 1988 incorporou ao seu texto o princípio da gestão democrática do ensino público (art. 206, VI), dispensando aos Municípios maior grau de autonomia para elaboração do seu sistema de ensino e da gestão da educação municipal, sempre em colaboração com os sistemas de ensino dos demais entes políticos (art. 211, *caput*).

Nina Ranieri (2019, p. 275) lembra que, quanto à competência legislativa para a elaboração de normas concernentes ao direito à educação, tem-se que o art. 22, XXIV, CF/88 atribui à União a competência privativa para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, sendo que tal competência já foi exercida por meio da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Contudo, em que pese este assunto ser de

²⁵ Parecer nº 30/2000-CNE/CEB do Ministério da Educação. Publicado no Diário Oficial da União de 6/10/2000, Seção 1, p. 25. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pceb030_00.pdf. Acesso em 11 abr. 2022.

competência privativa da União, é possível a delegação de competência legislativa aos Estados para que, por Lei Complementar, disciplinem de forma específica sobre as diretrizes e bases da educação de acordo com seu interesse regional (art. 22, parágrafo único, CF/88).

Ainda quanto à competência legislativa, o art. 24, IX, CF/88 estabelece uma competência concorrente entre à União, os Estados e o Distrito Federal para legislarem sobre educação. É sempre bom lembrar que, no âmbito da competência concorrente, compete à União editar normas gerais, enquanto os Estados podem legislar de forma suplementar. Contudo, caso a União seja omissa em sua atividade legislativa, os Estados podem legislar de forma plena para atender suas peculiaridades, mas, sobrevindo lei federal sobre normas gerais, a lei estadual terá sua eficácia suspensa no que contrariar a legislação federal (RANIERI, 2019, p. 275).

Em relação aos Municípios, a Constituição Federal de 1988 reservou-lhes a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, bem como para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, I e II, CF/88). Dessa forma, conforme explica Ranieri (2019, p. 275), com base no art. 30, I, CF/88, os Municípios podem legislar sobre educação visando disciplinar suas peculiaridades locais (não pode estabelecer diretrizes e bases da educação, já que este tema é de reserva privativa da União), porém, não poderão suplementar a legislação federal e a estadual (art. 30, II, CF/88), visto que o *caput* do art. 24, CF/88 não menciona os Municípios.

Verifica-se, com fulcro no disposto nos art. 24, IX combinado com o art. 30, I, todos da Constituição Federal, que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem legislar sobre educação, porém, sempre respeitando os limites impostos pelo Texto Constitucional e nos exatos termos da legislação nacional sobre normas gerais elaborada pela União.

Por sua vez, quanto à competência administrativa para organizar a educação nacional, o art. 211, *caput*, CF/88 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão os seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Além disso, na organização dos seus sistemas de ensino, todos os entes federativos precisam definir as formas de colaboração visando assegurar a universalização, a qualidade e a equidade do ensino obrigatório (art. 211, §4º, CF/88), sendo que a educação básica gratuita deve atender, de forma prioritária, todas as etapas do ensino regular (art. 211, §5º, CF/88).

A Constituição Federal de 1988 atribui aos Municípios a obrigação de atuarem prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, §2º, CF/88). Já aos Estados e ao Distrito Federal ficou reservada a atuação prioritária no ensino fundamental e no ensino médio (art. 211, §3º, CF/88). Quanto à União, a ela cumpre organizar o sistema federal de ensino, bem como exercer função redistributiva e supletiva em matéria educacional, visando garantir igualdade de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, §1º, CF/88).

Para dar concretude e melhor disciplinar os comandos constitucionais referente ao direito à educação, a União, exercendo sua competência privativa, editou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), para estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional.

Nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394/2020, a educação escolar é formada por dois grupos, a saber: a educação básica e a educação superior. Por sua vez, o grupo da educação básica é formada por alguns subgrupos, que são: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

Seguindo o teor das normas insculpidas no art. 211 da Carta Magna, a Lei nº 9.394/1996 também diz que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem organizar os respectivos sistemas de ensino em regime de colaboração, (art. 8º, *caput*). Dentro da organização democrática dos sistemas de ensino, compete aos Municípios oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, bem como oferecer com prioridade o ensino fundamental (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996). Já os Estados devem assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio (art. 10, VI, Lei nº 9.394/1996). Por fim, o art. 9º da Lei nº 9.394/1996 diz que compete à União, dentre outras atribuições: elaborar o Plano Nacional de Educação (PNE), em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (inciso I); prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva (inciso III); e estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio (inciso IV).

Verifica-se que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei nº 9.394/1996 estabeleceram ser obrigação dos Municípios e dos Estados o oferecimento do ensino

fundamental, o que demonstra uma aparente sobreposição de competências, de forma que, se não houver um regime estabelecendo as funções de cada ente político, a qualidade da educação ofertada pode correr riscos (BARROS, 2022, p. 155).

Nesse diapasão, a Lei nº 9.394/1996 tentou, de forma abstrata e geral e, frise-se, com pouco sucesso, estabelecer as responsabilidades de cada ente político. Primeiramente, estabeleceu que os Municípios devem priorizar o ensino fundamental (art. 11, V), enquanto os Estados devem priorizar o ensino médio, podendo atuar, em parceria com os Municípios, na oferta de ensino fundamental (art. 10, VI). Além disso, atribuiu aos Estados a competência para definir, junto com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público (art. 10, II). Percebe-se, pelo que consta na Lei nº 9.394/1996, que o ensino fundamental deve ser ofertado prioritariamente pelos Municípios, de maneira que os Estados atuariam de forma colaborativa e subsidiária.

Para tentar solucionar o problema referente à aparente sobreposição de competência quanto ao ensino fundamental, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.351/2021²⁶, de autoria do Deputado Federal Neucimar Fraga, alterando os art. 10, VI e o art. 11, V, ambos da Lei nº 9.394/1996, para definir atribuições e responsabilidades dos Estados e Municípios em relação à oferta do ensino fundamental. Assim, de acordo com o texto do PL nº 1.351/2021, os Municípios deverão oferecer a educação infantil e os anos iniciais do ensino fundamental (1º ao 5º ano), enquanto os Estado deverão ofertar os anos finais do ensino fundamental (6º ao 9º ano) e o ensino médio.

Denota-se, na verdade, que a Lei nº 9.394/1996 destaca o papel dos Municípios no oferecimento da educação fundamental, confirmando a tendência do modelo federalista moderno, que atribui as necessidades básicas da população à menor esfera de governo, dentro de um sistema colaborativo entre os entes políticos pautado no princípio da subsidiariedade (RANIERI, 2019, p. 270). Assim, a União e os Estados devem participar dos sistemas de ensino municipal de forma supletiva e redistributiva,

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1351/2021**. Altera os artigos 10, VI e Art. 11, V da Lei 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB), e define atribuições e responsabilidades para os sistemas de ensino, na garantia da oferta do ensino obrigatório na Educação Básica da Rede Pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2277796>. Acesso em 11 abr. 2022.

com o objetivo de corrigir, progressivamente, as disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino (art. 75, da Lei nº 9.394/1996).

Feitas essas breves considerações sobre a organização dos sistemas de ensino no Brasil, e tendo em vista que o núcleo deste estudo tem por objeto a organização do direito à educação no âmbito municipal, é preciso, melhor detalhar as atribuições e responsabilidades dos Municípios para a concretização deste direito fundamental.

Conforme já mencionado, os Municípios devem oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas e, também, o ensino fundamental, sendo uma obrigação juridicamente vinculante de caráter absoluto. Além disso, os Municípios também podem atuar nos demais níveis de ensino, oferecendo o ensino médio e a educação superior, porém, somente quando já tiverem atendido de forma plena as necessidades em relação à sua área de competência, inclusive já tendo despendido recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal de 1988 à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 11, V, da lei nº 9.394/1996), ou seja, já devem ter gasto mais de 25% da receita resultante de impostos próprios somada à proveniente das transferências constitucionais com a educação infantil e ensino fundamental (art. 212, *caput*, CF/88) (GARCIA, 2005, p. 176).

Como a oferta de ensino médio e da educação superior não são obrigações dos Municípios, mas apenas mera faculdade, conforme já pontuado, a partir de agora o presente estudo será voltado exclusivamente à educação infantil e ao ensino fundamental.

A educação infantil compreende a primeira etapa da educação básica, sendo ofertada às crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, tendo como finalidade o seu desenvolvimento integral nos aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da sociedade (art. 29 da Lei nº 9.394/1996). Ainda, nos termos do art. 30 da Lei nº 9.394/1996, a educação infantil divide-se em dois subníveis, sendo oferecida em creches (ou em entidades equivalentes) para as crianças de até 03 (três) anos de idade e, sucessivamente, em pré-escolas, para crianças de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos.

Atualmente, nos Municípios, a educação infantil tem sido ofertada em Centros Municipais de Educação Infantil (CMEI's), os quais se caracterizam por serem estabelecimentos oficiais de educação infantil responsáveis por desenvolverem ações educativas e de cuidado, contribuindo para o desenvolvimento integral das crianças

até atingirem 5 anos de idade (NASCIMENTO, 2012, p. 47). Assim, os CMEI's desenvolvem os dois subníveis da educação infantil, a saber: creche e pré-escola.

Segundo aponta Fernanda de Carvalho Nascimento (2012, p. 47), os CMEI's surgiram para abolir a antiga ideia de que as creches seriam estabelecimentos exclusivamente assistencialistas, que apenas cuidavam das crianças que ali se encontravam enquanto seus pais estavam trabalhando. Assim, com a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, os CMEI's tornaram-se responsabilidade da Secretaria Municipal de Educação, perdendo, então, o caráter assistencialista para assumir um papel educacional, contribuindo no desenvolvimento e formação intelectual das crianças, já que os conceitos de “educar” e “cuidar” tornaram-se indissociáveis, caminhando lado a lado, compondo a etapa inicial da educação básica (NASCIMENTO, 2012, p. 47). Com isso, o direito à creche, que antes era dos pais, passou a se consolidar como direito fundamental da criança.

O Centro Municipal de Educação Infantil – CMEI visa, portanto, a atender crianças de 0 a 5 anos, integrando o sistema de ensino e oferta da primeira etapa da educação básica. Esse espaço educativo tem o objetivo de criar condições para que a integração dessas crianças com o processo de aprendizagem ocorra de forma eficaz, prazerosa e lúdica, levando em consideração mudanças rápidas e profundas que ocorrem nessa faixa etária e, principalmente, as características específicas das crianças.

O Centro Municipal de Educação Infantil tem como função favorecer o processo de desenvolvimento e de aprendizagem das crianças que o frequentam e prepará-las para o ingresso no Ensino Fundamental. Dessa forma, o grande desafio da educação e de seus profissionais é compreender, conhecer e reconhecer o jeito particular da criança ser e estar no mundo e, a partir daí, oferecer a ela um ambiente que estimule, enriqueça e amplie suas possibilidades de entender o mundo e de nele atuar. (NASCIMENTO, 2012, p. 48)

No mesmo sentido, o Ministério da Educação (MEC), por intermédio da Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional de Educação (CNE), emitiu o Parecer nº 20/2009²⁷, onde ficou consignado que “as creches e pré-escolas se constituem, portanto, em estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de zero a cinco anos de idade [...], refutando assim funções de caráter meramente assistencialista, [...]”.

Por fim, o art. 31 da Lei nº 9.394/1996 diz que a educação infantil será

²⁷ Parecer nº 20/2009-CNE/CEB do Ministério da Educação. Publicado no Diário Oficial da União de 9/12/2009, Seção 1, p. 14. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pceb020_09.pdf. Acesso em 11 abr. 2022.

organizada de acordo com as seguintes regras comuns: a) avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental; b) carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional; c) atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral; d) controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas; e e) expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança.

De outro lado, o ensino fundamental será ofertado de forma obrigatória para as crianças a partir dos 6 (seis) anos de idade, tendo duração de 9 (nove) anos, e sendo gratuito nas escolas públicas. Esta etapa da educação visa a formação básica do cidadão mediante os seguintes aspectos: a) desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; b) compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; c) desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; e d) fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social (art. 32, *caput* e incisos da Lei nº 9.394/1996).

A Lei nº 9.394/1996 ainda estabelece que o ensino fundamental regular seja ministrado em língua portuguesa, assegurando-se às comunidades indígenas a utilização de suas línguas tradicionais e processos próprios de aprendizagem (art. 32, §3º). Além disso, como forma de integração das crianças para convívio coletivo, o ensino fundamental será prioritariamente oferecido de forma presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais (art. 32, §4º).

Quanto à jornada escolar, o ensino fundamental será ministrado por pelo menos 4 (quatro) horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola, podendo a criança permanecer na escola por tempo integral, a critério dos sistemas de ensino (art. 34, *caput* e §2º da Lei nº 9.394/1996).

A Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional ainda dispõe que o ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e

constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurando-se o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, sendo vedadas quaisquer formas de proselitismo (art. 33, *caput*, da Lei nº 9.394/1996). Por fim, cumpre aos sistemas de ensino regulamentarem os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecer as normas para a habilitação e admissão dos professores (art. 33, §1º, da Lei nº 9.394/1996).

Nestes termos, tem-se que a Constituição Federal de 1988 promoveu uma repartição de competências materiais entre os entes federados, combinando atribuições privativas a atribuições comuns, mas sempre pautada no espírito colaborativo com base no princípio da subsidiariedade. Portanto, em que pese competir aos Municípios o oferecimento da educação infantil e do ensino fundamental, é possível a atuação redistributiva e supletiva da União e dos Estados visando manter o padrão mínimo de qualidade do ensino.

Dando continuidade ao estudo do direito fundamental social à educação, é necessário o avanço da pesquisa para a correta compreensão sobre como o Poder Público (sobretudo o municipal) pode atuar para formular, implementar e executar ações e programas sociais voltados à efetivação deste direito fundamental, bem como analisar quais são os impactos dessa atuação para os cofres públicos, o que será visto no capítulo seguinte.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO PÚBLICO MUNICIPAL

Como visto anteriormente, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto as leis infraconstitucionais garantem um vasto número de direitos aos cidadãos. Contudo, a proteção de direitos demanda custos para o Poder Público, pois se até mesmo os direitos negativos (de abstenção, ou direitos de liberdade) requerem fração econômica para sua satisfação, muito mais caro é a concretização de direitos positivos (de prestação, como os direitos sociais), na medida em que o Estado deve atuar para atender as demandas da sociedade e garantir um padrão mínimo de vida digna (BOGOSSIAN, 2015, p. 182).

Se de um lado o Poder Público tem custos para proteger os direitos dos cidadãos, por outro lado, a escassez de recursos assola os cofres do Estado (BARCELLOS, 2005, p. 90), o que, inclusive, é reconhecido pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992²⁸, dispondo que os Estados-Partes devem adotar providências, especialmente econômicas e técnicas, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, na medida dos recursos disponíveis.

Alinhando-se o custo dos direitos à escassez de recursos públicos, chega-se à conclusão de que é impossível ao Estado sempre atender de forma equânime todos os setores da sociedade. Isso significa que o administrador público precisa constantemente fazer escolhas, alocando recursos em determinado setor com a consciência de que outros interesses inevitavelmente serão comprometidos (SANTOS, 2021, p. 80). E este cenário fica ainda mais complexo na medida em que os cidadãos pleiteiam direitos de forma potencialmente ilimitada em face do Poder Público, porém, como contribuintes, relutam em colaborar com a produção da receita fiscal utilizada para atendimento de suas demandas (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 82-86).

A situação torna-se mais delicada, ainda, se levado em conta o chamado “efeito Buchanan”, inicialmente verificado para sistemas públicos de saúde,

²⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 12 abr. 2022.

mas que muito bem se aplica a qualquer tipo de demanda em sede de direitos prestacionais. O efeito Buchanan aponta para situação crônica de excesso de demanda, já que o cidadão exprime demanda potencialmente ilimitada, mas o mesmo cidadão, na posição de eleitor e contribuinte, reluta em aceitar as implicações fiscais do próprio comportamento. Em outras palavras, tal efeito verifica algo extremamente pertinente e verdadeiro no cenário brasileiro: muitos (ou todos) querem que o Estado prontamente satisfaça suas demandas, independente do seu custo, enquanto esses mesmos muitos relutam fortemente em contribuir para o próprio sistema, seja por meio da tributação (vide as taxas de sonegação e evasão fiscal), seja por meio da eleição dos projetos políticos que melhor atendam seus interesses particulares. (BOGOSSIAN, 2015, p. 182).

O direito à educação, sendo um direito fundamental de cunho social, exige atuação (prestação) por parte do Estado por meio da elaboração de políticas públicas, de maneira que sua concretização também demanda custos, causando impacto no orçamento público, já que o direcionamento de recursos públicos para o fornecimento do ensino de qualidade demanda ausência (ou diminuição) de aplicação financeira para o atendimento de outros direitos, da mesma forma que a alocação de recursos para a satisfação de outros interesses pode causar prejuízo no fornecimento do direito à educação (SARMENTO, 2016, p. 229).

Portanto, para ampliar o debate acerca do custo para a efetivação de programas e ações voltadas à concretização do direito à educação, torna-se relevante o estudo das políticas públicas juntamente com a análise das peças orçamentárias que possibilitam a realização dos direitos sociais, sobretudo o direito à educação municipal.

2.1 CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA

Com a transição do Estado liberal (pautado na abstenção) para o Estado social (consubstanciado no dirigismo estatal), o Poder Público passou a ter, como finalidade, atender os interesses da coletividade, o que, em resumo, representa a satisfação dos direitos fundamentais (GRINOVER, 2013, p. 126). Assim, cumpre ao Estado garantir o funcionamento dos serviços básicos e essenciais à população no ensejo de satisfazer as necessidades públicas e promover o bem comum, buscando uma justiça social que se amolde aos objetivos fundamentais elencados pelo art. 3º, da CF/88²⁹.

²⁹ **Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Para atender ao interesse público e concretizar os direitos fundamentais, sobretudo os de cunho social, cumpre ao Poder Público planejar, formular e executar ações e programas voltados ao atendimento de diversas áreas, tais como educação, saúde, segurança pública, assistência social, entre outras, o que se dá por meio das políticas públicas. Portanto, é por meio das políticas públicas que o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, atingir os objetivos elencados na Constituição Federal, sobretudo em relação aos direitos fundamentais sociais, que demandam prestações para sua efetivação (BARCELLOS, 2005, p. 90).

O Estado tem obrigação institucional de atender às necessidades sociais, procurando atender aos pedidos ou demandas, na definição e implementação de política pública, tendo como norte o fornecimento de serviços adequados ao cidadão ou usuário, direta ou indiretamente, e a busca da efetivação dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana, que necessitam de serviços públicos. (SANTIN, 2019, p. 135).

Contudo, a formulação e execução de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais sociais requer a existência de disponibilidade financeira suficiente, situação que leva o Estado a promover a entrada de recursos aos cofres públicos, o que se torna possível por meio de uma gestão financeira e orçamentária prudente e planejamento tributário adequado (BRITO; SOUZA, 2021, p. 1108). Assim, havendo a entrada de receita aos cofres públicos, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira (2015, p. 41) bem lembra que as autoridades públicas têm o dever fundamental constitucional de utilizar o dinheiro público de forma correta, honesta, transparente, racional, eficaz e no interesse (público) de todos os cidadãos.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 1), o tema “políticas públicas” é objeto de estudo tanto pela Ciência Política quanto pela Ciência da Administração Pública. Além disso, a relação entre a política e a atuação do Poder Público passou a ser objeto de estudo também da ciência jurídica, desde a Teoria Geral do Estado, passando pelo Direito Constitucional, pelo Direito Administrativo, chegando até mesmo no campo do Direito Financeiro. A mesma autora ainda afirma que o direito público, pela sua essência, não consegue se distanciar dos valores e da dinâmica lançados pela política.

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Porém, nem sempre o estudo das políticas públicas foi algo pacífico, pois durante muito tempo o Direito adotou uma concepção que rejeitava pontos de intersecção com outras áreas do conhecimento, de maneira que as decisões sobre a atuação do Estado deveriam ser objeto exclusivo da Ciência Política. Contudo, com o passar dos anos e a evolução da hermenêutica jurídica, o Direito sofreu uma abertura metodológica, admitindo a influência de outras áreas do conhecimento, de maneira que o tema “políticas públicas” passou a ser terreno fértil para o debate jurídico. Enfim, o assunto deve ser tratado de forma multidisciplinar, devendo ser estudado por todos os ângulos e concepções, e não dividido em áreas do saber (BOGOSSIAN, 2015, p. 183).

Para André Bogossian (2015, p. 183-184), do ponto de vista técnico, a política pública não terá um resultado satisfatório quando pautar-se exclusivamente em demandas da sociedade, mas, ao contrário, para ter sucesso, ela precisa ser bem planejada, formulada e executada pelos seus atores. Bogossian ainda explica que não apenas a Administração Pública direta formula e executa políticas públicas em áreas tradicionais (p. ex., educação, saúde, segurança pública), mas também a Administração Pública indireta, por intermédio de seus órgãos reguladores setoriais, também realiza diversas ações e programas que podem ser considerados políticas públicas.

Mas qual seria então o conceito de políticas públicas? Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241), “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. E complementa a autora dizendo que as políticas públicas “devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito” (BUCCI, 2002, p. 264).

Por sua vez, em artigo intitulado “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, Ana Paula de Barcellos aponta os traços característicos das políticas públicas, explicando que:

[...], compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como ‘políticas públicas’. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá,

de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção (BARCELLOS, 2005, p. 90)

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 22), em majestosa síntese, conceitua políticas públicas como “as metas e os instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger. Elas compreendem não só a definição das metas, das diretrizes, das prioridades, mas também a escolha dos meios de atuação”.

Também vale ressaltar o conceito de políticas públicas proposto por Osvaldo Canela Junior, relacionando-as à atuação do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais, conforme segue:

Nenhuma política pública, portanto, pode violar os direitos fundamentais, porquanto tal representa a transgressão dos próprios objetivos do Estado. [...].

Impende a observação de que uma política, entendida como programa de ação, somente será pública se atender ao bem comum, ao interesse público. O interesse público está expressamente estabelecido no art. 3º da Constituição Federal. Uma política será pública, portanto, se atender aos objetivos do Estado brasileiro.

Desta forma, todas as condutas desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal, por estarem adstritas à realização do interesse público, devem objetivar a efetivação espontânea dos direitos fundamentais. Trata-se do cumprimento espontâneo da obrigação assumida pelo Estado em âmbito nacional e internacional.

Concluimos, portanto, que as políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos. O Estado, como sujeito passivo da obrigação, as satisfaz através da atuação concreta das formas de expressão do poder estatal. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 58-59)

Para Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 47), a expressão “políticas públicas” representa “um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.

No mesmo sentido, também abordando os mecanismos para a efetivação de direitos fundamentais, Eduardo Augusto Salomão Cambi traz o seguinte entendimento sobre políticas públicas:

Ademais, os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependem de políticas públicas. [...]. Não basta, pois, o reconhecimento formal dos direitos fundamentais; imprescindível existir meios para concretizá-los. Os direitos fundamentais (sociais) são realizados a partir de um conjunto de

atividades – denominado de políticas públicas – que devem ser realizados pela Administração Pública, para que os fins previstos na Constituição sejam cumpridos.

Por fim, imprescindível também são as lições de Valter Foletto Santin para a compreensão do tema “políticas públicas”, o qual ressalta os pontos de convergência entre a atuação do Estado na prestação de serviços públicos para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Para tanto, referido autor refere-se às “políticas públicas” nos seguintes termos:

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um *law enforcement* (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão.

As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função.

Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2013, p. 21-22)

Diante dos vários conceitos supracitados, pode-se dizer, em linhas gerais, que as políticas públicas constituem ações e programas formulados para a concretização dos objetivos sociais do Estado e realização dos ideais políticos dos administradores públicos, devendo visar sempre o atingimento do bem comum. Em outras palavras, as políticas públicas funcionam como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais (sobretudo os sociais) no intuito de atender os objetivos do Estado brasileiro.

No esteio do pensamento de que a política pública tem como finalidade a efetivação dos direitos fundamentais no intuito de se buscar o bem comum e satisfazer o postulado da dignidade humana, Maria Paula Dallari Bucci entende que determinada

política somente poderá ser compreendida como “pública” se contemplar interesses da coletividade, senão vejamos:

Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade - não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção - mas como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para manifestação clara e transparente das posições em jogo. (BUCCI, 2002, p. 269).

Em que pese todo o esforço no sentido de estabelecer um conceito didático e preciso sobre a expressão “políticas públicas”, fato é que, na doutrina, existem vozes que defendem a inexistência de um conceito jurídico para o assunto. Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins (2018, p. 147) entende que a expressão “políticas pública” apresenta alguns problemas que justificariam sua abolição da linguagem jurídica, mas isso seria inviável em razão da consolidação do termo. O referido autor aponta, ainda, um problema semântico em relação ao adjetivo “pública”, questionando se todas políticas são públicas ou se existiriam políticas “privadas” diferentes das “públicas”. Por fim, afirma que o intérprete deve se socorrer da linguagem jurídica para encontrar o significado de expressões jurídica, jamais podendo buscá-lo na linguagem comum.

Da mesma forma, Américo Bedê Freire Junior cita, em nota de rodapé, as observações feitas por Guilherme Amorim Campos da Silva em sua obra intitulada “Direito ao desenvolvimento”, onde critica a expressão “políticas públicas” em razão de nítida redundância, tendo em vista que a política é essencialmente pública, não havendo política privada (SILVA, 2004, p. 103 *apud* FREIRE JUNIOR, 2005, p. 47).

Também Maria Paula Dallari Bucci, na obra “Direito Administrativo e políticas públicas”, tendo como origem sua tese de doutoramento, conceituou políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2002, p. 264), conforme já citado anteriormente. Porém, em trabalho publicado no ano de 2006 com o título “O conceito de política pública em Direito” a autora conclui no sentido de que não existe um conceito jurídico de políticas públicas, nos seguintes termos:

Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja

um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública. (BUCCI, 2006, p. 47).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 838), política pública é o “conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país”. Nesse aspecto, referido autor defende a existência, além das funções administrativa, legislativa e judicial, também de uma função política ou de governo (MELLO, 2015. p. 36-37).

Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 37), a política pública é o resultado do exercício da função política (ou de governo), pois enquanto a função administrativa resulta em atos administrativos, a função legislativa em leis, a função jurisdicional em sentenças, a função política (ou de governo) resulta em políticas públicas. Porém, Ricardo Marcondes Martins (2018, p. 148) aponta uma falha no pensamento de Bandeira de Mello, explicando que para o direito, “política” confunde-se com “discricionariedade”, de maneira que “[...] a função política ou de governo é o exercício discricionário, seja legislativo, seja administrativo. Em suma, o que se chama de função política ou é função legislativa ou é função administrativa”.

Feitas as ponderações devidas, independentemente da divergência doutrinária sobre a existência ou inexistência de um conceito jurídico sobre políticas públicas, fato é que a correta compreensão da expressão “políticas públicas” deve ser extraída a partir de um estudo multidisciplinar (p. ex., Direito, Ciência Política, Economia, Administração Pública, entre outros ramos da ciência) compreendendo-se tal fenômeno como sendo ações e programas formulados e executados pelos Poderes Públicos para a realização dos objetivos do Estado na busca da efetivação dos direitos fundamentais (sobretudo os sociais) para o atingimento do bem comum.

2.2 CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sendo o Brasil um estado social e democrático de direito, deve primar pela realização dos interesses da sociedade, o que somente acontecerá por meio da prestação de serviços públicos adequados e fornecimento das condições mínimas

necessárias ao desenvolvimento de uma vida digna. Logo, para alcançar essa meta, é preciso que o Estado atue de forma racional e planejada mediante a formulação e implementação de políticas públicas (DUARTE, 2013, p. 16-17).

É preciso entender que uma política pública somente será legítima quando condicionada a obrigações juridicamente relevantes, ou seja, desde que sua previsão conste no ordenamento jurídico *lato sensu*, mas não se esgotando nele, já que a previsão constitucional ou legal de determinada política pública obriga o Estado (aí incluído os Poderes estatais e os órgãos públicos) a agir de forma coordenada para minimizar as desigualdades existentes com a adoção de medidas tendentes a priorizar o atendimento dos grupos menos favorecidos para o atingimento da igualdade material (CARVALHAES, 2019, p. 57).

Sabendo que as políticas públicas constituem ações e programas formulados para a efetivação dos objetivos sociais do Estado e realização dos ideais políticos para o atingimento do bem comum de toda a coletividade, é preciso que sua concretização observe um processo recheado de atos e fases que englobam, desde a identificação do problema, a formação da agenda e a formulação de alternativas possíveis, passando pela tomada de decisão e implementação da política pública e chegando até sua avaliação, sempre formando um procedimento cíclico (FONTE, 2015, p. 58).

Na medida em que políticas públicas representam programas de ação governamental fundado na concretização de direitos sociais, devem seguir um processo concatenado de ações desde a atividade de planejamento, a regulação de comportamentos, a organização da burocracia estatal, a distribuição de benefícios e a arrecadação de impostos, por exemplo. A par disso, as etapas de realização das políticas públicas, no formato cíclico, envolvem elaboração e planejamento, execução, avaliação e fiscalização. (CARVALHAES, 2019, p. 57).

No mesmo sentido, Leonardo Secchi (2012, p. 33) aponta que o processo de elaboração das políticas públicas é conhecido como “ciclo de políticas públicas”, constituindo um “esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes”. Por sua vez, Maria das Graças Rua (2009, p. 37) explica que “o ciclo de políticas é uma abordagem para o estudo das políticas públicas que identifica fases sequenciais e interativas-iterativas no processo de produção de uma política”. E continua a autora:

Na concepção do ciclo de políticas, a política pública é considerada a resultante de uma série de atividades políticas que, agrupadas, formam o

processo político. Essa visão conduz os estudiosos a examinar como as decisões são ou poderiam ser tomadas e permite identificar e analisar os processos político-administrativos, os mecanismos e estratégias definidas para a realização da política, e o comportamento dos diferentes atores envolvidos em cada etapa do processo de produção de políticas. (RUA, 2009, p. 37).

Percebe-se que o ciclo de políticas públicas forma um sistema retroalimentável onde os Poderes políticos (Poder Administrativo e Poder Legislativo) analisam as demandas da sociedade no ensejo de tentar atendê-las por meio de ações e programas governamentais. Porém, sendo as demandas sociais ilimitadas, as etapas da política pública formam um círculo de projeção infundável, já que para toda pretensão popular haveria a necessidade de novas respostas (BOGOSSIAN, 2015, p. 184).

Logo, as fases da política pública não constituem um processo linear, mas, ao contrário, formam uma unidade contraditória, de maneira que não se tem uma definição precisa do início e do fim do ciclo. Além disso, é possível que várias fases distintas ocorram em um único momento ou, ainda, que o fim de uma fase coincida com o início de outra fase, apresentando uma interdependência (RUA, 2009, p. 37).

Porém, como toda construção pautada na pesquisa científica, a tese do “ciclo de políticas públicas” também apresenta argumentos favoráveis e contrários. Como ponto positivo, Baptista e Rezende (2015, p. 228) apontam a possibilidade de identificação de momentos distintos no processo de construção de uma política pública, cada qual com suas especificidades, possibilitando acesso e, conseqüentemente, intervenção no processo político. Já como ponto negativo, as mesmas autoras entendem que a ideia de fases provoca fragmentação na análise das políticas públicas, ou seja, mesmo que se tente estudar as fases e seus efeitos de forma conjunta, sempre haverá risco de individualização, comprometendo o entendimento sobre o processo político.

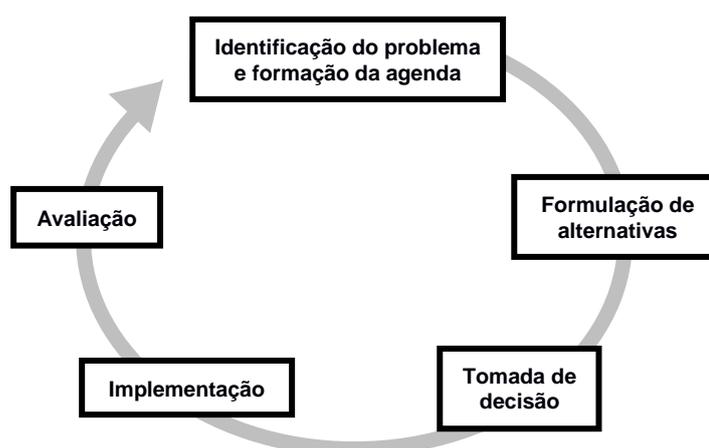
Em que pese as críticas doutrinárias feitas ao esquema de fases ou etapas das políticas públicas por apresentar aparente fragilidade, conforme relatado acima, fato é que “o ciclo de políticas públicas se apresenta como uma ferramenta analítica que contribui para tornar clara e didática a discussão sobre o tema” (RAEDER, 2014, p.127).

A doutrina diverge quanto ao número de fases ou etapas que compõem o ciclo

de políticas públicas, havendo aqueles que apontam a existência de quatro fases³⁰, como é o caso de Felipe de Melo Fonte; outros defendem a existência de cinco fases³¹, como ocorre com Maria das Graças Rua, Clarice Seixas Duarte e Tatiana Vargas de Faria Baptista e Mônica de Rezende; outros ainda elencam seis fases³², conforme lições de Andre Bogossian; e, por fim, há quem defenda a existência e sete fases³³, como Leonardo Secchi.

Sem embargo da divergência doutrinária travada acerca do número de fases que compõem o ciclo de políticas públicas, este trabalho se dedicará a estudar a existência de cinco fases, a saber: a) identificação do problema e formação da agenda; b) formulação de alternativas; c) tomada de decisão; d) implementação; e) avaliação.

Esquemáticamente, pode-se visualizar as cinco fases que compõem o ciclo de políticas públicas da seguinte forma:



Fonte: Elaborado pelo autor.

Aprofundando o estudo do ciclo, o primeiro aspecto a ser analisado para o

³⁰ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

³¹ RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração - UFSC, 2009; DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26; BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria; REZENDE, Mônica de. A ideia do ciclo na análise de políticas públicas. *In*: MATTOS, Ruben Araújo de; BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria (Orgs.). **Caminhos para análise das políticas de saúde**. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2015, p. 229-253.

³² BOGOSSIAN, Andre. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, v. 5, n. 3, p. 179-198, jul./dez. 2015, p. 184. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>. Acesso em 12 abr. 2022.

³³ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas da análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33.

desenvolvimento de uma política é a identificação de um problema como sendo de relevância pública para, em seguida, considerá-lo na formação da agenda política, de maneira que seja tratado com a importância devida pelos atores políticos³⁴.

Inicialmente, para se identificar um problema, é preciso caracterizar determinadas situações de acordo com o contexto social e econômico vigente, bem como examinar qual o seu impacto na vida das pessoas para, então, questionar-se quais seriam os motivos que tornam essas situações um problema que demanda a atuação do Estado (FONTE, 2015, p. 58).

Leonardo Secchi (2012, p. 34) entende que um problema é identificado quando se percebe uma “discrepância entre o *status quo* e uma situação ideal possível. Um problema público é a diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública”. Continua o autor dando alguns exemplos de problemas públicos, a saber:

Um problema público pode aparecer subitamente, por exemplo, uma catástrofe natural que afete a vida de pessoas de determinada região. Um problema público também pode ganhar importância aos poucos, como o congestionamento nas cidades ou a progressiva burocratização de procedimentos e serviços públicos. Um problema público pode estar presente por muito tempo, mas não receber suficiente atenção porque a coletividade aprendeu a conviver com ele, como o caso da favelização das periferias das grandes cidades.

Um problema nem sempre é reflexo da deterioração de uma situação de determinado contexto, mas sim de melhora da situação em outro contexto. Por exemplo, a falta de acesso pavimentado de um pequeno município à malha viária estadual passa a ser percebida como um problema relevante a partir do momento em que o município vizinho é contemplado com esse tipo de obra. Às vezes, se meu vizinho compra um carro novo, eu começo a perceber meu carro como velho. (SECCHI, 2012, p. 34).

É sabido que a sociedade apresenta infindáveis problemas de ordem social e econômica, de sorte que alguns se mostram mais prioritário em relação a outros, merecendo maior atenção dos sistemas políticos. Logo, para identificar um problema, é imprescindível que os atores políticos busquem subsídios de ordem técnica, analisando as situações que demonstrem a necessidade de premente atuação estatal, ou, então, devem examinar as circunstâncias decorrentes de emergência, como no

³⁴ Segundo Maria das Graças Rua em sua obra “Políticas Públicas” (2009, p. 39-43), os atores políticos são todos “aqueles cujos interesses poderão ser afetados, positiva ou negativamente, pelo rumo tomado por uma determinada política pública. Os atores políticos podem ser indivíduos, grupos ou organizações”. Os atores políticos podem ser públicos (chefes do Poder Executivo, membros do Poder Legislativo e os cargos do alto escalão da administração pública) ou privados (empresários, trabalhadores, ONG’s, associações, sindicatos, mídia, entre outros).

caso de catástrofes naturais, epidemias, entre outros. Além disso, também o monitoramento e avaliação das políticas públicas em curso é uma importante ferramenta para a identificação dos problemas, já que possibilita a visualização das falhas e as correções necessárias para o sucesso da ação ou programa (RAEDER, 2014, p. 129).

Leonardo Secchi (2012, p. 35), a partir do trabalho de Gunnar Sjöblom (1984)³⁵, aponta algumas especificidades relacionadas à conformação de um problema público, a saber: percepção do problema, delimitação do problema e avaliação da possibilidade de resolução. Sobre a percepção do problema, tem-se que uma situação material passa a ser considerada um problema quando desagrade muitos atores relevantes. Já quanto à delimitação do problema, é preciso definir os seus elementos, como o conjunto de causas, as possíveis soluções, os eventuais culpados e os obstáculos para sua resolução. Por fim, em relação à avaliação da possibilidade de resolução, deve-se buscar os meios para sanar por completo o problema e, se isso não for possível, deve-se ao menos buscar formas de mitigar suas consequências negativas.

Dessa maneira, se um ator político identifica determinado problema e tem interesse em sua resolução, poderá levá-lo para a lista de prioridades de atuação do Estado. Essa lista de prioridades recebe o nome de “agenda política”. Assim, a formação da agenda política ocorre quando problemas ou temas são tidos como relevantes pelos atores políticos em determinado momento, sendo classificados em ordem de prioridade para resolução. Além disso, havendo alteração no cenário político, econômico ou social de determinada localidade, também é possível que haja uma modificação na agenda política (RUA, 2009, p. 64-65).

Tatiana Wargas de Faria Baptista e Mônica de Rezende (2015, p. 230) trazem as contribuições de John Kingdon (1984)³⁶, para quem a agenda política se diferencia em três espécies, quais sejam: agenda sistêmica (ou não-governamental), agenda institucional (ou governamental) e agenda decisória (ou política).

- a *agenda sistêmica ou não-governamental* - corresponde à lista de assuntos e problemas do país, colocados na sociedade, que por algum motivo não despertaram a atenção do governo e dos formuladores de política naquele momento e que ficaram aguardando oportunidade e disputando espaço para

³⁵ SJÖBLOM, Gunnar. Problemi e soluzioni in politica. **Rivista Italiana di Scienza Politica**, v. 14, n. 1, p. 41-85, 1984.

³⁶ KINGDON, John. **Agendas, alternatives and public choices**. Boston: Little Brown, 1984.

entrar na agenda governamental;
- a *agenda institucional ou governamental* - inclui os problemas que obtêm a atenção do governo, mas ainda não se apresentam na mesa de decisão;
- a *agenda decisória ou política* - corresponde à lista de problemas que estão sendo considerados e que serão trabalhados nos processos decisórios. (BAPTISTA; REZENDE, 2015, p. 230).

Há ainda quem defenda a existência de uma agenda da mídia, composta por diversos problemas que recebem especial atenção dos meios de comunicação. Assim, é possível dizer que, atualmente, em razão da globalização política e da expansão dos meios digitais, a mídia vem ocupando papel de destaque no cenário político, exercendo forte influência sobre a opinião pública, podendo, inclusive, interferir nas agendas políticas e institucionais (SECCHI, 2012, p. 36).

As agendas podem ser constantemente modificadas na medida em que ocorre alteração no cenário político, econômico ou social, de maneira que os problemas podem entrar e sair da lista de prioridades do Governo. Logo, é perfeitamente possível a ocorrência de situações que não permitem a entrada do problema na agenda, ou, se já entrou, por lá não permaneça por muito tempo, tais como a falta de recursos (humanos, materiais, financeiros), a falta de vontade dos atores políticos, a falta de pressão popular, entre outros (SECCHI, 2012, p. 36).

Segundo Leonardo Secchi (2012, p. 36), existem três condições para que um problema seja inserido na agenda política: a) atenção dos atores para as situações apresentadas; b) adoção de medidas necessárias e factíveis para a resolução do problema; e c) competência do órgão público para atuação. Dessa forma, se os atores reconhecerem a relevância de determinados problemas e demonstram interesse em suas soluções, certamente os colocarão em uma lista de prioridades para formação da agenda política.

Identificado o problema e formada a agenda política, parte-se para a segunda fase do ciclo, consistente na formulação de alternativas para a política pública. Neste momento, os diversos atores precisam estabelecer programas, ações, estratégias e métodos para resolver o problema elencado como prioritário, ou seja, são formulados alternativas que orientarão a execução das atividades a serem adotadas pelo Poder Público no sentido de melhor atender os anseios da sociedade (BARREIRO; FURTADO, 2015, p. 301). Em outras palavras, é nesta fase que ocorre o diálogo entre as intenções e as ações no intuito de que sejam formuladas soluções e alternativas para o problema.

Para Maria das Graças Rua (2009, p. 37), a formulação das alternativas ocorre quando “os atores começam a apresentar propostas para sua resolução. Essas propostas expressam interesses diversos, os quais devem ser combinados, de tal maneira que se chegue a uma solução aceitável para o maior número de partes envolvidas”. No mesmo sentido, Leonardo Secchi assim explica:

O estabelecimento de objetivos é o momento em que políticos, analistas de políticas públicas e demais atores envolvidos no processo resumem o que esperam que sejam os resultados da política pública. Os objetivos podem ser estabelecidos de maneira mais frouxa (por exemplo, melhorar a assistência social do município, diminuir o nível de desemprego) ou de maneira mais concreta (por exemplo, reduzir em 20% o número de sequestros, no município X, nos próximos seis meses). Quanto mais concretos forem os objetivos, mais fácil será verificar a eficácia da política pública. No entanto, sabemos que em muitas ocasiões o estabelecimento de metas é tecnicamente dificultoso, como nos casos em que resultados quantitativos da política pública não conseguem mensurar elementos qualitativos mais importantes. O estabelecimento de metas também pode ser politicamente indesejável, como nos casos em que as probabilidades de sucesso são baixas e a frustração de metas traria prejuízos administrativos e políticos insuportáveis. Não obstante, o estabelecimento de objetivos é importante para nortear a construção de alternativas e as posteriores fases de tomada de decisão, implementação e avaliação de eficácia das políticas públicas. (SECCHI, 2012, p. 37).

Para Felipe de Melo Fonte (2015, p. 63), a formulação de políticas públicas representa uma etapa em que os atores sociais e os gestores públicos trazem diversas hipóteses de soluções para o problema que o Estado pretende resolver para a satisfação dos direitos fundamentais que estão sendo violados naquele momento. Ocorre que essa coleta de possíveis soluções pode ser feita de forma aberta para participação da sociedade (p. ex., por intermédio de audiências públicas, consultas públicas, plebiscito) ou limitar-se aos setores mais especializados que compõem o corpo técnico da Administração Pública.

Nota-se, então, que os atores políticos somente podem ampliar as alternativas de resolução dos problemas por meio de pesquisas e investigações formais ou informais sobre suas consequências. Ocorre que, após concluírem sobre o objetivo esperado da política pública, este pode ser alcançado por diversas formas de atuação e por meio de vários caminhos diferentes, razão pela qual compete aos atores avaliar os potenciais custos e benefícios das alternativas disponíveis, já que cada uma requer o emprego de recursos técnicos, humanos, materiais e financeiros diferentes para que seja possível alcançar sua eficácia. Inclusive, neste momento de comparação das alternativas disponíveis, até mesmo a manutenção do estado atual da situação deve

ser considerada como uma das possíveis opções (SECCHI, 2012, p. 37-38).

Para o avanço desta pesquisa, é importante elencar os atores que tem iniciativa para formularem alternativas para as políticas públicas. O poder Executivo possui a função primordial de elaborar e implementar políticas públicas nos termos estabelecidos na Constituição Federal. Já o Poder Legislativo é responsável pela criação de normas que estabelecem as condições concretas de fruição dos direitos fundamentais, ou seja, também atuam diretamente na formulação das políticas públicas. Por sua vez, o Poder Judiciário não tem atribuição originária para formular e implementar políticas públicas, contudo, pode participar do processo chancelando ou controlando uma determinada política pública à luz do ordenamento jurídico vigente (DUARTE, 2013, p. 27). O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, já entendeu que, em hipóteses excepcionais, havendo omissão dos demais Poderes em cumprirem os mandamentos constitucionais, o Poder Judiciário pode assumir a iniciativa da política pública.

É certo [...] que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas da Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, como adverte a doutrina [...], o encargo reside, prioritariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.³⁷

Esta decisão foi inovadora em relação à concretização dos direitos fundamentais sociais nas situações em que os Poderes Executivo e Legislativo permanecem inertes quanto à formulação e implementação de políticas públicas. Porém, o assunto da intervenção jurisdicional nas políticas públicas será melhor detalhado no capítulo 3 deste trabalho.

Tendo sido formulada várias alternativas possíveis para resolver o problema, passa-se para a terceira fase, que consiste em decidir qual(is) fórmula(s) será(ão) utilizada(s), ou seja, inicia-se então a fase de “tomada de decisão” da política pública.

³⁷ STF, **AgR no RE nº 410.715-5/SP**, 2ª Turma, Rel.: Min. Celso de Mello, julg. em 22/11/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em 13/04/2022.

Nas palavras de Secchi (2012, p. 40), “a tomada de decisão representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas”.

Pode-se dizer que é no momento da tomada de decisão que os gestores públicos devem escolher uma solução específica ou algumas soluções em conjunto para aplicar ao problema proposto (FONTE, 2015, p. 63-64). Portanto, é nesta fase que os responsáveis devem analisar as metas a serem alcançadas, os custos para a atuação estatal, bem como o tempo para a realização completa da política pública.

Não se pode esquecer que as decisões sobre políticas públicas trazem, como reflexo, consequências orçamentárias, haja vista que toda prestação por parte do Estado demanda dispêndio de recursos públicos e, sendo estes limitado, toda decisão sobre qual política pública será realizada requer, obrigatoriamente, uma decisão sobre alocação de dotações orçamentárias, ainda que em determinados casos o próprio ordenamento jurídico limite a atuação do administrador público vinculando certos percentuais do orçamento para determinados programas sociais, como é o caso, por exemplo, da educação e saúde (ROTA, 2018, p. 185).

Conforme enfatiza Maria das Graças Rua (2009, p. 37), a tomada de decisões sobre a política pública não significa a aplicação de todas as alternativas formuladas, mas sim a utilização daquela(s) que represente(m) a(s) melhor(es) opção(ões) voltada(s) à atuação do Estado (levando-se em consideração a discricionariedade dos atores políticos) para o atingimento do objetivo central da política pública.

A tomada de decisão não significa que todas as decisões relativas a uma política pública foram tomadas, mas sim, que foi possível chegar a uma decisão sobre o núcleo da política que está sendo formulada. Quando a política é pouco conflituosa e agrega bastante consenso, esse núcleo pode ser bastante abrangente, reunindo decisões sobre diversos aspectos. Quando, ao contrário, são muitos os conflitos, as questões são demasiado complexas ou a decisão requer grande profundidade de conhecimentos, a decisão tende a cobrir um pequeno número de aspectos, já que muitos deles têm as decisões adiadas para o momento da implementação; (RUA, 2009, p. 37-38).

Para auxiliar os gestores públicos durante a tomada de decisões sobre a política pública, Leonardo Secchi (2012, p. 41-42) aponta a existência de três modelos aptos à fundamentar a escolha da(s) solução(ões) visando a resolução de um problema público, a saber: modelo racional, modelo incremental e modelo dos fluxos múltiplos, os quais serão melhor detalhados abaixo.

O modelo racional parte do pressuposto de que os tomadores de decisão têm vários problemas para resolver e, em razão disso, vão atrás de possíveis soluções, ou seja, parte-se do problema para a solução. O modelo racional corresponde à técnica ideal de tomada de decisão, já que elenca uma série de atos a serem praticados na busca de um único objetivo, que é a maior eficiência na utilização dos recursos públicos. Assim, neste modelo, o gestor público precisa, em primeiro lugar, definir o problema para, então, analisar todas as alternativas encontradas e suas possíveis consequências e, por fim, tendo avaliado o custo-benefício de cada proposta, deve escolher a melhor de todas (FONTE, 2015, p. 64).

Em que pese o modelo racional ser o modelo ideal a ser perseguido, ele apresenta algumas dificuldades de ordem prática, já que os gestores públicos dificilmente possuem conhecimento especializado ou corpo técnico suficiente e qualificado nos diversos setores administrativos e, também, não dispõem de tempo hábil para verificar como cada alternativa proposta poderá impactar na resolução do problema (FONTE, 2015, p. 64). No mesmo sentido, porém, apontando outras críticas, Leonardo Secchi assim expõe as falhas do modelo racionalista, senão vejamos:

[...]. Embora seja um bom modelo didático, o modelo de racionalidade esbarra em algumas dificuldades: nem sempre o problema é claro, nem sempre os objetivos são claros ou coerentes com o problema, nem sempre existem soluções, nem sempre (ou quase nunca) é possível fazer uma comparação imparcial sobre alternativas de solução, nem sempre há tempo ou recursos para tomadas de decisão estruturadas. E o mais frustrante dessa história toda: frequentemente, após serem tomadas as decisões, as políticas públicas não se concretizam conforme idealizadas no momento do planejamento, seja por falta de habilidade administrativo-organizacional, seja por falta de legitimidade da decisão ou pela presença de interesses antagônicos entre aqueles que interferem na implementação da política pública. (SECCHI, 2012, p. 41-42).

Já o modelo incremental, segundo Leonardo Secchi, (2012, p. 40), é aquele em que os tomadores de decisão precisam ajustar os problemas existentes às soluções encontradas, da mesma forma que precisam adaptar as soluções predispostas aos problemas surgidos, ou seja, os problemas e as soluções são eventos simultâneos. O mesmo autor ainda alerta que, no modelo incremental, os problemas e as soluções são comparados de forma contínua, sendo definidos, revisados e redefinidos, bem como as decisões adotadas no passado influenciam a tomada de decisões dos problemas presentes (SECCHI, 2012, p. 42).

Diferentemente do modelo racionalista, que busca maior eficiência na utilização

dos recursos públicos, no modelo incremental as decisões são tomadas conforme as diretrizes das forças sociais e políticas envolvidas, preocupando-se mais com os interesses particulares (p. ex., político, eleitoral, econômico) em detrimento do interesse público, ou seja, os gestores públicos tomam decisões com base em critérios pragmáticos voltados à captação de mais votos e perpetuação no poder (FONTE, 2015, p. 65).

Nota-se então que, no modelo incremental, as decisões são tomadas conforme os interesses dos atores envolvidos no processo de construção da política pública, ou seja, em situações de alta complexidade (como é o caso de elaboração de políticas públicas), os gestores públicos prestigiam mais o aspecto político em detrimento dos elementos técnicos, razão pela qual “muitas vezes a solução escolhida não é a melhor opção, mas sim aquela que foi politicamente lapidada em um processo de construção de consensos e de ajuste mútuo de interesses” (SECCHI, 2012, p. 42).

O terceiro e último modelo de tomada de decisão é conhecido como “modelo dos fluxos múltiplos” e funciona de forma diametralmente oposta ao modelo racional, já que parte da ideia de que os tomadores de decisão têm várias soluções em mãos e, em razão disso, vão atrás de problemas que se amoldam às soluções predispostas, ou seja, parte-se da solução para o problema (SECCHI, 2012, p. 41). Aqui, os problemas surgem dos anseios da sociedade de uma forma geral, enquanto as soluções são apresentadas pelos empreendedores de políticas públicas (aquelas pessoas que desejam que suas soluções sejam implementadas). Pode-se dizer então que, no modelo dos fluxos múltiplos, a tomada de decisão acerca da política pública depende da confluência de problemas, soluções e condições políticas favoráveis (RAEDER, 2014, p. 132-133).

O fluxo da política (*politics*) varia de acordo com eventos especiais, como o desenho e a aprovação de orçamento público, reeleições ou substituições de membros do Executivo, refinanciamento de programas públicos etc. À convergência desses fluxos cria uma janela de oportunidade (*policy window*), um momento especial para o lançamento de soluções em situações políticas favoráveis. Essas janelas de oportunidades são consideradas raras e permanecem abertas por pouco tempo.

[...].

São muitos os exemplos de soluções apoiadas por empreendedores de políticas públicas que foram colocadas em prática: programas de renda mínima, lei para regulamentação da adoção de menores, pacotes de reforma administrativa, sistemas de avaliação dos ensinos médio e superior. (SECCHI, 2012, p. 43).

Feitas estas considerações, e tendo sido tomada a decisão acerca de qual

alternativa será empregada para solucionar o problema proposto (independentemente se o gestor público utilizou o modelo racional, o modelo incremental ou o modelo dos fluxos múltiplos), é preciso partir para a próxima etapa do ciclo e, então, promover a implementação da política pública já traçada.

A implementação da política pública ocorre quando as metas e programas idealizados pelos gestores públicos são efetivamente realizados por meio da intervenção do Estado, ou seja, trata-se da “concretização da solução dos problemas que foram definidos na agenda decisória, problemas que deverão ser tratados a partir dos critérios definidos na etapa anterior” (RAEDER, 2014, p. 133). Para Leonardo Secchi (2012, p.44), é na fase de implementação que “são produzidos os resultados concretos da política pública. A fase de implementação é aquela em que regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações”.

No mesmo sentido, Maria das Graças Rua define a fase de implementação de políticas públicas e elenca os atos do processo administrativo necessários para sua consecução da seguinte forma:

Na prática, a implementação pode ser compreendida como o conjunto de decisões e ações realizadas por grupos ou indivíduos, de natureza pública ou privada, as quais são direcionadas para a consecução de objetivos estabelecidos mediante decisões anteriores sobre uma determinada política pública.

Em outras palavras, a implementação consiste em fazer uma política sair do papel e funcionar efetivamente. Envolve os mais diversos aspectos do processo administrativo: desde a provisão de recursos no orçamento, formação de equipes, elaboração de minutas de projeto de lei autorizando a realização de concurso para contratação de servidores, elaboração de editais para aquisição de bens ou contratação de serviços. (RUA, 2009, p. 94-95).

Logo, para que a política pública saia do plano das ideias e possa realmente ser concretizada (implementada), o Estado precisa agir por meio da prática de diversos atos administrativos como, por exemplo, realização de concurso para o preenchimento de determinados cargos, remanejamento ou alocação de servidores para desempenharem atividades essenciais à execução da política pública, abertura de processos licitatórios com a consequente celebração de contratos administrativos, realização de empenho e liquidação da despesa, elaboração de leis e outros atos normativos, criação ou majoração de tributo, campanhas de conscientização, entre outros (FONTE, 2015, p. 66).

Para Secchi (2012, p. 44-46), a fase de implementação da política pública não pode ser encarada como um simples problema técnico ou administrativo, já que

compreende um complexo conjunto de elementos políticos que nem sempre se realizam da forma como haviam sido planejados. O mesmo autor ainda ressalta que é nesta fase que se coloca em teste as pessoas que exercem funções administrativas de liderança e coordenação nos órgãos públicos.

A implementação de uma política pública será tanto mais complexa quanto maior for a sua abrangência (p. ex., política que envolve diversas esferas de governo, como o federal, o estadual e o municipal; que envolve diferentes regiões do país, ou diversos setores de atividades). Assim, quando a atuação estatal para a concretização das metas e objetivos traçados depende de fatores diversos, é preciso um alto grau de cooperação e consenso entre os formuladores e executores, sob pena de pequenas falhas contínuas resultarem em um grande desastre da política pública (RUA, 2009, p. 96).

O principal aspecto da fase de implementação da política pública consiste justamente em identificar os pontos que afetam a realização dos objetivos legais durante o processo de sua elaboração e, para tanto, a Ciência Política trabalha com dois modelos de implementação de políticas públicas, a saber: modelo “top-down” (de cima para baixo) e modelo “bottom-up” (de baixo para cima).

O modelo “top-down” (de cima para baixo) prega uma rígida separação entre as fases de tomada de decisão e de implementação, de forma que seriam fases consecutivas, onde a primeira ficaria a cargo dos políticos e a segunda seria de competência da administração (burocratas) (RAEDER, 2014, p. 134). No mesmo sentido, Secchi (2012, p. 47) expõe que o modelo “top-down” fundamenta-se em uma abordagem funcionalista e tecnicista, onde as fases de formulação e a decisão sobre a política pública ficam a cargo dos agentes políticos, enquanto a fase de implementação deve ser exercida pela instância administrativa, à qual compete encontrar os meios para os fins estabelecidos. O mesmo autor complementa nos seguintes termos:

Esse modelo também é visualizado como estratégia da classe política para “lavar as mãos” em relação aos problemas de implementação: se as políticas, os programas e as ações estão bem planejados, com objetivos claros e coerentes, então uma má implementação é resultado de falhas dos agentes (por exemplo, policiais, professores, médicos). Esse processo é conhecido na literatura política como *blame shifting*, ou deslocamento da culpa. (SECCHI, 2012, p. 47)

Por sua vez, o modelo “bottom-up” (de baixo para cima) apresenta maior

liberdade da esfera administrativa (burocratas) e demais atores públicos nas fases de formulação, decisão e implementação da política pública, ou seja, os implementadores possuem liberdade para realizar os ajustes necessário de forma que a política pública alcance os resultados almejados, demonstrando haver maior discricionariedade na condução da política pública (RUA, 2009, p. 128). Assim, a avaliação da implementação ocorre de acordo com os resultados alcançados *a posteriori* pela política pública, e não por meio da análise “cega” e antecipada das prescrições legais (SECCHI, 2012, p. 47).

Nesse modelo, o formato que a política pública adquiriu após a tomada de decisão não é definitivo, e a política pública é modificável por aqueles que a implementam no dia a dia. Em poucas palavras, existe maior discricionariedade por parte dos gestores e burocratas. Esse papel de remodelação da política pública por aqueles que a implementam não é entendido como um desvirtuamento, mas sim como uma necessidade daquele que se depara com os problemas práticos de implementação. (SECCHI, 2012, p. 48).

Leonardo Secchi (2012, p. 48-49) ainda explica que a diferenciação entre os dois modelos influencia na análise sobre a implementação, de maneira que, partindo-se da perspectiva do modelo “top-down”, a atenção inicial volta-se aos documentos que formalizam a política pública (análise teórica) e, com base neles, busca-se, na prática as falhas da implementação. Por sua vez, pelo modelo “bottom-up”, analisa-se os efeitos práticos da política pública (análise empírica) para, então, concluir-se se os resultados estão satisfatórios ou se é preciso melhorar a atuação (fazer ajustes) de forma a se atingir os resultados esperados. Portanto, Secchi conclui que o modelo “top-down” é mais indicado para verificar as falhas de implementação (culpa da administração), enquanto o modelo “bottom-up” é mais indicado para verificar falhas na formulação de alternativas e tomada de decisões (culpa dos políticos).

Por fim, tendo sido implementada, a política pública deve passar por um processo de avaliação contínuo no intuito de se verificar o impacto concreto daquela determinada ação ou programa para a sociedade, analisando se os objetivos previstos nas fases anteriores estão sendo alcançados e se há alguma falha que precise ser corrigida, bem como deve-se observar se os meios utilizados são condizentes com as finalidades desejadas e se estas seguem os parâmetros preestabelecidos pelos atores políticos (DUARTE, 2013, p. 31). Em linhas gerais, pode-se dizer que a avaliação corresponde à verificação de eficácia da política pública.

[...], verificar se as metas estipuladas por uma determinada política pública estão ou não sendo alcançadas e a que custo, bem como quais são as consequências de sua implementação, constitui aspecto importante a ser considerado. Trata-se da avaliação dos produtos ou impacto da política propriamente dita, o que pode ser realizado por meio de auditorias. Geralmente, os próprios órgãos responsáveis pela execução da política produzem relatórios em que buscam descrever e “mensurar” tais aspectos. Entretanto, é possível verificar, também, outros elementos. Por exemplo, se os propósitos das políticas estão de acordo com determinados princípios juridicamente vinculantes. Trata-se de critérios objetivos que permitem julgar se e por que uma política é preferível à outra. É preciso aferir se as metas, os meios e a forma de execução da política estão sendo realizados de acordo com os ditames constitucionais. No contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, não é possível ignorar a necessária conexão entre os elementos de uma determinada política pública e os princípios e objetivos que caracterizam tal modelo de Estado. (DUARTE, 2013, p. 31-32).

Leonardo Secchi (2012, p. 49) explica que, por meio da fase de avaliação da política pública “o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou. É o momento-chave para a produção de *feedback* sobre as fases antecedentes”.

Sabendo que a avaliação da política pública tem como finalidade estudar a validade do programa implementado, bem como os acertos e desacertos das ações realizadas, verifica-se que o processo avaliativo ocorre em três diferentes etapas, sempre em relação à fase de implementação, vejamos: avaliação anterior à implementação, avaliação posterior à implementação e avaliação concomitante com a implementação (ou monitoramento), que permite a realização de ajustes de forma imediata (RAEDER, 2014, p. 135).

De forma inovadora, a Emenda Constitucional nº 109/2021 incluiu o §16³⁸ ao art. 37 e, também, o §16³⁹ ao art. 165, ambos da Constituição Federal de 1988, trazendo aos agentes políticos o dever de observarem os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas sempre que forem propor (Poder Executivo) e aprovar (Poder Legislativo) novos instrumentos normativos, inclusive as leis orçamentárias.

A doutrina elenca uma série de critérios a serem analisados de forma a fornecer elementos suficientes para a avaliação de uma política pública. Segundo os ensinamentos de Secchi (2012, p. 50), critérios são “mecanismos lógicos que servem

³⁸ **Art. 37, §16, CF/88:** As leis de que trata este artigo devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas previstos no § 16 do art. 37 desta Constituição.

³⁹ **Art. 165, §16, CF/88:** As leis de que trata este artigo devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas previstos no § 16 do art. 37 desta Constituição.

como base para escolhas ou julgamentos”, fundamentando-se em valores reais que fornecem substrato ao avaliador para julgar se uma política pública deu certo ou errado.

Pode-se dizer que os principais critérios utilizados na avaliação de uma política pública são: a economicidade (gastar pouco); a eficiência econômica (produzir muito gastando pouco ou o necessário); a eficiência administrativa (seguir os métodos e fórmulas preestabelecidos); a eficácia (alcançar os objetivos propostos); e a equidade (distribuir os ônus e os bônus de forma igualitária para todos os beneficiários da política pública) (SECCHI, 2012, p. 50).

Além dos critérios avaliativos descritos acima, Felipe de Melo Fonte (2015, p. 67-68) aponta quatro mecanismos de avaliação de políticas públicas que se distinguem em razão dos parâmetros utilizados para o controle, a saber: político-eleitoral, administrativo-interno, legislativo e judicial.

A avaliação política-eleitoral de uma política pública é um dos mais importantes mecanismos de controle por estar diretamente relacionada às democracias contemporâneas, ou seja, como a Constituição Federal de 1988 estabelece eleições periódicas para os cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, é possível aos cidadãos julgarem, a partir de suas concepções acerca dos problemas sociais, quais partidos políticos (e candidatos) oferecem melhores planos de ações para atender seus anseios. Por este motivo, pode-se dizer que o voto é o primeiro e o principal mecanismo de avaliação de políticas públicas (FONTE, 2015, p. 68).

A avaliação administrativa-interna (controle administrativo ou autotutela) é aquela feita internamente pela própria Administração Pública por intermédio de seus órgãos de controle interno (FONTE, 2015, p. 69). Segundo os ensinamentos de Odete Medauar (2018, p. 376), em relação ao seu objeto, o controle administrativo pode ser: de legalidade (almeja a legalidade de forma geral, incluindo a legalidade financeira e orçamentária); de mérito (aprecia a conveniência e a oportunidade de soluções legalmente possíveis); e de “boa administração” (relaciona-se à eficiência, à produtividade e à gestão). Segundo Felipe de Melo Fonte (2015, p. 70), o controle interno “é fundamental para garantir a observância às regras e aos princípios legais, mas também para assegurar que a burocracia governamental guarde fidelidade ao planejamento mais amplo definido pelos agentes de cúpula e pela legislação”.

Já a avaliação legislativa de políticas públicas pode ocorrer de forma autônoma e, também, com o auxílio dos Tribunais de Contas. O Poder Legislativo avalia e

controla políticas públicas de forma autônoma quando, por exemplo, realiza a discussão e votação das leis orçamentárias, analisando quais ações e programas merecem maior atenção para, então, serem incluídos nas peças orçamentárias futuras. De outro lado, o Poder Legislativo avalia e controla política pública com o auxílio do Tribunal de Contas nos casos em que aprecia e julga o acórdão de parecer prévio opinando pela regularidade ou irregularidade das contas de governo dos administradores públicos (FONTE, 2015, p. 70-72).

Por fim, a avaliação judicial de políticas públicas ocorre nos exatos termos e limites traçados pelo ordenamento jurídico, de forma que a jurisprudência já pacificou o entendimento (conforme será visto no próximo capítulo deste trabalho) de que o Poder Judiciário pode intervir nos atos praticados pela Administração Pública quando estes violarem os preceitos da Constituição Federal, sobretudo as regras e princípios definidores de direitos fundamentais (FONTE, 2015, p. 72-73).

Nota-se que a fase de avaliação de políticas públicas reveste-se de fundamental importância até mesmo para a continuidade de sua existência, visto que é por meio desta fase que os agentes políticos e demais atores envolvidos podem examinar o impacto dos resultados, de forma a se concluir se a ação ou o programa desenvolvido pelo Estado foi suficiente para reduzir ou acabar com o(s) problema(s) que a gerou. Em linhas gerais, pode-se dizer que a avaliação traz um *feedback* sobre todas as fases do ciclo da política pública (BAPTISTA; REZENDE, 2015, p. 250).

Com base nos ideias e argumentos supracitados, chega-se à conclusão de que a “vida” de uma política pública não pode ser compreendida como um evento estático e isolado, mas, ao contrário, trata-se de um processo dinâmico que se renova a cada momento, sendo formado por procedimento cíclico com fases sequenciais e interdependentes (identificação do problema e formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação e avaliação).

2.3 ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ESTUDOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Conforme já trabalhado anteriormente, políticas públicas podem ser entendidas como ações, metas ou programas de governo que tem como finalidade coordenar os meios à disposição do Estado no intuito de realizar os direitos fundamentais previstos

na Constituição Federal na busca do bem-estar social e satisfação dos interesses da coletividade.

Sendo as políticas públicas reflexo da atuação estatal que requer escolhas racionais e coletivas de prioridades por parte dos governantes, é possível concluir que seu conceito está diretamente ligado à incidência da discricionariedade administrativa, tanto em relação à decisão dos instrumentos para a realização de políticas públicas quanto em matéria de dispêndio de recursos públicos (DI PIETRO, 2013, p. 23).

[...] a formação e a execução de políticas públicas é um fenômeno complexo, que jamais poderia esgotar-se somente na discricionariedade da Administração Pública, tradicionalmente responsável pela sua implementação. Contudo, mesmo ausente em alguns casos específicos, a discricionariedade é parte integrante do fenômeno da ação governamental, razão pela qual não se pode deixá-la de lado em um estudo sobre políticas públicas. (FONTE, 2015, p. 84-85)

Assim, como os demais atos praticados pela Administração Pública, a elaboração de políticas públicas também demanda um planejamento estratégico por parte do Estado, desde o momento da sua formulação até a execução final da ação ou programa. Este planejamento público estratégico pode ser visualizado, inclusive, por meio do ciclo de políticas públicas (conforme trabalhado no tópico anterior), onde os atores políticos identificam problemas e formam uma agenda, buscam alternativas para a solução desses problemas, tomam decisões, implementam a política pública e, por fim, realizam sua avaliação como forma de apurar os pontos positivos e, também, os pontos negativos que precisam ser melhorados. Logo, as políticas públicas devem ser planejadas pelos gestores públicos conforme os elementos que movem a ação pública estatal, sendo permeada pela discricionariedade administrativa (objeto de estudo deste tópico) e pela complementação do orçamento público (que será estudado no próximo tópico deste capítulo).

A discricionariedade sempre foi estudada como sendo um tema afeto ao Direito Administrativo, porém, em razão da importância dispensada ao assunto, inclusive no âmbito da doutrina, que vem expandindo sua aplicação para além do Poder Executivo, incidindo também no Poder Judiciário e, até mesmo, no Poder Legislativo, sua análise transcende o Direito Administrativo para alcançar a própria Teoria Geral do Direito (FONTE, 2015, p. 85). Sendo assim, é preciso traçar alguns pontos de destaque sobre a discricionariedade administrativa, o que será feito adiante.

O Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88)

e, por esse motivo, apresenta-se imerso no manto da “legalidade”, de forma que todos, sem exceção, devem sujeitar-se ao império da lei. Não por outra razão, o próprio art. 5º, II, da CF/88 estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Isso significa que, pela ordem jurídica constitucional brasileira, tanto o Estado quanto os cidadãos devem obediência aos comandos legais em vigor (LIBERAL, 2018, p. 85).

Em que pese todos se submeterem ao império da lei, o cidadão goza de uma maior liberdade de atuação quando comparado à liberdade do Estado, já que o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, ao passo que o gestor público somente atua de forma legítima quando está autorizado pela lei (MARINELA, 2011, p. 922). Em linhas gerais, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 988) enfatiza que “enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido”. Essa conclusão é reforçada pelo *caput* do art. 37 da CF/88 que traz, dentre os princípios a serem observados pela Administração Pública, o princípio da legalidade, que também já era previsto no plano infraconstitucional desde o ano de 1965 no texto da Lei de Ação Popular (art. 2º, “c” e parágrafo único, “c” da Lei nº 4.717/1965).

Sobre o princípio da legalidade, preciso é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, que assim discorre sobre o assunto:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o Administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, 2016, p. 93).

No espírito da força impositiva da lei como instrumento de regulação da atividade dos particulares e do Estado, a doutrina costuma dividir os atos administrativos (praticados pelo Estado) de acordo com a maior ou menor liberdade de atuação dada ao administrador público (mas sempre pautado nos limites da lei), classificando-os em atos “vinculados” e atos “discricionários” (MELLO, 2015, p. 432).

Nos atos administrativos vinculados, a lei descreve de forma detalhada a conduta a ser adotada pelo gestor público, de maneira que este não goza de qualquer liberdade para atuar, ou seja, o gestor público tem o poder-dever de agir nos exatos termos definidos pela norma (CARVALHO FILHO, 2015, p. 131). Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 221), “a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma”.

Atos vinculados ou *regrados* são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. [...].

Na prática de tais atos o Poder Público sujeita-se às indicações legais ou regulamentares e delas não se pode afastar ou desviar sem viciar irremediavelmente a ação administrativa. (MEIRELLES, 2016, p. 191).

Por outro lado, nos atos administrativos discricionários, a lei confere ao gestor público maior liberdade em sua atuação, ou seja, o gestor público não fica totalmente adstrito aos limites rígidos presentes na norma, podendo proceder a uma avaliação da conduta conforme a conveniência e a oportunidade para, então, escolher entre alternativas igualmente justas e legítimas, aquela que melhor se amolda ao caso concreto (CARVALHO FILHO, 2015, p. 131-132). Para Di Pietro (2014, p. 221), no ato discricionário, “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”. Também merece destaque o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim explica:

[...], fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei. (MELLO, 2015, p. 990).

Em que pese a discricionariedade administrativa possibilitar uma liberdade de escolha por parte do administrador público, fato é que essa margem de atuação não é absoluta e ilimitada, ou seja, mesmo admitindo-se que a tomada de decisão pode pautar-se na apreciação subjetiva do administrador público, isto não faz da discricionariedade um poder autônomo, já que a liberdade de atuação deve observar os limites impostos pela norma jurídica (que abrange as regras e os princípios), de

sorte que mesmo para atuar com discricionariedade, a Administração Pública precisa observar os comandos normativos (NOHARA, 2010, p. 173). Diz-se que “o juízo de conveniência e de oportunidade, inerente ao mérito dos atos administrativos discricionários, deve ser formulado dentro dos princípios constitucionais da Administração Públicas, e com estrita observância dos direitos fundamentais” (CAMBI, 2020, p. 325).

Além disso, o fato de um ato administrativo ser discricionário não significa que todos seus elementos também o sejam, isto é, mesmo nos atos administrativos discricionários, alguns de seus elementos sempre devem estar vinculados à lei, de maneira que não existe ato administrativo completamente discricionário (LIBERAL, 2018, p. 87) .

Assim, para que um ato administrativo seja válido, mesmo na hipótese de ser ele discricionário, o gestor público deve ser legalmente competente para praticá-lo. Além disso, deve-se observar a forma prevista em lei para sua realização. Por fim, o ato deve buscar a finalidade prevista em lei que, de um modo geral, corresponde ao interesse público. Verifica-se então que, mesmo nos atos administrativos discricionários, os elementos “competência”, “forma” e “finalidade” sempre serão vinculados à lei (KRELL, 2004, p. 186).

Vislumbra-se, portanto, que mesmo nos atos administrativos discricionários, apenas o “motivo” e o “objeto” são elementos discricionários, admitindo-se avaliação conforme um juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador público. Pode-se dizer então que a discricionariedade dos elementos “motivo” e “objeto” referem-se ao “mérito” do ato administrativo. Dito de outra forma, nos atos administrativos discricionários, o “mérito” do ato (liberdade, juízo de valor quanto à conveniência e oportunidade) repousa sobre o seu “motivo” e sobre o seu “objeto” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 126).

Assim, é possível concluir que é nos elementos motivo e objeto dos atos discricionários que se encontram a discricionariedade do ato administrativo, a liberdade do administrador e o juízo de conveniência e oportunidade, também denominado mérito do ato administrativo. Portanto, mérito do ato administrativo é a valoração do Administrador, é a liberdade, é a análise de conveniência e oportunidade, que estão presentes nos elementos motivo e objeto. Vale ressaltar que mérito não é igual a motivo e objeto, apesar de estar presente neles. Conforme já visto, o motivo é o fato e fundamento jurídico, enquanto, o objeto é o resultado prático do ato e, por fim, o mérito é a liberdade, a discricionariedade do Administrador. (MARINELA, 2011, p. 257).

Sabendo que mesmo ato administrativo discricionário possui elementos vinculados, não deve o intérprete separar de forma absoluta e definitiva os atos vinculados dos atos discricionários, como se fossem lados opostos de uma moeda. Assim, da mesma forma que a vinculação não representa um guia completo e fechado com soluções para todos os casos, a discricção completamente desvinculada pode ocasionar atuações arbitrárias. Portanto, pode-se dizer que entre os atos vinculados e discricionários não existe diferença em sua natureza (qualitativa), mas apenas em relação ao maior ou menor grau de vinculação à lei (quantitativo) (DANIEL, 2013, p. 96-97).

Também explicando sobre a diferença quantitativa (e não qualitativa) no grau de vinculação existente entre atos administrativos vinculados e discricionários, Andreas Krell assim leciona:

[...] a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo “vinculado” não possui uma natureza diferente do ato “discricionário”, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador *quantitativa, mas não qualitativa*. A decisão administrativa oscila entre os polos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei. (KRELL, 2004, p. 184-185)

A doutrina de um modo geral procura explicar a origem da discricionariedade administrativa na impossibilidade de o legislador prever todos os aspectos da vida social em que a Administração Pública esteja envolvida, até mesmo porque a linguagem é imprecisa, principalmente a linguagem escrita, de forma que compete ao intérprete colmatar os “vazios” decorrentes da impossibilidade de abranger todas as situações concretas em uma norma abstrata (FONTE, 2015, p. 86).

Além da impossibilidade de previsão de todas as situações fáticas, as normas jurídicas constantemente trazem conceitos jurídicos indeterminados, o que ocasiona maior dificuldade interpretativa. Segundo Andréia Schineider Nunes Carvalhaes (2019, p. 65-66), conceitos jurídicos indeterminados são aqueles “sob o formato de textura linguística aberta e fluida, que, em razão de sua baixa densidade normativa, comporta certo grau de imprecisão quanto à aplicação ao caso concreto”. Pode-se citar, como exemplo de conceitos jurídicos indeterminados, “boa-fé”, “moralidade”, “interesse público”, “utilidade pública”, “justo motivo”, “função social”, “bem comum”, “bons costumes”, entre outros.

O tema dos conceitos jurídicos indeterminados foi muito debatido na doutrina e jurisprudência alienígena, porém, ainda pouco desenvolvido no direito brasileiro. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 224-225) identifica duas correntes que tratam do assunto. A primeira entende que os conceitos jurídicos indeterminados não outorgam discricionariedade ao administrador público, já que este deve fazer um trabalho de interpretação para alcançar uma única solução possível. A segunda corrente, por sua vez, entende que os conceitos jurídicos indeterminados podem outorgar discricionariedade ao gestor público quando referir-se apenas a conceito de valor (p. ex., moralidade, interesse público, ordem pública, etc.), excluindo-se de qualquer discricionariedade os conceitos de experiências e os conceitos técnicos, os quais não admitem soluções alternativas.

Por sua vez, Irene Patrícia Nohara (2010, p. 189) relaciona a discricionariedade aos conceitos jurídicos indeterminados quando situados na zona de indeterminação, ou seja, se tais conceitos estiverem situados em zonas de certeza positiva ou negativa, não haverá discricionariedade, ao passo que se a estruturação desses conceitos conduzir a uma zona de indeterminação, existirá discricionariedade.

Em que pese os argumentos expostos, o entendimento mais coerente parece ser aquele adotado por Eros Roberto Grau (2008, p. 203-205) que, seguindo a moderna doutrina alemã, entende que os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem e não se relacionam com a discricionariedade. Para o autor, os conceitos jurídicos indeterminados ensejam interpretação entre os significados linguísticos dos termos e são baseados em juízo de legalidade, ao passo que a discricionariedade enseja liberdade de escolha e é pautada em juízo de conveniência e oportunidade. Assim, o administrador público somente atuará com discricionariedade nas hipóteses em que a lei assim o prever expressamente, e não quando os termos da lei forem ambíguos, equivocados ou puderem receber qualificações diversas.

[...], a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, a opção entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito. A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos - porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração -, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei. (GRAU, 2008, p. 203-204).

No mesmo sentido, Eduardo Cambi assim se posiciona quanto à diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa:

[...]. Ainda que a lei se valha de expressões vagas, fluidas ou imprecisas [...], o agente público está sempre vinculado aos campos de certeza positiva e negativa, não podendo atribuir significado desarrazoado, arbitrário, dissonante do senso comum ou desligado do contexto fático, temporal ou espacial. A fluidez dos conceitos jurídicos nada tem a ver com a discricionariedade administrativa, porque não se pode confundir a indeterminação de um enunciado com a interpretação indeterminada dos mesmos. [...]. (CAMBI, 2020, p. 322).

Diante dos ensinamentos trazidos por Eros Roberto Grau e Eduardo Cambi, é possível concluir que a redação legislativa com a presença de conceitos jurídicos indeterminados nos textos normativos não pode servir de esteio para que a Administração Pública atue com discricionariedade na tomada de decisão acerca de determinada política pública. Assim, não se pode atrelar os conceitos jurídicos indeterminados à discricionariedade, visto que, ainda que aberto, fluido e incerto o termo contido no texto normativo, não cabe ao administrador público atuar com liberdade sob o resguardo da conveniência e oportunidade, não lhe isentando, inclusive, do controle jurisdicional (CARVALHAES, 2019, p. 67).

Nota-se que a Administração Pública não pode, em hipótese alguma, agir livremente utilizando-se como escudo a discricionariedade sem que observe os limites normativos e os critérios impostos pelo Direito (LIBERAL, 2018, p. 87). Inclusive, Santin, Loureiro e Lima (2020, p. 26) alertam que “inexiste espaço para a plena discricionariedade administrativa na formulação e na concretização das políticas públicas”.

Assim, no momento de optar por uma dentre várias opções igualmente válidas e justas, deve o administrador observar os limites legais para escolher, de acordo com as regras legítimas impostas à Administração Pública, aquela que melhor se amolde à satisfação do interesse coletivo (DANIEL, 2013, p. 103), sempre motivando sua decisão para possibilitar um eventual controle (CARVALHAES, 2019, 69).

Voltando-se para o campo específico das políticas públicas, o tema da discricionariedade administrativa avulta-se como um fenômeno extremamente importante, visto que as políticas públicas são ações ou programas a serem desenvolvidos pela Administração Pública para concretização dos direitos fundamentais e, sabendo que os recursos públicos disponíveis ao Estado são finitos,

cabe ao administrador público escolher (atuação discricionária), dentre várias opções igualmente válidas e justas, investir naquelas que melhor se amoldem à satisfação da dignidade humana (DANIEL, 2013, p. 113).

Também é certo que, conforme lembra Alceu Maurício Junior (2009, p. 88), no que tange à realização de alguns direitos fundamentais sociais, a Constituição Federal de 1988 não deixou ao administrador ampla margem de discricionariedade para a elaboração de políticas públicas, visto que previu antecipadamente a destinação de determinado percentual mínimo de recursos públicos para o atendimento básico e essencial da sociedade, como é o caso da educação (art. 212, caput, CF/88) e da saúde (art. 198, §2º, III e §3º, I, da CF/88).

Logo, em linhas gerais, pode-se afirmar que a elaboração de políticas públicas pelos administradores públicos insere-se no campo da discricionariedade administrativa, devendo, por consequência, escolherem aquelas ações e programas que tenham capacidade de melhor atingir a efetivação do interesse público, sempre agindo dentro dos limites do ordenamento jurídico, sob pena de sofrer controle jurisdicional.

Então, se o ato discricionário for praticado em estrita conformidade ao ordenamento jurídico, será válido, eficaz e não comportará intervenção jurisdicional, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário substituir a justa e legítima decisão tomada pelo administrador público no exercício de sua função típica. Por outro lado, se o ato discricionário se afastar dos comandos normativos vigentes, estará viciado, podendo ser invalidado, inclusive pelo Poder Judiciário. Logo, caso o administrador público atue de forma arbitrária, distanciando-se da legalidade, será passível de intervenção jurisdicional, seja o ato vinculado ou discricionário (LIBERAL, 2018, p. 90).

Portanto, atualmente, em razão da ampliação do conceito de legalidade, que passou a abranger tanto a lei em sentido estrito quanto os princípios jurídicos, não se pode mais dizer que o Poder Judiciário está impedido de interferir no ato administrativo discricionário, haja vista que, ao controlar tais atos, o Poder Judiciário não o faz sobre seu mérito, mas sim sobre sua legalidade (MEIRELLES, 2016, p. 142).

A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo. (DI PIETRO, 2014, p.

227).

Na medida em que as políticas públicas têm como finalidade concretizar direitos fundamentais, a decisão sobre sua elaboração e consequente execução não pode ficar exclusivamente nas mãos do administrador público, sob pena de eventual ação ou omissão ilegal ficar sem proteção jurídica. Logo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência⁴⁰ defendem a possibilidade de sindicabilidade jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública consistente na elaboração e execução de políticas públicas, de forma que, por meio da análise da razoabilidade e proporcionalidade diante da colisão entre direitos fundamentais, o juiz possa avaliar o grau de discricionariedade para verificar se a liberdade exercida pelo administrador afigura-se legítima ou não (CAMBI, 2020, p. 327-328).

Diante das considerações exaradas acima, conclui-se que a atuação administrativa de elaboração e execução de políticas públicas amolda-se ao campo da discricionariedade administrativa, gozando de certo grau de liberdade para decidir sobre várias alternativas justas e legítimas, mas sempre dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico (regras e princípios), sob pena de intervenção jurisdicional para reestabelecimento da ordem constitucional e democrática, consistente na efetivação de direitos fundamentais que prestigiem o interesse público e satisfaça, acima de tudo, a dignidade humana.

2.4 ORÇAMENTO PÚBLICO COMO MECANISMO BALIZADOR DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL

Diante do que até aqui fora abordado, é possível extrair a ideia de que a ordem jurídico-constitucional brasileira prevê uma série de direitos fundamentais sociais (p. ex., educação, saúde, alimentação, segurança, moradia, transporte, assistência social etc.) que devem ser prestados pelo Estado em benefício dos cidadãos a fim de proporcionar-lhes uma vida digna. Além disso, também já fora explicado que a realização desses direitos fundamentais ocorre por meio da formulação e implementação de políticas públicas, as quais se inserem no campo da

⁴⁰ STF. ADPF nº 45-MC/DF. Decisão monocrática. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 29/04/2004, pub. DJ 04/05/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>.

discricionariedade do administrador público, devendo sempre, ao fazer suas escolhas pautadas em juízo de oportunidade e conveniência, se ater aos limites normativos.

Fato é que a realização dos direitos fundamentais sociais por intermédio de políticas públicas demanda prestações estatais, ou seja, o Poder Público precisa atuar (de forma positiva) para garantir a efetivação de tais direitos, e essa atividade estatal de cunho prestacional demanda custos aos cofres públicos, de maneira que devem estar previstos nas leis orçamentárias (JACOB, 2013, p. 244).

Também é certo que em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, onde a concretização dos direitos fundamentais requer prestações fáticas para as populações mais carentes, vislumbra-se um cenário de limitação de recursos para atender demandas ilimitadas dos cidadãos (CAMBI, 2020, p. 557). Logo, se for exigido do Estado a concretização de todas as demandas da sociedade, ao final, a conta não vai fechar. Portanto, diante deste cenário, Alceu Maurício Junior (2009, p. 80) alerta para uma lógica básica da economia, onde os gastos devem ser proporcionais aos recursos disponíveis e, se estes são inferiores àqueles, o autor aponta duas opções para manter o equilíbrio das contas (embora nenhuma delas seja, de fato, desejada), a saber: diminuição da despesa ou, então, aumento da receita.

A diminuição da despesa por parte do Estado significa a redução, suspensão ou até mesmo a extinção de políticas públicas, o que não é prudente que ocorra em países cuja Constituição albergue grande quantidade de direitos fundamentais sociais, como é o caso do Brasil. Também não é louvável o aumento sucessivo e exponencial da carga tributária com a finalidade de elevar a receita, sob pena de tal medida não ser absorvida pela economia nem ser suportada pela população (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 80).

Portanto, sabendo que as prestações estatais geram dispêndio de dinheiro público, é preciso que o administrado público, agindo com espírito de justiça e legalidade, equacione o custo gerado pelo fornecimento da prestação estatal com os recursos advindos da sociedade, ou seja, deve-se respeitar o princípio do equilíbrio fiscal, de maneira que as despesas autorizadas sejam proporcionais às receitas previstas (LEITE, 2016. p. 98). Por tais motivos, o administrador público precisa encontrar a medida para bem alocar os recursos (limitados) disponíveis de maneira que seja atendido de forma eficiente o maior número possível de necessidades sociais.

Este “círculo das escolhas públicas” demonstra que decisões sobre a implementação de prestações estatais são inexoravelmente decisões sobre alocação de recursos, em que são ponderados os recursos disponíveis ou disponibilizáveis, os custos da prestação que se pretende implementar e os custos das demais prestações exigidas do Estado. Saber, [...], se uma prestação estatal atende à reserva do possível não significa apenas saber se há recursos disponíveis. Precisamos também saber se aqueles recursos pendentes de alocação não estariam melhor aplicados em prestações de maior premência; ou, ainda, no caso de não haver recursos, se é possível retirá-los de outras prestações ou se é possível extrair ainda mais recursos da sociedade. (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 80-81).

Como a concretização dos direitos fundamentais deve levar em consideração os custos da prestação estatal e, também, a análise dos recursos disponíveis, é inevitável que a solução desta situação refletirá no orçamento público. Em suma, conforme aponta Alceu Maurício Junior (2009, p. 86), “as decisões sobre a implementação de prestações estatais são escolhas orçamentárias”.

Por esse motivo, tem-se que as finanças públicas definem o funcionamento do sistema político, ao mesmo tempo em que é fundamental para o desenvolvimento das sociedades contemporâneas, pois os agentes políticos dependem do dinheiro público para executarem os projetos elaborados para o avanço e estruturação do Estado ou, na pior das hipóteses, usam recursos públicos para a execução de seus projetos pessoais a frente do governo. Do outro lado, a população exige do Estado a prestação de uma infinidade de serviços que são notoriamente de elevados custos (p. ex., educação, saúde, segurança etc.) e, em algumas situações, até mesmo dinheiro em espécie (p. ex., aposentadorias, pensões, benefícios assistenciais). Portanto, a existência e disponibilidade de recursos é um dos fatores determinantes (mas não exclusivo) para que os administradores públicos obtenham sucesso em sua gestão, pois, caso contrário, não haverá possibilidade de realização das ações e programas de governo idealizados politicamente, o que afetará diretamente a sociedade, já que haverá deficiência na atividade prestacional do Estado (FONTE, 2015, p. 74).

Avançando nesta linha de raciocínio, é possível dizer ainda que os recursos públicos funcionam como um termômetro que mede o grau de efetividade da Constituição Federal, já que muitas políticas públicas dependem de altos investimentos por parte do Poder Público (p. ex., universalização da educação e da saúde, erradicação da pobreza, redução das desigualdades regionais etc.), fazendo com que o gestor público seja obrigado a realizar escolhas orçamentárias (FONTE (2015, p. 74).

Dessa lógica constata-se que ao gestor público é facultado eleger prioridades dentro daquilo quanto se estabeleceu como objetivos dentro de nossa Constituição, de modo que este o faz por meio do sistema orçamentário colocado à sua disposição, optando, discricionariamente, dentro das alternativas pré-estabelecidas pelo constituinte, sem deixar de observar os recursos financeiros disponíveis naquele determinado momento. (COSTA, 2018, p. 136).

No mesmo sentido, Alceu Maurício Junior, em sua obra intitulada “A revisão judicial das escolhas orçamentárias: intervenção judicial em políticas públicas”, aborda pelo menos três argumentos que demonstram ser o orçamento público um instrumento imprescindível na análise da implementação de prestações estatais, senão vejamos:

[...]. Primeiramente, a análise através do orçamento público permite uma visão consistente sobre a correlação entre recursos e despesas estatais. Por força de dispositivo constitucional, os recursos que o Estado prevê arrecadar e as despesas que está autorizado a realizar devem constar do orçamento anual, não podendo ser realizados gastos excluídos deste estatuto, salvo expressa autorização legislativa (CF, art. 165, §8º, e art. 167). O orçamento viabiliza o confronto prudente e seguro dos recursos possíveis com as despesas necessárias, permitindo maior visibilidade dos critérios utilizados na alocação.

Em segundo lugar, a implementação de prestações estatais depende diretamente das decisões orçamentárias. A declaração de um direito na Constituição ou em outras leis depende de específicas alocações de recursos orçamentários para que torne efetiva.

Além disso, em termos processuais, a análise do orçamento funciona como eficiente fonte de prova para as questões de fato ligadas à reserva do possível. Assim, a análise do orçamento pode se transformar em um importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais, permitindo visualizar se nas alocações de recursos ocorrem práticas discriminatórias ou se os fins priorizados pela Constituição estão sendo atendidos. [...]. (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 87).

Pelas razões já expostas, resta evidente que o orçamento público é o instrumento legal de atuação do Estado na economia, fundamental para a formulação e implementação de políticas públicas, sendo capaz de definir o poder financeiro do Estado em cada momento da história, já que demonstra toda sua estruturação e planejamento por meio da previsão de receitas e despesas (CASTRO, 2014, p. 141). Não sem razão, Felipe de Melo Fonte (2015, p. 80) destaca que, “sem a devida previsão orçamentária, não é possível a realização de políticas públicas, pois o seu exercício seria antidemocrático, exatamente porque ausente a devida autorização popular”. Inclusive, é possível visualizar o orçamento público como um “instrumento adequado para previsão de gastos públicos, contendo a discriminação dos propósitos e das ações de governo, tais como melhoramentos nas áreas da educação e saúde”

(SANTIN, 2020, p. 31).

Para auxiliar o administrador público na escolha de prioridades a serem realizadas na alocação de recursos públicos, a Constituição Federal de 1988, dirigente como é, estabeleceu, nos artigos 165 a 169 (que trata do orçamento), algumas regras para a gestão do dinheiro público arrecadado pelos entes federados, de maneira a facilitar o processo de planejamento, a idealização de metas e a definição dos gastos públicos (COSTA, 2018, p. 136).

Complementando a regulamentação do orçamento público, além dos dispositivos constitucionais supracitados, no âmbito infraconstitucional vislumbra-se a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (lei de responsabilidade fiscal – LRF), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e, também, a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (lei de contabilidade pública), que traz normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federados.

O *caput* do art. 165, CF/88 traz um rol com três leis orçamentárias, a saber: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). Tais instrumentos legislativos apresentam natureza jurídica de leis formais, ordinárias e temporárias (LEITE, 2016, p. 80).

Em primeiro lugar, tratam-se de leis formais porque somente tem a forma de Lei, já que seu conteúdo é de ato administrativo (que fixa receita e autoriza despesa), razão pela qual não possuem densidade normativa (não gera direito subjetivo) e não trazem normas abstratas e genéricas (TORRES, 2008, p. 96). Sendo uma lei formal com efeitos concretos, o STF sempre trilhou pelo entendimento de não ser possível o controle abstrato de constitucionalidade em face das leis orçamentárias. Contudo, a partir do julgamento da ADI nº 4.048/DF⁴¹, em 14 de maio de 2008, o STF passou a admitir controle abstrato de constitucionalidade em face de leis formais, como é o caso das leis orçamentárias (LEITE, 2016, p. 84-87).

Em segundo lugar, as leis orçamentárias são leis ordinárias na medida em que apenas regulam o orçamento (arrecadação e gasto público), não se tratando de regras gerais direito financeiro⁴², já que estas só podem ser criadas por leis complementares

⁴¹ STF. ADI nº 4.048-MC/DF. TP. Rel.: Min. Gilmar Mendes, julg. 14/05/2008, pub. DJe 22/08/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>. Acesso em 14 abr. 2022.

⁴² Nos termos do art. 165, §9º, I, CF/88, cabe à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias

(PASCOAL, 2015, p. 20). A prova de que as leis orçamentárias são leis ordinárias está no art. 166, CF/88 que, ao regular o processo de elaboração das leis orçamentárias, não prevê *quórum* qualificado para a sua aprovação (HARADA, 2010, p. 60). Além disso, o *caput* do art. 165, CF/88 diz que “leis de iniciativa do Poder Executivo (...)”, e, como é sabido, quando o constituinte deseja que determinada matéria seja tratada por lei complementar, ele o faz expressamente por meio das expressões “lei complementar disporá sobre”, “nos termos de Lei complementar”.

Em terceiro lugar, tem-se que as leis orçamentárias são leis temporárias porque possuem prazo certo de vigência (PASCOAL, 2015, p. 20), como é o caso, por exemplo, da Lei Orçamentária Anual que, como o próprio nome já diz, tem vigência por um ano, enquanto o Plano Plurianual tem vigência por quatro anos, conforme será visto adiante.

Cabe frisar que todas as leis orçamentárias são de iniciativa exclusiva do Poder Executivo (art. 165, *caput*, CF/88), cabendo-lhe enviar o competente projeto de lei ao Poder Legislativo para discussão e aprovação, os quais serão remetidos novamente ao Poder Executivo para sanção, promulgação e publicação (TORRES, 2011, p. 179-180).

Feitas estas considerações acerca da importância do orçamento público na formulação e execução de políticas públicas, faz-se imprescindível o estudo das três leis orçamentárias que auxiliam o administrador na gestão do dinheiro público, funcionando como importante instrumento no planejamento da arrecadação e dos gastos públicos.

2.4.1 Plano Plurianual (PPA)

O Plano Plurianual (PPA) é a lei orçamentária que estabelece o processo de planejamento estratégico traçado pelo governo a longo prazo e que, portanto, influencia na elaboração das demais leis orçamentárias (LDO e LOA), tendo em vista que “o orçamento anual não basta para assegurar a execução do plano de governo como um todo que, geralmente, implica a execução de obras e serviços de duração prolongada.” (HARADA, 2010, p. 76).

e da lei orçamentária anual.

Por conta da necessidade de se traçar um planejamento de maior prazo, o constituinte previu um instrumento capaz de atender estas demandas do governo (LEITE, 2016, p. 134). Assim, nos termos do §1º do art. 165 da CF/88, compete ao PPA estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Nota-se, portanto, que o PPA define o planejamento (diretrizes, objetivos e metas) da Administração Pública referente à execução de obras e serviços de duração prolongada, que tem projeção para exceder um exercício financeiro (BULOS, 2014, p. 1.503). Inclusive, visando reforçar a necessidade de planejamento para os programas e ações de longo prazo, o §1º do art. 167 da CF/88 prevê que nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no PPA, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade. Porém, é importante frisar que “o PPA não possui eficácia por si só quanto à realização das despesas nele previstas, sendo indispensável, para tanto, a LOA.” (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 91).

Também é importante frisar a intenção do legislador infraconstitucional quando da elaboração da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF) que, ao conjugar o art. 15⁴³ com os arts. 16, II⁴⁴ e 17, §4⁰⁴⁵, estabeleceu ser considerada não autorizada e danosa ao patrimônio público a criação de despesa que não esteja em compatibilidade com o Plano Plurianual.

Pelo texto do §1º do art. 165 da CF/88, percebe-se que o PPA se preocupa especialmente (e não exclusivamente) com despesas de capital. Segundo Harisson Leite (2016, p. 264), despesas de capital são “despesas eventuais marcadas por uma operação financeira relativa a uma aquisição patrimonial (obras, bens móveis ou imóveis etc.) ou a uma redução da dívida pública”.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a despesa de capital está atrelada à ideia de investimentos, inversões financeiras e transferências de capital (HARADA, 2010,

⁴³ **Art. 15.** Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

⁴⁴ **Art. 16.** A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

⁴⁵ **Art. 17, §4º.** A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

p. 76), e isso pode ser visualizado no art. 12 da Lei nº 4.320/1964. Porém, além das despesas de capital, o §1º do art. 165 da CF/88 diz que o PPA também deve se preocupar com os gastos oriundos das despesas de capital (p. ex., despesas correntes⁴⁶, como pagamento de pessoal, pagamento de energia elétrica e água etc.) e, ainda, com as despesas relativas aos programas de duração continuada (que ultrapassam um exercício financeiro) (PASCOAL, 2015, p. 45).

Como se verá, despesas de capital, em regra, são aquelas atreladas à ideia de investimento. Logo, no PPA encontram-se aquelas despesas voltadas ao investimento, sendo que, de alguns desses investimentos, surgem outras despesas, chamadas de despesas correntes, ou seja, despesas para manutenção da máquina pública. Por exemplo, quando um ente constrói uma escola ou um posto de saúde, tal despesa é tida como despesa de capital. No entanto, para manter uma escola, necessita-se pagar professores, zeladores, dentre outros compromissos. Estas despesas são chamadas despesas correntes e, naturalmente, decorrem daquelas despesas de capital. (LEITE, 2016, p. 134).

Além do §1º do art. 165, o §7º do mesmo artigo também estabelece, como função do PPA (juntamente com a LOA), a redução das desigualdades regionais. Ocorre que, para reduzir desigualdade regionais é preciso realizar obras de infraestrutura (no âmbito da União, por exemplo, pensa-se em rodovias, ferrovias, estradas, portos, aeroportos etc. Por sua vez, nos Municípios, pode-se pensar em escolas e postos de saúde nos bairros e distritos), as quais se enquadram como investimentos e que, na maioria das vezes, sua execução ultrapassa um exercício financeiro, razão pela qual devem estar previstas no PPA (HARADA, 2010, p. 77).

A ideia do constituinte, quando pensou o Plano Plurianual, foi estabelecer uma lei que funcionasse como instrumento de planejamento e definição dos grandes objetivos das políticas públicas, com seleção das prioridades para investimentos e dos principais programas de governo. Trata-se, em regra, de norma programática, uma vez que não se preocupa com o custo efetivo das ações e programas a serem desenvolvidos, funcionando como uma verdadeira carta de intenções, que somente serão realizadas se houver recursos públicos disponíveis ao longo da gestão e previsão na Lei Orçamentária Anual (LEITE, 2016, p. 135).

⁴⁶ Segundo Harisson Leite (2016, p. 262), “são as despesas contínuas, que, a depender da realidade financeira do ente, não representam ganho de patrimônio e se referem a serviços realizados pela Administração Direta, Indireta ou àqueles que recebem recursos públicos para atender a despesas desta natureza. Dito de outro modo, são as despesas destinadas à manutenção da máquina, como pagamento de pessoal, despesas de consumo, pagamento de juros, dentre outras.

O plano plurianual é lei formal, dependendo do orçamento anual para que possa ter eficácia quanto à realização das despesas. Constitui mera programação ou orientação, que deve ser respeitada pelo Executivo na execução dos orçamentos anuais, mas que não vincula o Legislativo na feitura das leis orçamentárias. (TORRES, 2011, p. 173).

Conforme previsão do *caput* do art. 165, CF/88, o PPA é uma lei de iniciativa do Poder Executivo. Mas qual é o prazo para que o Poder Executivo envie o projeto do PPA ao Poder Legislativo? O §9º do art. 165 da CF/88 estabelece que cabe à lei complementar dispor sobre os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual. Assim, o projeto original da LRF submetido à sanção do Presidente da República continha um dispositivo (art. 3º) disciplinando o PPA, especialmente o prazo para que este fosse enviado ao Poder Legislativo, que seria o dia 30 de abril do primeiro ano do mandato do Chefe do Executivo. Contudo, este dispositivo foi vetado pelo Presidente à época, Fernando Henrique Cardoso, por entender que se tratava de um prazo exíguo para a elaboração de uma lei tão complexa (PISCITELLI, 2018).

Desta forma, como a lei complementar mencionada no §9º do art. 165 da CF/88 ainda não foi elaborada, o prazo de envio segue as regras do art. 35, §2º, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), desde que o Ente federado (Estados, Distrito Federal e Municípios) não tenha legislado de forma diversa (PASCOAL, 2015, p. 46). Assim, o projeto do PPA será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato, ou seja, o chefe do Poder Executivo deve enviar o projeto do PPA ao Poder Legislativo até 31 de agosto do primeiro ano de seu mandato. Por sua vez, o Poder Legislativo deve votar e encaminhar o PPA aprovado para sanção do Poder Executivo até o final da sessão legislativa que, nos termos do *caput* do art. 57 da CF/88, ocorre em 22 de dezembro.

O PPA terá vigência de quatro anos, porém, não coincidirá com o mandato do chefe do Executivo. Nos termos do art. 35, §2º, I do ADCT, o PPA inicia sua vigência no primeiro dia do segundo ano de um mandato e encerra-se no último dia do primeiro ano do mandato subsequente. Assim, ao assumir o mandato, durante o primeiro ano, o chefe do Poder Executivo governa de acordo com o PPA elaborado pelo seu antecessor e, durante esse período, elabora o seu planejamento de governo (o seu PPA), encaminhando-o ao Poder Legislativo, que deverá devolvê-lo para sanção até o final da sessão legislativa ainda do primeiro ano do mandato. Então, o PPA elaborado pelo gestor terá vigência durante os três últimos anos do seu mandato e,

também, durante o primeiro ano do mandato subsequente.

Segundo Harisson Leite (2016, p. 136), a ideia do constituinte foi dar continuidade ao processo de planejamento do setor público, ou seja, o gestor, durante seu primeiro ano de mandato, analisaria as ações e programas em execução, dando andamento àqueles que julgasse mais importantes e, também, criaria os seus novos programas e ações. Porém, o mesmo autor afirma que, como não há obrigatoriedade de execução dos planos traçados a longo prazo (pois são normas programáticas), a classe política parece não ver com bons olhos a execução do PPA do governo anterior e, portanto, deixam diversos projetos paralisados ou sem terem alcançado a sua finalidade, o que gera prejuízos aos cofres públicos.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o PPA traduz a concretização formal dos programas e ações idealizados durante a campanha eleitoral pelo chefe do Poder Executivo eleito (COSTA, 2017, p. 220), funciona como um processo de planejamento do governo pelos próximos quatro anos.

2.4.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)

O constituinte de 1988, ao criar a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), o fez como elo entre o processo de planejamento (PPA) e o processo de execução (LOA), ou seja, enquanto o PPA refere-se ao processo de planejamento estratégico de longo prazo, a LDO tem seu conteúdo voltado para o planejamento operacional de curto prazo para orientar a elaboração da LOA (LEITE, 2016, p. 137).

Nos termos do §2º do art. 165 da CF/88, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 109/2021, a LDO compreenderá as metas e prioridades da administração pública, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

De acordo com o texto constitucional supracitado, a LDO possui principalmente cinco atribuições, quais sejam: a) estabelecer as metas e prioridades da administração pública; b) estabelecer as diretrizes de política fiscal e respectivas metas; c) orientar a elaboração da LOA; d) dispor sobre as alterações na legislação tributária; e) estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Quanto à atribuição de orientar a elaboração da LOA, pode-se dizer que esta é a principal função da LDO. Tanto é assim que Uadi Lammego Bulos (2014, p. 1503) entende que a LDO, “pela sua própria essência, precede à elaboração do orçamento, pois será ela própria que irá fornecer as metas e as prioridades que deverão constar no orçamento anual”.

Já quanto à atribuição de dispor sobre as alterações na legislação tributária, tendo em vista que a LDO vai orientar a elaboração da LOA, que só entrará em vigor no ano seguinte, é razoável que a LDO saiba quais serão as alterações tributárias para o ano seguinte, inclusive para orientar adequadamente a LOA (HARADA, 2010, p. 77). Como o tributo é uma receita derivada (que alimenta o Estado), a LDO deve se preocupar com as alterações na legislação tributária. Contudo, uma observação é digna de nota, pois o §2º do art. 165 da CF não diz que a criação de um tributo depende de previsão na LDO (inclusive, é possível a criação de tributo após a aprovação da LDO), até porque a criação de tributos depende da observância das garantias do contribuinte previstas no art. 150, CF/88 (p. ex., princípio da anterioridade), não dependendo de previsão na LDO. Então, §2º do art. 165 da CF/88 diz apenas que a LDO deve se preocupar com as alterações tributárias (que é fonte de receita).

Ainda, nos termos do art. 169, §1º, II, CF/88, cumpre à LDO autorizar a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal a qualquer título na Administração Pública, exceto para Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Além das importantes atribuições deferidas à LDO pela Constituição Federal de 1988, o art. 4º da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF) ampliou o conteúdo da referida lei orçamentária, estabelecendo que ela deverá dispor também sobre equilíbrio entre receita e despesa, critério e forma de limitação de empenho, normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos, e, por fim, sobre as demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas.

Além disso, a LRF previu três anexos para a LDO nos §§ 1º a 4º do art. 4º. Então, a LDO nasceu com a Constituição Federal de 1988 sem qualquer tipo de anexo, passando a ter três anexos a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal em 2000, que são: a) anexo de metas fiscais (estabelece metas anuais para o exercício em que

vai entrar em vigor e para os dois subsequentes, ou seja, o anexo de metas fiscais é trienal - §1º do art. 4º); b) anexo de riscos fiscais (avalia os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem - §3º do art. 4º); e c) anexo de metas inflacionárias (nos termos do §4º do art. 4º, este anexo é exclusivo da União e trata dos objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial e, ainda, das metas de inflação, para o exercício subsequente). Nota-se que a LDO dos Estados e dos Municípios terão apenas o anexo de metas fiscais e o anexo de riscos fiscais.

Assim como ocorre com o PPA, o art. 15 combinado com os arts. 16, II e 17, §4º, todos da LRF, estabelecem que a criação de despesa sem compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias considera-se não autorizada e danosa ao patrimônio público.

Conforme previsão do *caput* do art. 165, CF/88, a LDO é uma lei de iniciativa do Poder Executivo. Mas qual é o prazo para que o Poder Executivo envie o projeto de LDO ao Poder Legislativo? Como a lei complementar mencionada no §9º do art. 165 da CF/88 ainda não foi elaborada, o prazo de envio segue as regras do art. 35, §2º, II do ADCT, desde que o Ente federado não tenha legislado de forma diversa (PASCOAL, 2015, p. 47). Assim, o projeto de LDO será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, ou seja, o chefe do Poder Executivo deve enviar o projeto de LDO ao Poder Legislativo até 15 de abril. Por sua vez, o Poder Legislativo deve votar e encaminhar a LDO aprovada para sanção do Poder Executivo até o final do primeiro período da sessão legislativa que, nos termos do *caput* do art. 57 da CF/88, ocorre em 17 de julho, sob pena de a sessão legislativa não poder ser interrompida pelo recesso parlamentar (art. 57, §2º, CF/88).

É difícil estabelecer de forma exata o prazo de vigência LDO. Não se tem dúvidas que todo ano a União, os Estados e os Municípios elaboram as suas LDO's, mas não é prudente dizer que ela terá duração de apenas um ano. Dentro da normalidade, a LDO deve ser aprovada até o dia 17 de julho e, então, será enviada à sanção do Poder Executivo, de maneira que, provavelmente, estará publicada até o final de julho ou início de agosto, momento a partir do qual orientará a elaboração da LOA, que será aprovada para ter vigência no exercício financeiro seguinte. Ocorre que a LDO não só orienta a elaboração da LOA, mas também tem um papel importante na aplicação da LOA, acompanhando-a durante todo o exercício financeiro seguinte (p. ex., o projeto de LDO do orçamento de 2024 deve ser aprovado até o dia 17 de

julho de 2023. No segundo semestre de 2023 essa LDO vai orientar a elaboração da LOA que vigorará em 2024 e, durante o ano de 2024 inteiro, a LDO vai acompanhar a aplicação da LOA). Com isso, é possível dizer que a LDO tem uma vigência de, em média, um ano e meio (LEITE, 2016, p. 140).

2.4.3 Lei Orçamentária Anual (LOA)

Diferentemente do que ocorre com o PPA e a LDO, onde o conceito de tais leis orçamentárias constam do art. 165, §§ 1º e 2º da CF/88, respectivamente, o Texto Constitucional não trouxe qualquer conceito sobre a Lei Orçamentária Anual (LOA). Diante da ausência de um conceito constitucional, pode-se dizer que a principal atribuição da LOA é estimar receitas e fixar despesas para um exercício financeiro (COSTA, 2017, p. 221). Porém, com a inclusão do §14 ao art. 165 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 102/2019, permitiu-se que a LOA possa conter previsões de despesas para os exercícios financeiros seguintes, desde que haja especificação dos investimentos plurianuais e daqueles em andamento.

Segundo Harisson Leite, a Lei Orçamentária Anual apresenta o seguinte conceito:

Consiste na lei que trata da parte da execução dos projetos previstos nas diretrizes, objetivos e metas (DOM) contidas no PPA e nas metas e prioridades (MP) antevistas na LDO. Assim, é a lei que traz no seu corpo os recursos propriamente ditos, seja na parte das receitas, prevendo-as, seja na parte das despesas, fixando-as.
Nesse sentido, orçamento é uma lei que prevê receitas e fixa despesas. [...]. (LEITE, 2016, p. 143).

Por dispor acerca da previsão de receitas e fixação de despesas para o exercício financeiro seguinte, a LOA é considerada a lei orçamentária mais concreta, visto que o desdobramento natural de uma despesa passa pela idealização no PPA, priorização na LDO e concretização na LOA (LEITE, 2016, p. 143). Nesse sentido, o próprio princípio da exclusividade previsto no §8º do art. 165 da CF/88 reforça essa ideia, estabelecendo que a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão de receita e à fixação de despesa.

Portanto, a finalidade da LOA é estabelecer uma programação da estimativa de receita e da fixação de despesas para, então, definir a dotação orçamentária de

cada órgão do governo federal, estadual ou municipal, de forma que sejam implementadas as metas e prioridades estabelecidas pela LDO (CARNEIRO, 2020).

O §5º do art. 165 da CF/88⁴⁷ traz em seus incisos os suborçamentos que devem constar na LOA, a saber: a) orçamento fiscal; orçamento de investimento das empresas estatais; e c) orçamento da seguridade social.

Nos termos do art. 22 da Lei nº 4.320/1964, o projeto de LOA encaminhado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo será composto de mensagem com a exposição circunstanciada da situação econômico-financeira e da política econômica (inciso I, 1ª parte), justificação da receita e da despesa (inciso I, *in fine*) e, também, tabelas explicativas das receitas estimadas e das despesas fixadas (inciso III). Segundo ensina Harisson Leite (2016, p. 143), “tudo deve ser minimamente pensado e justificado, a fim de que não haja frustração de receita, tampouco inexecução de despesas”.

Conforme previsão do *caput* do art. 165, CF/88, a LOA é uma lei de iniciativa do Poder Executivo. Mas qual é o prazo para que o Poder Executivo envie o projeto de LOA ao Poder Legislativo? Como a lei complementar mencionada no §9º do art. 165 da CF/88 ainda não foi elaborada, o prazo de envio segue as regras do art. 35, §2º, III do ADCT, desde que o Ente federado não tenha legislado de forma diversa (PASCOAL, 2015, p. 52). Assim, o projeto de LOA será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, ou seja, o chefe do Poder Executivo deve enviar o projeto de LOA ao Poder Legislativo até 31 de agosto. Por sua vez, o Poder Legislativo deve votar e encaminhar a LOA aprovada para sanção do Poder Executivo até o final da sessão legislativa que, nos termos do *caput* do art. 57 da CF/88, ocorre em 22 de dezembro.

Em relação ao prazo de vigência, a LOA tem duração de um ano, em consequência do princípio da anualidade, que estabelece que os orçamentos valerão para um único exercício financeiro (HARADA, 2010, p. 67) e, nos termos art. 34 da Lei nº 4.320/1964, o exercício financeiro coincide com o ano civil (de 1º de janeiro até 31

⁴⁷**Art. 165, §5º.** A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

de dezembro). Segundo Tathiane Piscitelli (2018), esse prazo de vigência anual visa garantir que as contas públicas e as previsões respectivas sejam reavaliadas constantemente (ano a ano), seja do ponto de vista político (pelas mãos do Poder Legislativo, que aprova a proposta orçamentária para o exercício seguinte e, assim, tem oportunidade de fiscalizar as contas do ano anterior), seja do ponto de vista financeiro (para representar o encerramento das atividades de obtenção de receitas e dispêndio de dinheiro público).

Tendo em vista que a LOA é uma lei que prevê receitas e despesas para o exercício financeiro subsequente, traduz-se em um verdadeiro “exercício de previsões” do administrador público. Pode acontecer de essas previsões não se concretizarem ou, ainda, podem aparecer novas ações e programas não contemplados nas previsões da LOA e que precisam ser desenvolvidos, razão pela qual surge a necessidade de se fazer alguns ajustes orçamentários, e isso se faz por meio dos créditos adicionais à LOA (PASCOAL, 2015, p. 60-61).

A lei orçamentária anual (LOA) contém créditos orçamentários. Esses créditos referem-se a valores que visam a atender as despesas do exercício financeiro. Ocorre que durante a execução orçamentária alguns “ajustes orçamentários” devem ser realizados, até porque é impossível que previsões humanas, normalmente imperfeitas, antevêjam com precisão todas as receitas e todas as despesas que se sucederá no exercício subsequente. Daí que a LOA poderá conter, além dos créditos orçamentários, os chamados créditos “adicionais”. (LEITE, 2016, p. 116).

Nos termos do art. 40 da Lei nº 4.320/1964, o crédito adicional é uma autorização legislativa para a realização de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei Orçamentária Anual. Além disso, o art. 41 da Lei nº 4.320/1964 classifica os créditos adicionais em: suplementares, especiais e extraordinários.

Pela redação do inciso I do art. 41 da Lei nº 4.320/1964, os créditos adicionais suplementares são aqueles destinados a reforçar uma dotação orçamentária. Dito de outra forma, os créditos adicionais suplementares têm como finalidade “suplementar” (ou complementar) uma previsão existente na LOA, mas que foi insuficiente, ou seja, a dotação orçamentária que estava prevista não foi suficiente para a execução da ação ou programa do Governo (TORRES, 2008, p. 329). Assim, cria-se um crédito adicional suplementar para adquirir recursos com a finalidade de conseguir terminar a execução da ação ou programa. Além disso, nos termos do inciso V do art. 167 da

CF/88, a abertura de um crédito adicional suplementar requer autorização do Poder Legislativo e o projeto de lei deve indicar os recursos correspondentes (de onde vem o dinheiro para suplementar a despesa insuficientemente prevista na LOA).

De acordo com o inciso II do art. 41 da Lei nº 4.320/1964, os créditos adicionais especiais são aqueles destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, ou seja, são criados para a execução de ações ou programas que não foram previstos na LOA, mas que tiveram que ser realizados ao longo do exercício financeiro (LEITE, 2016, p. 118). Nos termos do inciso V do art. 167 da CF/88, a abertura de um crédito adicional especial também requer autorização do Poder Legislativo e o projeto de lei deve indicar os recursos correspondentes.

Por fim, o inciso III do art. 41 da Lei nº 4.320/1964 estabelece que os créditos adicionais extraordinários são aqueles destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção interna ou calamidade pública. Por força do art. 167, §3º combinado com o art. 62, §1º, I, “d”, ambos da Constituição Federal de 1988, o crédito adicional extraordinário é o único ato de conteúdo orçamentário que pode ser veiculado por medida provisória. Os créditos adicionais extraordinários não dependem de lei autorizativa, uma vez que sua abertura será feita por decreto do Poder Executivo ou por medida provisória. Contudo, antes de sua abertura, o Poder Executivo deve decretar o estado de calamidade pública ou situação equivalente, dando conhecimento imediato ao Poder Legislativo sobre os motivos que determinaram a medida (LEITE, 2016, p. 118). Por fim, Harisson Leite (2016, p. 119) complementa seu raciocínio explicando que, em razão da imprevisibilidade e urgência, os créditos adicionais extraordinários podem reforçar dotações orçamentárias (nesse caso, equiparam-se aos suplementares) ou criar novas dotações (equiparando-se aos especiais).

2.5 POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE EDUCAÇÃO E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO PÚBLICO MUNICIPAL: UMA ABORDAGEM SOBRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição Federal de 1988 trouxe um extenso rol de direitos fundamentais sociais, sobretudo no art. 6º, que devem ser efetivados pelo Estado para se atingir os fundamentos (art. 1º, CF/88) e objetivos (art. 3º, CF/88) da República Federativa do

Brasil. E para a concretização desses direitos, cumpre ao Poder Público formular e executar políticas públicas (seguindo as fases estudadas no tópico 2.2, que tratou dos ciclos de políticas públicas), assim entendidas como a elaboração de ações e programas para a realização das ideias e metas traçadas pelos atores políticos eleitos visando a satisfação do bem comum e proporcionando aos indivíduos condições de desfrutar de uma vida digna.

Ocorre que a efetivação dos direitos fundamentais sociais exige, em regra, prestações (atuação positiva) do Estado, que deve agir de maneira a destinar, distribuir (e redistribuir) e até mesmo criar bens materiais para a satisfação da sociedade. Em razão desta atividade prestacional, é possível inferir que os direitos fundamentais sociais apresentam uma dimensão economicamente relevante (SARLET, 2009, p. 284).

Não resta dúvida, portanto, que os direitos fundamentais sociais, por terem uma natureza prestacional por parte do Estado, apresentam dimensão econômica. O problema surge em relação aos direitos de defesa (direitos civis), que exigem uma omissão do Poder Público em prol da liberdade individual, já que, em uma primeira análise, parecem não gerar custos para o Estado na medida em que o objeto de sua proteção são direitos subjetivos (p. ex.: vida, propriedade, intimidade, liberdade etc), que poderiam ser assegurados independentemente do dispêndio de recursos públicos.

Contudo, conforme bem explica Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 285), todos os direitos fundamentais (inclusive os direitos de defesa e de liberdade) podem ser considerados direitos positivos. Tal afirmação é verdadeira na medida em que até mesmo a realização dos direitos de defesa e de liberdade exigem que o Estado atue de forma positiva alocando recursos materiais e humanos para sua proteção e implementação.

[...], é fundamental questionar a dicotomia “direitos sociais/custosos” e “direitos individuais/gratuitos”, a qual encobre um discurso fortemente ideológico que procurou legitimar a inefetividade dos direitos sociais ao argumento de que seus custos inviabilizam qualquer índice de eficácia jurídica. Em contrapartida, os direitos tipicamente individuais deveriam ter eficácia por não demandarem aporte de recursos públicos para serem adimplidos. Este estado do pensamento permaneceu até a desmistificadora obra de Stephen Holmes e Cass Sustein, *The cost of rights* (em tradução livre: “O custo dos direitos”). São duas as premissas básicas do texto, que podem ser resumidas nas seguintes assertivas: (i) direitos de qualquer espécie custam dinheiro e (ii) todos os direitos reclamam o uso do tesouro público. Assim, conforme cabalmente comprovaram os autores, é falaciosa a tese de

que há direitos sem custos, e de que há direitos que exigem abstenções estatais absolutas, isto é, que são eficazes sem a realização de alguma atividade estatal. Todos os direitos exigem a presença do Estado, mesmo que sejam contra ele mesmo (ditos de defesa). (FONTE, 2015, p. 137).

Para ilustrar que a proteção e implementação de todos os direitos demandam custos (diretos e indiretos) por parte do Poder Público, pode-se citar, como exemplo, os gastos com segurança pública, que refletem no direito de liberdade. Também é possível pensar na proteção do direito de propriedade quando bombeiros apagam um incêndio que está em vias de se alastrar para os imóveis vizinhos. Ainda, vale lembrar do gasto com pessoal da Administração Pública, cujos serviços administrativos estão à disposição dos cidadãos para a implementação de uma infinidade de direitos individuais (FONTE, 2015, p. 137-139). Logo, chega-se à conclusão de que todos os direitos fundamentais possuem, de certa forma, uma dimensão positiva, já que direta ou indiretamente demandam uma atuação econômica por parte do Estado.

Contudo, em que pese a relevância econômica de todos os direitos, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 593) aponta que os direitos sociais (prestacionais) são mais caros para o Estado que os direitos de defesa (de cunho negativo), já que todos os direitos (sejam eles prestacionais ou de defesa) têm gastos institucionais (para manutenção das instituições, seja ela política, administrativa, judicial etc.) e, além disso, os direitos sociais ainda apresentam outros gastos referentes à sua efetivação.

Segundo as colocações de Sarlet (2009, p. 285), essa “diferença” de custos entre direitos prestacionais e direitos de defesa acaba refletindo, em última análise, na questão da sua efetividade. Assim, como os custos dos direitos de defesa são mais baixos, porque exigem omissão do Estado, sua proteção e implementação dificilmente é negada pelo Estado. Por sua vez, aponta o autor, os direitos sociais, por exigirem prestações do Estado e, assim, demandarem custos mais elevados, constantemente são negados na via administrativa, devendo sua efetividade ser buscada no Poder Judiciário, que analisará o caso concreto por meio da ponderação de princípios e valores.

Feitas estas breves considerações sobre a existência de custo para a proteção e implementação de todos os direitos (seja os prestacionais, seja os de defesa ou, ainda, os de participação), cumpre agora dedicação especial, aos direitos fundamentais sociais (que engloba o direito à educação).

Além dos inúmeros problemas metodológicos, políticos e culturais que

desafiam a efetividade dos direitos fundamentais sociais, a doutrina clássica e os Tribunais Superiores costumavam condicionar sua concretização à existência de recursos públicos disponíveis (problema econômico). Como é sabido, as demandas da sociedade são infindáveis enquanto os recursos públicos são limitados. Logo, o resultado não poderia ser outro senão a necessidade de realização de escolhas por parte dos órgãos políticos sobre quais prioridades serão atendidas de antemão e quais áreas serão deixadas de lado momentaneamente, e isso se faz por meio da elaboração de políticas públicas (FONTE, 2015, p. 136).

Sendo os recursos públicos disponíveis insuficientes para atender todas as necessidades da população, cumpre aos atores políticos, no momento de escolherem as políticas públicas a serem elaboradas, realizarem verdadeiras “manobras” no orçamento público, de maneira que, para suportar as demandas prioritárias em determinada área, inevitavelmente outro setor ficará descoberto, ou seja, os órgãos políticos são obrigados a fazerem “escolhas trágicas”⁴⁸, na medida em que precisam escolher uma (ou algumas) necessidades imprescindíveis para serem atendidas dentre diversas situações legítimas (SARMENTO, 2016, p. 229).

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda *per capita* brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. (CLÈVE, 2003, p. 158)

Portanto, a efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio da formulação e execução de políticas públicas causa significativos impactos no orçamento público, já que a atividade prestacional do Estado demanda a utilização de recursos públicos disponíveis (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 86), os quais devem ser devidamente alocados para o atendimento das escolhas feitas pelo governo no momento da elaboração e aprovação das leis orçamentárias (JACOB, 2013, p. 244).

⁴⁸ A expressão “escolhas trágicas” foi cunhada por Guido Calabresi e Philip Bobbit, em obra que tratou de escolhas alocativas moralmente complexas. Conferir CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: Norton, 1978.

Ocorre que o Brasil vem passando por uma constante constitucionalização do direito, de maneira que o orçamento público (sendo um conjunto de leis) também deve observar as regras e princípios (expressos e implícitos) constitucionais. Dessa forma, o administrador público não dispõe de um aval irrestrito para o exercício político e discricionário quando da escolha dos gastos públicos por meio da formulação de políticas públicas, visto que o Texto Constitucional já estabelece uma vinculação orçamentária mínima visando a concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, como educação (art. 212, *caput*, da CF/88) e saúde (art. 198, §2º, da CF/88) (BRITO; SOUZA, 2021, p. 1110).

Assim, o Poder Público tem o dever de elaborar políticas públicas nesta área, de forma que as ações e programas sejam voltados à prestação de uma educação com qualidade para assegurar à criança e ao adolescente possibilidades de pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho (art. 205, *caput*, CF/88).

Em relação aos impactos orçamentários causados pelas políticas públicas de educação, tem-se que, nos termos do *caput* do art. 212 da CF/88, visando a manutenção e desenvolvimento do ensino durante o ano, a União deve aplicar, no mínimo, 18% da receita dos impostos, enquanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos, compreendida, neste caso, aquela proveniente de transferências constitucionais, ou seja, para integrar o gasto mínimo de 25%, os Estados, Distrito Federal e Municípios podem somar à receita dos impostos próprios aquela proveniente da repartição de receitas tributárias prevista nos arts. 158, 159 e 160 da Constituição Federal de 1988.

Então, especificamente em relação ao Município, este é obrigado a gastar na manutenção e desenvolvimento do ensino (educação infantil e ensino fundamental) durante o período de um ano, pelo menos 25% de sua receita. Para se chegar ao valor da receita do Município e, assim, ser possível calcular o percentual de 25%, deve-se somar seus impostos próprios (IPTU, ITBI e ISS) e, ainda, os valores da repartição de receitas tributárias recebidos de outros entes federados, nos termos dos arts. 158, 159 e 160 da Constituição Federal de 1988 (p. ex.: compete aos Municípios: 100% do produto da arrecadação do imposto de renda retido na fonte - IRRF - dos servidores públicos municipais da Administração Pública direta; 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR, podendo chegar a 100% em caso de opção pela fiscalização e cobrança; 50% do produto da

arrecadação do imposto sobre propriedade de veículos automotores - IPVA - licenciados em seu território; 25% do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS; percentual do Fundo de Participação dos Municípios - FPM⁴⁹).

É de notório conhecimento que, nos anos de 2020 e 2021, o mundo sofreu sérias consequências em virtude da pandemia causada pela COVID-19. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)⁵⁰. Porém, em razão da rápida disseminação do vírus e de seu impacto letal na espécie humana, em 11 de março de 2020, a OMS caracterizou a COVID-19 como uma pandemia⁵¹, vindo o Congresso Nacional brasileiro, no dia 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo nº 06/2020⁵², reconhecer o estado de calamidade pública.

Diante da pandemia da COVID-19, um vírus até então desconhecido e de letalidade alarmante, os administradores públicos dos entes federados brasileiros decidiram, em um primeiro momento, como medida de precaução, suspender as aulas presenciais com a finalidade de proteger as crianças e adolescentes. Porém, tendo em vista que as mortes pelo coronavírus estavam aumentando a cada dia e, para não prejudicar o ano letivo e, também, para não haver “corte” no serviço de educação, os entes federados passaram a disponibilizar às crianças e adolescentes aulas no sistema online e, posteriormente, no sistema híbrido.

Contudo, em razão da utilização do sistema de aulas online, não sendo necessário a utilização dos estabelecimentos de ensino, houve uma redução significativa nas despesas com o serviço público de educação. Tal fato refletiu diretamente nos Municípios que, durante os anos de 2020 e 2021, não estavam conseguindo atingir o gasto mínimo de 25% com educação, o que poderia gerar responsabilidades dos Prefeitos perante os órgãos de controle (p. ex.: Tribunais de

⁴⁹ Constituição Federal de 1988, art. 159, I, “b”.

⁵⁰ Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>. Acesso em 16 mai. 2022.

⁵¹ Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em 16 mai. 2022.

⁵² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 16 mai. 2022.

Contas, Poder Legislativo, Ministério Público e Poder Judiciário)⁵³, ensejando parecer prévio pela irregularidade e consequente reprovação das contas por ato doloso de improbidade administrativa perante o Poder Legislativo (o que ocasionaria sua inelegibilidade)⁵⁴, suspensão de transferências voluntárias⁵⁵, crime de responsabilidade e, até mesmo, intervenção estadual no municípios (art. 35, III, CF/88).

Ocorre que, para dar fôlego aos gestores públicos, o Congresso Nacional aprovou e promulgou a Emenda Constitucional nº 119, de 27 de abril de 2022⁵⁶, que incluiu o art. 119 ao ADCT para isentar de responsabilidade administrativa, civil ou criminal os agentes públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, exclusivamente nos exercícios financeiros de 2020 e 2021, deixaram de aplicar o mínimo de 25% na manutenção e desenvolvimento do ensino, mas desde que haja a complementação, até o final do exercício financeiro de 2023, da diferença a menor entre o que efetivamente foi gasto em 2020 e 2021 e o limite mínimo que deveria ter sido aplicado.

O art. 2º da Emenda Constitucional nº 119/2022 ainda diz que a isenção impede a aplicação de quaisquer penalidades, sanções ou restrições aos entes subnacionais para fins cadastrais, de aprovação e de celebração de ajustes onerosos ou não, incluídas a contratação, a renovação ou a celebração de aditivos de quaisquer tipos, de ajustes e de convênios, entre outros, inclusive em relação à possibilidade de execução financeira desses ajustes e de recebimento de recursos do orçamento geral da União por meio de transferências voluntárias. Além disso, também não poderá haver intervenção estadual nos municípios.

O art. 70 da Lei nº 9.394/1996 (LDB) traz um rol de despesas que podem ser consideradas na manutenção e desenvolvimento do ensino, a saber: a) remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; b) aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos

⁵³ Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/na-pandemia-tce-pr-releva-falta-de-aplicacao-do-indice-minimo-na-educacao/9206/N>.

⁵⁴ TSE. AgRg no RO nº 178.285/MG. Plenário. Rel.: Min. Luiz Fux, julg. em 11/11/2014, pub. em sessão (11/11/2014) - *A não aplicação do mínimo constitucional exigido na área de educação consubstancia irregularidade de natureza insanável e configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, atraindo, bem por isso, a inelegibilidade inserta no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90.*

⁵⁵ Lei Complementar nº 101/2000, art. 25, §1º, IV, “b”.

⁵⁶ Emenda Constitucional nº 119, de 27 de abril de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc119.htm#art1. Acesso em 16 mai. 2022.

necessários ao ensino; c) uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; d) levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; e) realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; f) concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; g) amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; e h) aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Em contrapartida, o art. 71 da Lei nº 9.394/1996 (LDB), relaciona os gastos que não podem ser contabilizados na manutenção e desenvolvimento do ensino. A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2021, p. 66-69), por intermédio do Manual de Gestão Financeira de Prefeituras e Câmaras Municipais, elenca algumas despesas que não devem compor o percentual mínimo de 25%, sendo elas: a) despesas com pessoal em desvio de função; b) despesas com alimentação infantil e uniforme escolar; c) insumos e equipamentos utilizados na merenda escolar; d) despesas com pessoal da merenda escolar terceirizada; e) construção e manutenção de bibliotecas, museus e ginásios esportivos; f) custos proporcionais da Secretaria Municipal da Educação com transporte e bolsas de estudo para alunos do ensino médio e superior; g) aquisições globais de bens e serviços que também servem a vários outros setores da Administração (p. ex.: combustíveis, material de escritório ou de limpeza, peças de reposição da frota); h) despesas empenhadas em dotações estranhas às da educação; i) aquisição de veículos escolares sem as condições exigidas no Código de Trânsito Brasileiro; entre outras despesas irregulares.

Além do gasto mínimo de 25% na manutenção e desenvolvimento do ensino, o art. 212-A, XI, CF/88 estabelece que os Municípios devem aplicar 70% do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) no pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício. E mais, com as novas regras atinentes ao FUNDEB, inseridas na Carta Magna por força da Emenda Constitucional nº 108/2020, certos percentuais do eventual complemento federal VAAT (valor anual total por aluno) são estritamente vinculados, sendo que 15% deve ser investido em despesas de capital na rede escolar (art. 212-A, XI, *in fine*, da CF/88) e 50% vincula-se à educação infantil (art. 212-A, §3º, da CF/88) (SÃO PAULO, 2021, p. 64).

Nota-se que a Constituição Federal fez questão de realçar a destinação orçamentária para efetivação do direito à educação, de forma que a Administração Pública de todos os Entes federados se acha financeiramente vinculada à obrigação de repassar os percentuais corretos (nos termos dos arts. 212, *caput* e 212-A da CF/88), sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal da autoridade competente pela eventual sonegação dos recursos.

Percebe-se, pela redação literal do *caput* do art. 212 da CF/88, que o constituinte fixou um limite mínimo (e obrigatório) para custear a manutenção e desenvolvimento do ensino durante o período de um ano. Mas é óbvio que os Entes federados, se assim desejaram, podem dispor de mais recursos nesta área, superando o percentual mínimo, pois em que pese haver um limite a ser seguido de forma obrigatória, o objetivo principal da Constituição Federal de 1988 não é apenas o atingimento deste percentual mínimo, mas sim a prestação de uma educação com padrões de qualidade (art. 206, VII, CF/88) capaz de proporcionar ao ser humano possibilidades de buscar seu desenvolvimento pleno, bem como sua formação enquanto cidadão e qualificação para o mercado de trabalho (art. 205, *caput*, CF/88).

Em última análise, independentemente dos percentuais mínimos traçados pelo constituinte para despesas com educação, deve o Estado cumprir o comando constitucional que assegura ao cidadão o direito público subjetivo de ter acesso ao ensino obrigatório e gratuito (art. 208, §1º, CF/88). Desta feita, conforme ensina Ana Paula de Barcellos (2002, p. 176), ainda que o Município já tenha aplicado 25% ou mais de sua receita na manutenção e desenvolvimento do ensino, caso persista irregularidades ou falta de fornecimento de educação obrigatória e gratuita e de qualidade, é possível a intervenção judicial e a consequente responsabilização do gestor público (CAMBI, 2020, p. 499).

[...] o oferecimento do ensino obrigatório não está limitado ou vinculado ao investimento do percentual constitucional mínimo em educação. Explica-se melhor. Ainda que os recursos correspondentes aos percentuais mínimos fixados pela Constituição tenham sido efetivamente aplicados, se persistir o oferecimento irregular ou a falta do ensino obrigatório, tal circunstância continua a acarretar a responsabilidade da autoridade competente. (BARCELLOS, 2002, p. 176).

Feitas essas considerações, pode-se dizer que o maior problema enfrentado pela sociedade em relação à efetividade dos direitos fundamentais sociais (prestacionais) relaciona-se à disponibilidade de seu objeto (SARLET, 2009, p. 286),

até mesmo porque, segundo apontado por Fernando Facury Scaff (2010, p. 151), “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral”.

No caso específico do direito à educação, não raras vezes ocorre de o Poder Público já ter aplicado o percentual mínimo constitucionalmente exigido e, ainda assim, sua oferta permanecer irregular. Nesses casos, sendo demandado judicialmente (de forma individual ou coletiva) para concretizar adequadamente o direito fundamental à educação, oferecendo um serviço regular e com qualidade, é comum ao Poder Público alegar, como defesa processual, que já cumpriu sua obrigação constitucional e que não dispõe de recursos suficientes para ampliar o atendimento. Essa tese defensiva do Poder Público baseada em limitações financeiras com o intuito de evitar a sindicabilidade jurisdicional ficou conhecida como teoria da “reserva do possível” (CAMBI, 2020, p. 499-500), sendo objeto de análise nas próximas linhas deste trabalho.

A teoria da “reserva do possível” (tradução literal da expressão alemã *Vorbehalt des Möglichen*) teve origem na Alemanha a partir do ano de 1970 quando Tribunal Constitucional Federal Alemão realizou o julgamento de uma ação em que se discutia a política de limitação do número de vagas para ingresso no curso de medicina das Universidade de Hamburgo e Munique (SILVA; BENACCHIO, 2018, p. 3).

Na Alemanha, até meados de 1960, qualquer estudante de posse do *abitur* (uma espécie de exame realizado ao final do ensino médio, semelhante ao Enem) poderia escolher em qual universidade iria estudar, fazendo o curso de seu interesse. Contudo, no final do ano de 1960, a Alemanha impôs uma política de limitação do número de vagas para ingresso nas universidades em determinados cursos (*numerus clausus*). Nesse momento, ainda se utilizava o *abitur* para selecionar os estudantes, escalonando-os em graus, de maneira que os estudantes com menores médias formariam uma lista de espera. Os estudantes que desejavam ingressar no curso de medicina das universidades de Hamburgo e Munique, sentindo-se prejudicados, questionaram judicialmente a compatibilidade da política *numerus clausus* com o art. 12, item 1, da Lei Fundamental Alemã⁵⁷, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente a sua profissão, seu local de trabalho e seu centro de formação”. (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 60).

⁵⁷ Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 16 mai. 2022.

A Lei Fundamental Alemã não garante o direito à educação, mas em sua decisão, o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que o exercício livre da profissão requer, de alguma forma, o direito de acesso ao ensino superior (SARMENTO, 2016, p. 229). Contudo, o Tribunal ressaltou que o direito à educação se encontra sob a reserva do possível, no sentido de que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (SARLET, 2009, p. 287), ou seja, ainda que o Estado seja economicamente forte e tenha disponibilidade financeira e orçamentária, ele não está obrigado a oferecer prestações ao indivíduo que fuja dos limites do razoável. Além disso, segundo apontado por Alceu Maurício Junior (2009, p. 61), o Tribunal ainda entendeu que o Poder Legislativo é o órgão competente para definir o que pode ser razoavelmente exigido e, nos termos do art. 109 da Lei Fundamental Alemã, ao fixar as políticas de gastos, o Poder Legislativo precisa considerar outros interesses da coletividade, assim como as despesas destinadas à manutenção do equilíbrio econômico da Alemanha frente aos outros países.

Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador. (SARLET, 2009, p. 287)

Cumprido frisar que, mesmo reconhecendo a teoria da reserva do possível, o Tribunal Constitucional Federal Alemão interveio na política de ensino superior, entendendo que as universidades somente poderiam limitar o número de vagas se demonstrassem que o espaço disponível estava completamente preenchido. Portanto, a decisão *numerus clausus* contribuiu para otimizar a utilização dos recursos existentes (MAURÍCIO JUNIOR, 2009, p. 61).

Como se vê, a teoria da reserva do possível pautou-se na razoabilidade e, também, em certa limitação do poder de agir do Estado. Portanto, *prima facie*, a reserva do possível “não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação” (MÂNICA, 2008, p. 100). Assim, ainda que o Estado dispusesse de recursos suficientes, mas se o pedido foge do razoável, a demanda não seria exitosa.

Em seu magistério, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 287) observa que a reserva do possível apresenta três dimensões, a saber: disponibilidade fática, disponibilidade jurídica e proporcionalidade (ou razoabilidade) da prestação.

A disponibilidade fática corresponde à real e efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à concretização dos direitos fundamentais. Diante de recursos materiais escassos e de infindáveis demandas prestacionais, a concretização dos direitos sociais fica condicionada às possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado (NOVELINO, 2011, p. 530). Para Daniel Sarmento (2016, p. 231) “a reserva do possível fática não pode ser vista tomando em conta apenas a pretensão individual demandada em juízo”, mas, ao contrário, afirma o autor, “deve ser compreendida como a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu”. Assim, com base no princípio constitucional da isonomia, que busca o mesmo tratamento para fatos idênticos, não seria possível exigir judicialmente do Estado uma prestação que não pudesse ser fornecida a todos aqueles que estão na mesma situação (SARMENTO, 2016, p. 231).

A disponibilidade jurídica, por sua vez, diz respeito à existência de autorização orçamentária para arcar com os custos da prestação exigida judicialmente do Estado, ou seja, deve-se analisar o princípio da legalidade da despesa (NOVELINO, 2011, p. 531), de maneira que “o Estado não pode violar regras e princípios de direito orçamentário e administrativo para efetivar direitos prestacionais, ainda que tenha dinheiro suficiente para fazê-lo (FONTE, 2015, p. 145). Nesse ponto, Daniel Sarmento (2016, p. 230) parece defender uma posição intermediária, pois ao mesmo tempo em que defende a competência dos poderes políticos (principalmente o Poder Legislativo) para escolher as políticas públicas prioritárias por meio do orçamento, não admite que a eficácia dos direitos sociais seja condicionada de forma absoluta às regras orçamentárias, sob pena de a vontade do legislador se sobrepor à força normativa da Constituição.

Não se trata de negar a importância do princípio da legalidade orçamentária, vital para democratizar e racionalizar a atividade financeira do Estado. Contudo, por todas as razões já expostas, a garantia do mínimo existencial, que é pressuposto da democracia, não pode ficar à mercê das decisões do legislador infraconstitucional. Assim, o fato de inexistir previsão no orçamento para a realização de despesa necessária à satisfação do mínimo existencial não deve obstar a sua concessão em sede judicial. (SARMENTO, 2016, p. 230).

A última dimensão da reserva do possível diz respeito à proporcionalidade da prestação e razoabilidade da sua exigência. Nesse aspecto, ao julgar a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF (ADPF nº 45 MC/DF), o Ministro Celso de Mello entendeu que a concretização dos direitos fundamentais sociais depende da presença cumulativa de dois elementos, a saber: a) razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e b) existência de disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Estado. Em seu voto o Ministro continua explicando que as limitações financeiras e orçamentárias não podem ser invocadas pelo Estado para exonerá-lo de suas obrigações constitucionais quando desta omissão houver risco de nulificação ou aniquilação dos direitos fundamentais, salvo se demonstrar a ocorrência de um justo motivo objetivamente aferível, ou seja, não basta apenas alegar ausência de recursos financeiros, sendo preciso comprovar de forma inequívoca a impossibilidade da prestação. Complementando esta ideia, George Marmelstein (2014, p. 324) pontua que, “se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. Assim, pode-se dizer que a reserva do possível é sinônimo de razoabilidade econômica ou proporcionalidade financeira”.

O componente da razoabilidade da reserva do possível tampouco me parece oponível ao mínimo existencial, sobretudo se este for definido de forma prudente, compatível com o imperativo de universalização do mínimo, anteriormente referido. Afinal, não se pode negar a razoabilidade da pretensão de uma pessoa de ter acesso às condições materiais básicas para uma vida digna. Se a pretensão não for razoável, é simplesmente porque ela não está inserida no mínimo existencial. (SARMENTO, 2016, p. 231).

Nota-se, portanto, que a teoria da reserva do possível tem sido amplamente divulgada e comentada pela doutrina e jurisprudência brasileira e, sobretudo, utilizada como tese defensiva do Poder Público em processos judiciais para se negar a implementar os direitos fundamentais sociais.

Ocorre que, no traslado da teoria da reserva do possível para o direito brasileiro, houve uma significativa mudança do aspecto central de sua gênese, pois enquanto na Alemanha (*numerus clausus*) o Tribunal Constitucional Federal considerou “reserva do possível” aquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir do Estado, no Brasil, convencionou-se utilizar a reserva do possível nas hipóteses em que há escassez de recursos públicos, transformando-a em uma “reserva do financeiramente possível” (MÂNICA, 2008, p. 100).

No mesmo sentido, também analisando a importação acrítica da teoria da reserva do possível para o direito brasileiro, Felipe de Melo Fonte tece os seguintes comentários:

[...], admitir a reserva do possível, na versão original, significa entender que os direitos subjetivos a prestações dependem de um exame de razoabilidade da pretensão individual, e de que os direitos sociais não são *prima facie* exigíveis dos órgãos públicos. Embora não pareça ser possível resumir a questão à simplicidade da fórmula apresentada, a teoria alemã não diz respeito à disponibilidade financeira, mas sim a um problema democrático. [...]. Em outro passo e contexto, a jurisprudência brasileira criou uma espécie de *condição* ao reconhecimento de direitos subjetivos aos serviços públicos, que é a existência de dinheiro nos cofres do Estado, o que é algo bem diferente (reserva dos cofres cheios). Assim, a reserva do possível convolveu-se em instrumento de defesa da ampla discricionariedade administrativa em matéria orçamentária, em contraposição à efetividade dos direitos fundamentais. (FONTE, 2015, p. 142-143).

Há doutrinadores brasileiros que criticam veementemente a utilização de teorias estrangeiras em solo pátrio sem qualquer adaptação às realidades econômicas, sociais e políticas vivenciadas⁵⁸. Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior (2014, p. 602 e 603) ressalta a importância de realização de um filtro metodológico para a aceitação de teorias estrangeiras, sobretudo daquelas criadas em países desenvolvidos, que não sofrem com inefetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais.

Cumprido frisar que o caso discutido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que originou a teoria da reserva do possível não se relacionava à falta de prestação de serviços públicos adequados por parte do Estado e nem à ausência orçamentária, mas, ao contrário, tratava de questão da razoabilidade e da otimização do uso do recurso público para investimentos no ensino superior, ou seja, discutiu-se se a alocação de grande parte dos recursos para atender aquele pleito específico ofenderia a proteção do bem-comum, da maioria e da sociedade. Diferentemente, no Brasil, a teoria da reserva do possível é alegada pelo Estado em sede de defesa quando demandado judicialmente pela ineficiência ou ausência de prestação dos serviços públicos essenciais, ou seja, no Brasil a reserva do possível normalmente

⁵⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 602-605; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 481; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110; KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002;

está associada à ineficiência do Estado na efetivação de direitos fundamentais (FONTE, 2015, p. 142).

[...], é completamente sem sentido aplicar, descuidadamente e sem critérios, ao Brasil, um país em desenvolvimento ou *periférico*, teorias jurídicas hauridas de países desenvolvidos ou *centrais*. A adoção de soluções estrangeiras nem sempre se compatibiliza com a realidade jurídica e material do Estado brasileiro.

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países *centrais*, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país *periférico*, onde milhares de pessoas não tem o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da *luta pelo direito* entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.

Para além disso e certamente como reflexo desse conjunto de necessidades básicas dos brasileiros, a Constituição de 1988 é essencialmente dirigente, eis que composta de uma enorme quantidade de normas que impõem ao Estado brasileiro a realização de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento dessas mesmas necessidades, fixando as diretivas, metas e os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais. Eis aí porque “as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações. (CUNHA JUNIOR, 2014, p. 603).

José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 481) também critica a confusão feita pela doutrina e jurisprudência brasileira em relação aos conceitos de “reserva do possível” e “reserva do financeiramente possível”, alertando que houve grande adesão à construção dogmática da reserva do possível no sentido de que só haverá efetivação dos direitos sociais quando também houver dinheiro nos cofres públicos. Assim, para Canotilho, “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.

Não menos importante, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 110) trabalha o verdadeiro sentido da expressão “reserva do possível” diferenciando-o da questão orçamentária. Assim, para ele, quando a teoria foi importada da Alemanha para o Brasil, houve uma deturpação em seu sentido originário, ou seja, a doutrina e jurisprudência brasileira “desinterpretou” a teoria da reserva do possível.

Além da doutrina, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já teceu críticas à importação da Teoria da Reserva do Possível para o direito

brasileiro, conforme exposto nos fundamentos da decisão colacionada a seguir, *in verbis*:

Um outro ponto discutido, quando da análise do recurso especial, diz respeito à insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao Estado.

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. 2000, p. 41).

Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país.

A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna.

Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.⁵⁹ (*grifamos e destacamos*)

A par das críticas levantadas sobre a utilização da teoria da reserva do possível (de origem alemã) pelo direito brasileiro, é forçoso concluir que, no Brasil, esta tese é constantemente alegada pelo Estado como matéria de defesa processual, ou seja, o

⁵⁹ STJ. AgRg no REsp nº 1.136.549/RS. 2ª Turma. Rel.: Min. Humberto Martins, julg. 08/06/2010, pub. DJe 21/06/2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10261011&num_registro=200900766912&data=20100621&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 17 mai. 2022.

Poder Público, quando demandado judicialmente em razão da deficiência ou omissão na concretização de direitos sociais, alega a teoria da reserva do possível a fim de justificar a ausência de recursos financeiros para a implementação da prestação demandada, furtando-se de sua obrigação constitucional (NOVELINO, 2011, p. 532). Contudo, nesse caso, conforme alerta Eduardo Cambi (2020, p. 500), o ônus da prova recai sobre o Estado que deve provar suficientemente (e não alegar de maneira genérica) a impossibilidade de atendimento das prestações reclamadas.

Contudo, fato é que a teoria da reserva do possível não pode ser utilizada pelo Estado como supedâneo para se opor à efetivação dos direitos fundamentais, já que esta não se insere no campo da discricionariedade administrativa, sendo uma imposição constitucional que deve ser observada pelo administrador público no momento de formular políticas públicas e elaborar o orçamento público (SOUZA, 2013, p. 210). Nesse sentido, vale colacionar o entendimento firmado pela Segunda Turma do STJ, que assim decidiu, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. **ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* – Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. [...]. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do

administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.⁶⁰ (*grifamos e destacamos*).

Sendo assim, conclui-se este capítulo com a ideia de que as políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à educação, causa significativo impacto no orçamento público em razão dos custos da prestação dos direitos desta natureza. Contudo, em que pese sua realização ser economicamente relevante, não pode o Estado deixar de efetivá-los sob o argumento de que não dispõe de recursos suficientes, já que a teoria da reserva do “financeiramente” possível não pode ser um obstáculo à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e garantidores da dignidade humana.

⁶⁰ STJ. AgRg no AREsp nº 790.767/MG. 2ª Turma. Rel.: Min. Humberto Martins, julg. 03/12/2015, pub. DJe 14/12/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1473142&num_registro=201502487840&data=20151214&peticao_numero=201500487374&formato=PDF. Acesso em 17 mai. 2022.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS INSTRUMENTOS DISPONÍVEIS AO JUÍZO DO PROCESSO COLETIVO PARA GARANTIR A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO MUNICIPAL

Conforme explicado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro garante muitos direitos aos cidadãos, que, em grande parte, demandam altos custos para sua efetivação em razão da necessidade de atuação do Estado, o que requer sabedoria e cautela do administrador público quando da elaboração e implementação de políticas públicas, bem como atenção quanto ao seu impacto no orçamento público.

Sabendo que as demandas da coletividade são infindáveis e que os recursos financeiros do Estado estão cada vez mais limitados, cumpre ao gestor bem aplicar o dinheiro público, alocando, no mínimo, os percentuais exigidos constitucionalmente (recursos vinculados) para a realização de alguns direitos sociais (p. ex., educação e saúde) e distribuindo de forma responsável, com proporcionalidade e razoabilidade, parcela livre do orçamento (discricionariedade) destinada à realização de seu projeto de governo (ROTA, 2018, p. 185).

Ocorre que, muitas vezes, os gestores públicos, no anseio de promoverem-se politicamente buscando sua reeleição ou a eleição de seu sucessor, investem grande quantidade de dinheiro público em publicidade institucional visando sua própria promoção pessoal (quando deveria, de fato, ter apenas caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do §1º do art. 37, CF/88), bem como em festividades (p. ex., contratação de artistas famosos para festas do aniversário da cidade ou comemorações de final de ano), e acabam atuando de forma insuficiente ou inadequada na concretização mínima de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, sobretudo os sociais, como é o caso do direito à educação (RÊGO FILHO, 2011, p. 145). Em situações como estas, ao ser demandado judicialmente por meio das ações próprias (p. ex., Ação Civil Pública) propostas pelos legitimados legais, é comum ao Poder Público trazer à tona, em sede de defesa processual, a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir em políticas públicas, e, também, a Teoria da Reserva do Possível, alegando que a Administração Pública não dispõe de recursos para atender todas as demandas da coletividade (CAMBI, 2020, p. 499-500).

Diante deste cenário, surge o seguinte problema: é possível o controle jurisdicional de políticas públicas? O processo coletivo disponibiliza instrumentos

suficientes e eficazes para que o Poder Judiciário possa atuar no sentido de concretizar de forma efetiva ao direito fundamental à educação no âmbito municipal?

Pautando-se nestas indagações, este capítulo fará uma breve abordagem sobre o processo coletivo, sobretudo pelo ângulo do processo estrutural, bem como indicará as principais divergências entre a judicialização da política e o ativismo judicial, adentrando na problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, com destaque para o contraponto entre a reserva do possível e o mínimo existencial, para, ao final, indicar os instrumentos que o microssistema processual coletivo disponibiliza ao Poder Judiciário para buscar a efetivação do direito fundamental à educação no âmbito dos Municípios.

3.1 PROCESSO ESTRUTURAL COMO REFLEXO DO PROCESSO COLETIVO E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO

Devido à grande influência do liberalismo, o direito processual civil brasileiro, desde o seu surgimento e durante sua evolução, sempre teve como principal alvo (não de forma exclusiva, mas predominante) os direitos subjetivos individuais e as suas respectivas relações patrimoniais (CAMBI, 2020, p. 663-664). Esta premissa pode ser vislumbrada com clareza no revogado Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), que foi elaborado com a finalidade de tutelar direitos materiais individuais mediante ações movidas pelos próprios lesados, como se depreendia do seu art. 6º, no sentido de que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” (ZAVASCKI, 2017, p. 17).

Ocorre que, após o fim da segunda guerra mundial e a derrota dos regimes totalitários (principalmente o nazismo e o fascismo), os países viram a necessidade de estabelecer, em seus ordenamentos jurídicos, um catálogo de direitos e garantias fundamentais para proteger o indivíduo contra os abusos e violações praticados pelo Estado ou por qualquer detentor do poder, bem como estruturar uma jurisdição constitucional como mecanismo de controle efetivo da Constituição (CAMBI, 2008, p. 95).

Com o fortalecimento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno, principalmente os de cunho social, que exigem uma atuação positiva do Poder

Público consubstanciada na realização de políticas públicas, destacam-se os conflitos coletivos, representados por relações jurídicas massificadas que visam, principalmente, tutelar direitos de titularidade difusa ou coletiva (VITORELLI, 2022, p. 53). Assim, quando o Estado se omite ou atua de forma ineficiente na realização de direitos fundamentais causando prejuízo à diversas pessoas (determinadas ou indeterminadas), surge um litígio coletivo, que precisa ser tutelado pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).

Em razão das especificidades dos litígios de massa, os institutos pensados originariamente para o processo civil individual precisaram ser reexaminados e revisitados a fim de que fosse possível a criação (e não a simples adaptação) de um sistema para a adequada tutela jurisdicional desses novos direitos (CAMBI, 2020, p. 764). Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 68) apontam a necessidade de um processo coletivo específico com tendência a um direito de massa que propague meios de proteção a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, superando a característica dos processos e das relações jurídicas individuais.

O direito processual civil clássico é absolutamente inadequado para proteção das 3 (três) situações supra indicadas, isto é, dos direitos e interesses supraindividuais.

Critérios tradicionais de legitimação (legitimação ordinária), de competência (local do dano) e de coisa julgada (*intra partes* e *pro et contra*) típicos do processo individual são incapazes de permitir que, como ocorre no processo coletivo, haja tutela genérica, em benefício de quem não é parte, e em demanda ajuizada por aquele que não é o titular do direito material.

Afinal, processo coletivo não é só o somatório dos direitos individuais *egoísticos* (litisconsórcio), mas, sim, a síntese deles, um fim comum e *altruísta* (bem do grupo) que demanda uma técnica absolutamente diversa de tutela.

Por isto, foi necessária uma transformação de conceitos básicos do direito processual civil individual, ou mesmo a criação de conceitos novos (legitimação autônoma para condução do processo, coisa julgada *secundum eventum probationis* etc.), para possibilitar que os direitos e interesses supraindividuais fossem adequadamente tutelados. (GAJARDONI, 2012, p. 21).

Assim, para a devida proteção judicial dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, o sistema processual precisou ser reinventado para que o processo, sem perder sua autonomia científica, passasse a ser um instrumento de acesso à justiça (CAMBI, 2020, p. 664).

Nesta época, por força de um relatório apresentado por dois juristas sobre

acesso à Justiça (Bryan Garth e Mauro Cappelletti), passou-se a falar em 3 (*três ondas renovatórias de acesso à Justiça*). (...) Primeiro, o processo deveria prover tutela aos necessitados (*assistência judiciária*). Segundo, o processo deveria ser capaz de tutelar os interesses supraindividuais (metaindividuais, transindividuais), especialmente por conta da indeterminabilidade dos seus titulares (*processo coletivo*). E, terceiro, o processo deveria ser eficaz, visto isto como a capacidade de alcançar resultados efetivos e satisfatórios (*efetividade*). (GAJARDONI, 2012, p. 14) (*destacado no original*)

Como se vê, o processo coletivo surgiu dentro da segunda onda renovatória de acesso à justiça, em razão da necessidade de se tutelar direitos ou interesses metaindividuais cujos titulares são indeterminados (ainda que determináveis durante o decurso das fases processuais). Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 49-51) ressaltam a importância do surgimento do processo coletivo para tutelar direitos de titularidade indeterminada, direitos economicamente desinteressantes do ponto de vista individual e direitos cuja tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade e utilidade do sistema (como é o caso dos litígios repetitivos).

A doutrina (ZAVASCKI, 2017, p. 28-31) aponta as experiências do direito inglês, baseado no sistema da *common law*, como gênese da tutela coletiva de direitos. Naquela época, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) passaram a admitir um novo modelo de demanda onde os representantes de determinados grupos sociais poderiam atuar no processo em nome próprio para defenderem os interesses dos representados. Essa postura adotada pelos tribunais ingleses foi aperfeiçoada e difundida pelo direito norte-americano, surgindo a moderna ação de classes (*class action*), especialmente a partir de 1938, com a *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure* e sua reforma em 1966, admitindo que os representantes de determinada classe pudessem litigar em defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que presentes, no mínimo, quatro requisitos: (a) seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos interessados; (b) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda a classe; (c) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe; e (d) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns.

Teori Albino Zavascki (2017, p. 31-32) ensina que as ações de classe contribuíram para aumentar os poderes dos magistrados, de maneira que se reconheceu a possibilidade de abrandamento dos rigores das regras processuais sobre a admissibilidade da ação e a adequada representação do postulante a fim de

que haja o julgamento do mérito da demanda. Tramitando de forma regular o processo, a sentença proferida fará coisa julgada com eficácia geral, ou seja, terá força vinculante sobre todos os membros da classe representada, inclusive em relação àqueles que não foram notificados sobre a ação, mas desde que a representação haja sido adequada (ZAVASCKI, 2017, p. 28-31).

No Brasil, a origem real (histórica) do processo coletivo se deu com a Lei nº 4.717/1965⁶¹ (Lei de Ação Popular – LAP). Porém, por ter um objeto restrito (proteção do patrimônio público) e limitação quanto ao polo passivo, a ação popular não foi considerada pela doutrina um instrumento suficiente para a tutela adequada dos direitos e interesses supraindividuais, o que ocorreu somente com o advento da ação civil pública (GAJARDONI, 2012, p. 23).

Conforme lições de Andrade, Masson e Andrade (2016, p. 12-13), a ação civil pública surgiu no Brasil com a Lei nº 6.938/1981⁶² (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) que, em seu art. 14, §1º, previa a legitimidade do Ministério Público da União e dos Estados para, além da ação penal cabível, também propor ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Porém, a consolidação e regulamentação detalhada da ação civil pública somente ocorreu em 1985 com o advento da Lei nº 7.347/1985⁶³ (Lei da Ação Civil Pública – LACP), instrumento legislativo de inegável importância para o microsistema processual coletivo (NEVES, 2020, p. 51). Nesse sentido, Eduardo Cambi (2020, p. 765) explica que a tutela dos direitos coletivos se consolidou efetivamente no Brasil por meio da Lei nº 7.347/1985, já que este instrumento legislativo “alargou a tutela difusa e coletiva com a proteção, ainda que limitada, a determinados objetos como meio ambiente e consumidor”.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.078/1990⁶⁴ (Código de Defesa do Consumidor – CDC) potencializaram o processo coletivo no Brasil. Com a Constituição Federal de 1988, houve a proteção material de diversos direitos supraindividuais (p. ex., meio ambiente, probidade administrativa, patrimônio cultural, proteção do consumidor, entre outros), bem como legitimou o Ministério Público a promover o inquérito civil e ação civil pública para proteger qualquer espécie de direito difuso e coletivo (ZAVASCKI, 2017, p. 36). Por sua vez, a Lei nº 8.078/1990 trouxe a

⁶¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁶² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁶³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁶⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 9 out. 2022.

tutela coletiva de direitos nos Títulos III e IV, sistematizando, a partir do art. 81, normas processuais de qualquer ação coletiva, independentemente do direito coletivo a ser tutelado, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo (NEVES, 2020, p. 53).

Pode-se dizer então que o processo coletivo brasileiro nasceu com a Lei nº 4.717/1965 (de forma histórica) e com a Lei nº 6.938/1981 (de forma efetiva), consolidando-se com a Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e sendo potencializado com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), formando, assim, o que a doutrina convencionou chamar de microssistema processual coletivo (CAMBI, 2020, p. 766).

Após esse período, surgiram outras leis que também tutelam direitos supraindividuais, como é o caso da Lei nº 8.069/1990⁶⁵ (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), da Lei nº 8.429/1992⁶⁶ (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), da Lei nº 10.257/2001⁶⁷ (Estatuto das Cidades), da Lei nº 10.741/2003⁶⁸ (Estatuto da Pessoa Idosa), da Lei nº 12.529/2011⁶⁹ (Lei Antitruste) e da Lei nº 13.146/2015⁷⁰ (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Também merece destaque a Lei nº 13.105/2015⁷¹ (Código de Processo Civil – CPC) que “não só reconheceu um sistema coletivo preexistente, como também a integração do seu texto com aquele, sistematizando ‘um novo modelo de tutela coletiva’” (CAMBI, 2020, p. 767), ou seja, o CPC sugere uma necessária interconexão entre o processo coletivo e o processo individual. Reforçando esta ideia, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2022, p. 36) afirmam que “a doutrina brasileira terá de ajudar a reconstruir o processo coletivo a partir do CPC-2015, e não a despeito dele”.

Fernando da Fonseca Gajardoni (2012, p. 50-51) ensina que a Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) funcionam como núcleo do microssistema processual coletivo, podendo ser utilizadas na aplicação de todas as demais normas que tratam de processo coletivo (p. ex., pode-se aplicar a Lei nº 8.078/1990 em uma ação civil pública por

⁶⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁶⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁶⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁶⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁶⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁷⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 9 out. 2022.

⁷¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 9 out. 2022.

dano ambiental). Além disso, faltando regulamentação específica na Lei nº 7.347/1985 e na Lei nº 8.078/1990, é possível a aplicação integrativa das demais leis que tratam de processo coletivo. Assim, o mesmo autor conclui dizendo que existe um “sistema processual integrativo, em que as diversas normas relativas ao tema formam um conjunto em que, mais do que se subsidiarem, interpenetram-se de forma harmônica (teoria do diálogo das fontes normativas)”.

Em que pese a existência de diversos diplomas legais que, juntos, formam um microssistema processual coletivo, no Brasil não existe propriamente um Código de Processo Coletivo. É preciso destacar que a doutrina se esforçou para sistematizar as normas de processo coletivo em um código, tanto que foram elaborados dois anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo, um deles coordenado por Ada Pellegrini Grinover e o outro coordenado pelo Desembargador Aluísio Gonçalves Castro Mendes. Contudo, por razões legislativas incompreensíveis, ambos os anteprojetos não ganharam força no Congresso Nacional, mas inspiraram a elaboração do Projeto de Lei nº 5.139/2009⁷² (conhecido como a nova Lei de Ação Civil Pública) que consolida na Lei de Ação Civil Pública toda a disciplina referente ao processo coletivo brasileiro. Ocorre que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados proferiu parecer pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do Projeto de Lei nº 5.139/2009. Contra essa decisão foi interposto Recurso pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia, o qual está aguardando julgamento pela Mesa Diretora desde o dia 12 de maio de 2010 (GAJARDONI, 2012, p. 24).

Adentrando especificamente na disciplina da tutela coletiva, deve-se partir da premissa de que o processo coletivo é o instrumento necessário à resolução de uma relação jurídica litigiosa coletiva (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2022, p. 48). Para melhor compreensão do que se entende por litígio coletivo, importante são as lições de Edilson Vitorelli, que assim explica:

Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. É isso que distingue o litígio coletivo dos litígios individuais. Dessa forma, o litígio coletivo ocorre quando um grupo de pessoas é lesado enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário, atuação direcionada contra alguma dessas pessoas em particular, mas contra o todo. (VITORELLI, 2022, p. 30).

⁷² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/432485>. Acesso em 9 out. 2022.

A partir da correta compreensão sobre o que vem a ser litígios coletivos, tem-se que o processo coletivo é o instrumento colocado à disposição da sociedade para buscar a tutela dos direitos materiais violados no contexto de uma relação jurídica litigiosa coletiva, assim o fazendo por meio de um representante adequado que atua no processo como parte na defesa dos interesses dos verdadeiros titulares do direito violado (VITORELLI, 2020, p. 59). Complementando esse raciocínio, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2022, p. 48) afirmam que “coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas”.

Sobre a importância e necessidade do processo coletivo para se tutelar adequadamente direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à educação, Osvaldo Canela Junior assim expõe:

Os direitos fundamentais sociais atingem um número indeterminado de pessoas, porquanto o seu âmbito pretendido de abrangência é o conjunto de toda a sociedade. [...]. Ante, pois, a indiscutível indeterminação dos destinatários dos direitos fundamentais sociais, conclui-se que encontram eles no rol dos interesses e direitos difusos.

A lesão a direitos fundamentais sociais [...], deve ser examinada e eventualmente reparada por meio do processo coletivo. (CANELA JUNIOR, 2011, P. 141-142).

Em relação à representação adequada para postular em juízo na defesa dos interesses desse grupo de pessoas, o art. 5º da Lei nº 7.347/1985 elenca os seguintes legitimados ativos: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; e e) as associações que estejam constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Já em relação ao objeto do processo coletivo, o parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/1990 elenca três tipos de direitos (ou interesses) supraindividuais, a saber: a) os direitos ou interesses difusos (assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato); b) os direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* (assim

entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base); e c) os direitos ou interesses individuais homogêneos (assim entendidos os decorrentes de origem comum).

Conforme pontuam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2022, p. 124), essa classificação do objeto do processo coletivo promovida pelo parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/1990 foi de grande valia para o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil na medida em que auxiliou na compreensão das diferenças existentes entre os direitos ou interesses supraindividuais titularizados por grupos (ou classes). Porém, em que pese o respeito e a importância devida à supracitada classificação, existe doutrina⁷³ apontando sua insuficiência para a efetiva resolução de litígios coletivos, principalmente aqueles mais complexos, já que o trâmite do processo coletivo sempre será, em regra, o mesmo, independentemente se o litígio versar sobre direito ou interesse difuso, coletivo (*stricto sensu*) ou individual homogêneo (VITORELLI, 2020, p. 97-99).

[...]: o direito processual coletivo brasileiro – ao menos aquele que decorre das leis que compõem o respectivo microsistema – não se preocupou em construir modelos procedimentais adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos. É como se qualquer tipo de conflito pudesse tramitar, adequadamente, pelo mesmo e único procedimento comum, regulado pela Lei n. 7.347/1985. (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2022, p. 125).

Os mesmos autores concluem que é praticamente impossível conceber um processo coletivo adequado quando analisado única e exclusivamente o tipo de direito ou interesse abstratamente considerado, visto que não há uma diferenciação de procedimento. Sendo assim, torna-se imprescindível a construção de um processo que se desenvolva de acordo com as peculiaridades do caso concreto, considerando as características do conflito envolvido (e não o tipo de direito ou interesse) o que contribui para a satisfação do princípio do devido processo legal coletivo e do princípio da adequação (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2022, p. 125).

Diante desta constatação (necessidade de se analisar as características do litígio), Edilson Vitorelli (2022, p. 34-37) estabeleceu uma classificação para os litígios coletivos que toma por base duas variáveis, a saber: a conflituosidade do litígio e a

⁷³ Cita-se, como exemplo, Edilson Vitorelli, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Eduardo Augusto Salomão Cambi.

sua complexidade.

Para Vitorelli (2022, p. 34-35), “a conflituosidade é um indicador que analisa o grau de concordância entre os indivíduos que integram o grupo”. Assim, quanto mais divergentes forem as posições dos membros do grupo, mais conflituoso será o litígio e, ao contrário, o litígio será menos conflituoso na medida em que as posições dos membros do grupo apresentarem-se mais uniformes.

Já a complexidade “é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito” (VITORELLI, 2022, p. 35), ou seja, o litígio será mais complexo quanto maior for a variedade de formas jurídicas pelas quais ele pode ser solucionado e, ao contrário, havendo poucas possibilidades de soluções jurídicas para o litígio, ele será de baixa complexidade.

Assim, Edilson Vitorelli (2022, p. 38) afirma que os litígios coletivos variam em conflituosidade e em complexidade a depender das características dos grupos que são afetados por ele. Conclui o autor dizendo que, “[...], para a teoria dos litígios coletivos, a titularidade do direito é definida a partir das características do litígio, não a partir de uma análise abstrata dos direitos, [...]”. A título de complementação, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2022, p. 125) alertam que “a titularidade de um direito coletivo somente pode ser definida diante de alguma lesão ou ameaça concreta. A partir do conflito concreto – em razão da lesão ou ameaça de lesão a direito –, define-se qual é o grupo titular do direito”.

Considerando a classificação da Lei nº 8.078/1990 controversa do ponto de vista teórico e inútil do ponto de vista prático, Edilson Vitorelli (2020, p. 38-48) propõe uma outra classificação para os litígios coletivos que toma por base as variáveis da conflituosidade e da complexidade. Assim, para ele, os litígios coletivos podem ser: a) de difusão global; b) de difusão local; e c) de difusão irradiada.

Os litígios coletivos de difusão global são aqueles nos quais a lesão ou ameaça de lesão ao direito supraindividual não atinge especificamente uma pessoa, de modo que sua titularidade recai sobre toda a sociedade enquanto “estrutura”. Edilson Vitorelli (2022, p. 39) ainda afirma que os litígios coletivos de difusão global incluem situações nas quais “a lesão aos membros do grupo é quantificável individualmente, mas pouco significativa para cada um deles”, ou seja, as pessoas atingidas pelo litígio não se importam em participar do processo e não estão preocupadas com a reparação individual, optando, na maioria das vezes, pela reparação dirigida ao grupo (VITORELLI, 2022, p. 39). Em síntese, o referido autor assim explica:

Em outras palavras, litígios coletivos globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercute minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõe. Apresenta baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo. Sua complexidade pode ser alta ou baixa, dependendo da dificuldade de se definir antecipadamente o modo de prestação da tutela jurisdicional, mas a tendência é que seja baixa, uma vez que a lesão costuma se espalhar uniformemente pela sociedade. (VITORELLI, 2022, p. 39).

Os litígios coletivos de difusão local são aqueles em que a lesão ou ameaça de lesão ao direito supraindividual atinge pessoas determinadas pertencentes a um grupo que compartilham uma identidade própria comum ou uma mesma perspectiva social, diferenciando-se dos demais segmentos sociais (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2022, p. 126). Segundo aponta Edilson Vitorelli (2022, p. 40), essa categoria de litígios coletivos apresenta uma conflituosidade média (pois se de um lado os membros da comunidade são mais unidos porque compartilham da mesma perspectiva social, de outro lado tem-se a ocorrência de divergências internas dentro do próprio grupo) e uma complexidade variável, porém, mais alta que os litígios coletivos de difusão global (pois busca-se uma tutela jurisdicional capaz de promover a reparação do dano individual e coletivo).

Em síntese, os litígios locais são aqueles em que a lesão é tão importante do ponto de vista coletivo quanto do individual. A lesão afeta uma sociedade especificamente diferenciada por seus laços de solidariedade, motivo pelo qual pode ser denominada, tecnicamente, comunidade. Seus resultados impactam significativamente na vida dos indivíduos que a compõe, de modo que suas vidas podem ser alteradas de maneira considerável, dependendo da solução que for dada ao litígio. (VITORELLI, 2022, p. 40).

Por fim, os litígios coletivos de difusão irradiada são aqueles em que a lesão ou ameaça de lesão ao direito supraindividual atinge várias pessoas ou vários segmentos sociais, porém, essas pessoas não compõem uma comunidade, não possuem a mesma perspectiva social e, também, não serão atingidas do mesmo modo e com a mesma intensidade, fazendo com que seus anseios sobre o resultado desejável sejam diferentes, senão antagônicos. Assim, tanto a conflituosidade quanto a complexidade são altas, pois os titulares do direito possuem interesses variados (ou antagônicos) em relação ao resultado do processo e, ainda, existem múltiplos resultados possíveis para a solução do litígio (CAMBI, 2020, p. 668).

Nesses casos, a sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a

subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Esses eventos dão ensejo a litígios multáveis e multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. (VITORELLI, 2022, p. 43).

Segundo lecionam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2022, p. 131), o processo coletivo pode ter por objeto resolver questões envolvendo uma combinação de litígios coletivos. Toma-se, como exemplo, os litígios de difusão irradiada, que possuem alta conflituosidade e complexidade, geralmente envolvendo discussões sobre situações jurídicas diversas e titulares com interesses variados, permitindo que a difusão irradiada do impacto também gere, em um mesmo processo, situações jurídicas envolvendo litígios globais e locais. Nesses casos, é prudente que os diversos litígios sejam cumulados em um único processo, o que facilita a satisfação do princípio do devido processo legal referente a cada espécie de litígio.

Conforme já abordado, o ordenamento jurídico pátrio traz a previsão de ações coletivas (principalmente na Lei nº 7.347/1985 e na Lei nº 8.078/1990), mas os legitimados legais podem não ajuizá-las e, então, os litígios, embora coletivos, acabam sendo tratados em processos individuais, resultando na chamada “litigância de massa” ou “litigância repetitiva”. No Brasil, é comum esse fenômeno em situações jurídicas relacionadas aos direitos fundamentais à educação e à saúde, ou seja, embora os litígios envolvendo esses direitos fundamentais sejam coletivos (já que, de acordo com a CF/88, a educação e a saúde são direitos de todos os cidadãos), o princípio da inafastabilidade da jurisdição permite que sejam ajuizadas inúmeras ações individuais cuja pretensão seja, por exemplo, obtenção de vaga em creche ou a oferta de determinado medicamento ou tratamento médico (VITORELLI, 2022, p. 56).

É fato que o tratamento de um litígio coletivo por meio da ação individual costuma ser mais célere e possui maiores chances de êxito na medida em que causa menor impacto financeiro quando comparada com uma ação coletiva. Em que pese a licitude da “litigância de massa” (várias ações individuais tratando sobre o mesmo tema), suas consequências podem ser catastróficas para a resolução efetiva do problema social como um todo, pois geram decisões contraditórias, causam insegurança jurídica, comprometem a qualidade e a eficiência da prestação jurisdicional e violam o princípio da isonomia. Assim, “a tutela individual de direitos

fundamentais sociais, sem preocupação com as razões que causam o reiterado comportamento ilícito, pode inclusive agravar a situação da proteção dos direitos prestacionais” (CAMBI, 2020, p. 671).

No mesmo sentido, tratando da judicialização individual de litígios coletivos, Pedro Luiz de Andrade Domingos assim escreve:

Ainda que direitos sociais possam ser adjudicados por meio de uma ação individual, visando a reparar uma determinada micro-lesão, nem sempre tais direitos poderão ser reparados integralmente por esta via. Essa espécie de procedimento promove a jurisdição de maneira atomizada e individualista, sem sopesar o conjunto de indivíduos ou grupo que padece o mesmo dano e também merece tratamento. Nesse caso, o uso reiterado de uma ação individual para justicializar direitos sociais, cujos impactos, consequências e violações atingem certa coletividade, não se compatibiliza com a tutela tempestiva, adequada, efetiva e justa para o tratamento de conflitos coletivos. Quando o conflito se referir a estes direitos, há, contudo, outros tipos de procedimentos e ações que podem resguardar, de maneira global, a coletividade ofendida em seu direito. (DOMINGOS, 2019, p. 21-22).

Especificamente em relação à multiplicação de ações individuais versando sobre o direito fundamental à educação, Eduardo Cambi (2020, p. 671) lembra que o problema da escassez de vaga nos Centros Municipais de Educação Infantil (CMEI's) somente será resolvido de forma eficaz quando houver uma modificação de toda a dinâmica da Administração Pública, ou seja, para o referido autor, deve-se “corrigir as falhas regulatórias e as deficiências prestacionais, repensando gastos públicos e políticas orçamentárias, redefinindo prioridades e até mesmo alterando o sistema educacional”.

Complementando esta ideia, Edilson Vitorelli (2022, p. 71) alerta para o fato de que a quase totalidade dos processos judiciais atuais não discutem e não pretendem resolver problemas estruturais. No caso da educação, as demandas individuais visam apenas a obtenção da vaga pretendida, de maneira que, após a negativa do Poder Público em fornecer o acesso direto, os representantes das crianças acionam o Judiciário e, quase sempre, o pedido é deferido. Nesses casos, Cambi (2020, p. 671) alerta que a criança possuidora da ordem judicial assume prioridade e “fura a fila”, passando na frente daquelas que estão na lista de espera aguardando a liberação da vaga pela via administrativa, ou seja, há uma violação da ordem e do prazo de chamamento das demais crianças, causando ainda mais revolta e injustiça pela desigualdade de tratamento. Na verdade, essa multiplicação de ações com a mesma causa de pedir não resolve o problema da escassez de vagas nos CMEI's da

localidade.

Não obstante, Camilo Zufelato (2013, p. 330) também critica a tentativa de resolução de litígios coletivos mediante demandas individualizadas, já que estas “não teriam o condão de propiciar o planejamento próprio de políticas públicas, pois se estaria julgando situação deslocada da perspectiva global do fenômeno, [...]”.

Sobre o problema da judiciabilidade individual de litígios coletivos, especificamente em relação ao direito à educação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua Câmara Especial, já teve a oportunidade de se pronunciar nos seguintes termos, *in verbis*:

[...]

Esse estado de coisas implicou a propositura de um sem número de ações, com pedidos de liminares muitas vezes deferidos, visando à matrícula em creche que, acolhidas e não podia ser diferente **desorganizaram por inteiro as filas de espera, fazendo exsurgir situação mais danosa ainda: os beneficiados pelas decisões judiciais não só alteram a composição da fila e, muitas vezes, são incluídos em salas já saturadas de estudantes, com evidente prejuízo para o aprendizado.**

[...].⁷⁴ (*grifamos e destacamos*).

Ainda sobre a questão da judicialização de vaga em creches e pré-escolas, em recente decisão, o Tribunal Pleno do STF, em sede de repercussão geral, entendeu pela possibilidade de ajuizamento de ação individual visando obrigar o Poder Público a ofertar vagas em creches e pré-escolas imediatamente. Eis o teor da decisão:

1. **A educação básica em todas as suas fases** - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui **direito fundamental** de todas as crianças e jovens, **assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.**

2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). **Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.**

3. **O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.**⁷⁵ (*grifamos e destacamos*)

Ocorre que, nesta decisão, o STF garantiu a propositura de ação individual para pleitear o direito à educação, contudo, não apontou caminhos para que esta decisão

⁷⁴ TJSP, AP nº 0150735-64.2008.8.26.0002. Câmara Especial. Rel.: Des. Walter de Almeida Guilherme, julg. 16/12/2013. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2018/11/AP-0150735-64.2008.8.26.0002-TJSP-1.pdf>. Acesso em 5 out. 2022.

⁷⁵ STF. RE nº 1.008166/SC com Repercussão Geral. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Luiz Fux, julg 22/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>. Acesso em 13 out. 2022.

fosse implementada. O fato de obrigar o Estado a prestar o serviço imediatamente não resolve o problema da falta de vagas nos CMEI's. Nesse caso, permitir o ajuizamento de demandas individuais deturpa critério de ingresso, já que aqueles que primeiro acionam o Poder Judiciário serão atendidos em detrimento daqueles que esperam na fila regular. Assim, a falta de vagas em creches e pré-escolas diante da consequente ausência de orçamento é um problema estrutural, que requer a análise e solução do problema como um todo, a partir da consideração completa de seus elementos (VITORELLI, 2022, p. 59-60).

E, diante da omissão do estatal, revela-se mais apropriada a utilização dos instrumentos de tutela coletiva para se exigir a reparação da violação ao direito à educação, por ser esta uma opção mais universalizante, ao permitir uma melhor implementação de políticas públicas e de distribuição de justiça social. (COELHO; REMÉDIO, 2016, p. 85).

Para Eduardo Cambi (2020, p. 668-669), se os litígios coletivos são complexos (o que geralmente ocorre naqueles de difusão irradiada), é porque há problemas estruturais, ou seja, o funcionamento das estruturas estatais/sociais contribui para o conflito. Em tais situações, se o conflito for resolvido apenas em parte, mas a conjuntura permanecer a mesma (o problema estrutural permanecer), continuará havendo transgressões equivalentes (reincidência). Portanto, para que a resposta judicial não seja simplesmente paliativa, é adequado que ela determine uma reforma estrutural, e é aqui que tem lugar o processo coletivo estrutural.

No Brasil, a violação de direitos fundamentais pelo descumprimento reiterado das normas constitucionais decorrente de falhas estruturais, da ineficiência das políticas públicas e da má gestão dos recursos públicos gera um estado de coisas inconstitucional, do qual advém litígios complexos de difícil solução, cujo efeitos da controvérsia atinge não só o Poder Público, mas também diversos outros setores sociais. Contudo, a judicialização de políticas públicas aliada ao surgimento de demandas estruturais tem contribuído para a efetivação dos direitos fundamentais. Dessa forma, é preciso buscar a construção de um modelo processual que resolva questões complexas envolvendo a promoção coletiva de direitos fundamentais, de maneira a aparelhar o Poder Judiciário com instrumentos suficientes para gerenciar suas decisões de maneira que elas possam (re)estruturar o problema coletivo (CAMBI, 2020, p. 664-666).

O que se passa a investigar é a forma pela qual é possível conciliar a potencialidade emancipatória presente nas normas enunciadoras de direitos prestacionais e a busca por uma tutela jurisdicional adequada. Este estudo apresenta como proposta a adoção de decisões estruturantes. Estas consubstanciam uma série de parâmetros processuais que devem conformar a atuação jurisdicional na tutela de direitos prestacionais, conformando-as a um processo necessariamente coletivo (e não individual) e ligada a um interesse intrinsecamente público (e não privado).

O desafio que se coloca, além de desenhar um processo próprio para este tipo de discussão, é a fase de implementação de decisão dessa natureza. Litígios individuais e privados tem seu processo de tomada de decisão e implementação já naturalizado. Por outro lado, as decisões que são alheias a esta perspectiva privada não tem à sua disposição os instrumentos tradicionais de implementação das decisões judiciais. (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 218).

A ideia inicial de processo estrutural surgiu nos Estados Unidos da América no ano de 1954, a partir do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. Até então, havia naquele país uma política educacional baseada na segregação racial, de maneira que negros e brancos não poderiam frequentar a mesma escola. Contudo, em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu ser inconstitucional a separação de estudantes baseada na cor de sua pele e, então, determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros em uma escola pública até então dedicada a estudantes brancos. A partir desta decisão, a Suprema Corte iniciou um processo de reforma estrutural no sistema educacional público norte americano (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2022, p. 580).

Contudo, segundo Vitorelli (2022, p. 81-82), o maior problema enfrentado pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos foi o de promover o cumprimento da decisão, já que a Suprema Corte disse apenas “o que” deveria ser feito, mas não disse “como fazer”, ou seja, não se fixou qualquer parâmetro concreto, de modo ou de tempo, para a ocorrência da mudança. Somente em 1955 a Corte passou a tratar do regime de implementação da decisão judicial no caso conhecido como *Brown vs. Board of Education II*, estabelecendo que a dessegregação das escolas públicas aconteceria de diversas formas a depender das peculiaridades praticas vivenciadas por cada localidade. Assim, delegou-se aos juízes de 1ª instância a criação dos modos de implementação da decisão judicial, que passaram a fazer uso das injunções (decisões estruturais).

Diante do caso supracitado e de outros que o sucederam, alcunhou-se de decisão estrutural (*structural injunction*) aquela que busca “implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo

de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos” (DIDIER Jr.; ZANETTI Jr., 2022, p. 580). Logo, o processo onde a decisão estrutural é formada recebe o nome de “processo estrutural”.

O processo estrutural é aquele em que o órgão julgador, ao confrontar a burocracia do Estado com os valores constitucionais, determina a reestruturação da organização no sentido de eliminar a ameaça a tais valores em virtude de atos praticados pelos arranjos institucionais já existentes, sendo a *injunction* o meio pelo qual essas diretivas de construção são transmitidas. (FISS, 1979, p. 2) (*tradução livre*).

Para o desenvolvimento do estudo sobre processo estrutural, torna-se imprescindível a análise e a compreensão dos conceitos de litígio estrutural e de decisão estrutural, como se verá adiante.

Para Edilson Vitorelli (2022, p. 60), litígios estruturais “são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”. Além disso ainda esclarece que os litígios estruturais podem atingir organizações privadas, mas é mais comum que envolvam estruturas públicas, já que sua atuação afeta a vida dos mais variados grupos sociais e seu funcionamento não pode ser simplesmente eliminado, como ocorre na iniciativa privada que segue a lógica mercantil.

Com base na já trabalhada classificação dos litígios coletivos proposta por Edilson Vitorelli (de difusão local, de difusão global e de difusão irradiada), pode-se dizer que nem todo litígio coletivo irradiado é estrutural, contudo, todo litígio estrutural possui difusão irradiada, pois apresentam alta conflituosidade e complexidade na medida em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diversas pessoas ou segmentos sociais de forma distinta e com intensidade variada, de modo que seus anseios sobre o resultado esperado são diferentes, senão antagônicos (CAMBI, 2020, p. 668-669).

De forma conclusiva, Edilson Vitorelli afirma que:

[...], o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, do funcionamento de uma estrutura burocrática (entendida como instituição, política ou programa), pública ou privada, do qual deriva um padrão reiterado de violações a direitos, que cria, fomenta ou viabiliza o conflito. O litígio estrutural afeta uma sociedade irradiada de pessoas, com elevada complexidade e conflituosidade, as quais decorrem dos distintos modos como os subgrupos sociais se relacionam com a estrutura. Disso deriva seu caráter policêntrico. Em virtude das características contextuais em que ocorre, a solução desse

litígio, para ser significativa e duradoura, exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. (VITORELI, 2022, p. 68).

Para promover a reorganização ou a reestruturação do estado de desconformidade gerado pelo litígio estrutural, não basta a prática de um único ato, como uma simples decisão que certifique um direito e imponha uma obrigação, ao contrário, é preciso uma intervenção mais detalhada, com várias fases e acompanhamento contínuo, o que só é possível por meio de uma decisão estrutural (VITORELI, 2022, p. 74).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2022, p. 587) explicam que a decisão estrutural é aquela que verifica um estado de desconformidade e, então, estabelece o estado ideal que se pretende alcançar (que é a finalidade), bem como elabora o(s) plano(s) de ações para a obtenção do resultado pretendido (que são os meios). Trata-se de uma decisão complexa na medida em que prescreve normas jurídicas de conteúdo aberto, indicando um resultado a ser alcançado (estrutura deôntica de norma-princípio), bem como estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado (estrutura deôntica de norma-regra).

Diante destes conceitos, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2022, p. 585) consideram o processo estrutural como um processo coletivo que “veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”, ou seja, trata-se de uma sequência de atos jurisdicionais, normalmente duradouros e contínuos, que visam reestruturar ou reorganizar a situação conflituosa e complexa para que o problema seja solucionado de forma definitiva (e não apenas momentaneamente), obtendo-se um resultado social apropriado. Os autores ainda apontam algumas características típicas do processo estrutural, mas alertam que não há necessidade da presença concomitante de todas para que o processo seja considerado estrutural. Assim, de acordo com os referidos autores, o processo estrutural se caracteriza por:

(i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois) removendo a situação de desconformidade; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de

medidas executivas de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e pela consensualidade, que abranja, inclusive, a adaptação do processo (art. 190, CPC). (DIDIER Jr.; ZANETTI Jr., 2022, p. 585-586).

Em razão da necessidade da prática sequencial e continuada de atos jurisdicionais, Edilson Vitorelli (2022, p. 69) diz que o processo estrutural possui uma progressão cíclica, apresentando as seguintes fases de desenvolvimento:

- 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio;
- 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável;
- 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
- 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura;
- 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e,
- 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito, a partir da reorganização da estrutura.

Diante do que até aqui foi exposto, pode-se dizer que o processo estrutural serve de instrumento apto a contemplar discussões sobre litígios complexos, de difusão irradiada, permitindo a participação da sociedade de forma que as soluções (decisão estrutural) sejam construídas por todos os interessados e pelo juiz, de forma dialógica e democrática. Assim, segundo aponta Garcia (2019, p. 159) o processo estrutural requer uma mudança de paradigma, de forma que “julgar deixa de ser apenas o ato de subsunção da lei ao caso concreto e passa a ser um conjunto de atos planejados e construídos com a participação de uma multiplicidade de partes para realizar efetiva mudança social”.

Embora não de forma exclusiva, mas o processo estrutural é um mecanismo apto a auxiliar na resolução de questões ligadas diretamente ao controle jurisdicional de políticas públicas, já que, por intermédio dele, o magistrado desempenha um papel mais ativo, não apenas declarando o direito, mas também buscando traçar estratégias e métodos com os demais poderes políticos e com a sociedade para que o cumprimento de sua decisão seja capaz de resolver o problema como um todo.

Os processos e decisões judiciais estruturais – por envolverem a reforma de estruturas burocráticas por meio de medidas impostas pelo estado-Juiz, a previsão de políticas públicas e o questionamento da eficiência dos serviços públicos – constituem uma forma de repensar do processo civil contemporâneo, marcado pelo protagonismo assumido pelo Judiciário brasileiro nas últimas décadas, principalmente no tocante à proteção dos direitos difusos e coletivos. (CAMBI, 2020, p. 664).

Em relação à concretização do direito fundamental à educação, o Brasil sofre um reiterado descumprimento dos comandos constitucionais, especialmente dos arts. 205, 206, 208 e 212, todos da CF/88, “seja pela não aplicação do mínimo necessário para assegurar tal direito, seja pela ausência ou ineficiência de políticas públicas necessárias à sua realização, seja, ainda, pela gestão inadequada dos recursos públicos”. (CAMBI, 2020, p. 664-665).

Diante desta situação, existem muitos problemas estruturais nos Municípios pela inefetividade do direito à educação, principalmente naqueles mais pobres, sendo comum situações em que os Municípios não possuem creche e pré-escolas ou, quando possuem, é comum a inexistência de vagas, a superlotação das salas de aula, ou a precariedade das estruturas físicas, a desvalorização dos profissionais do magistério, entre outros tantos problemas. Tais violações ao direito fundamental à educação geram litígios estruturais, que demandam a instauração de processos coletivos estruturais com o objetivo de reestruturar esta situação de desconformidade para que se alcance o estado ideal desejado.

Assim, conforme já exposto nas linhas acima, o ajuizamento de ações individuais pleiteando a satisfação do direito particularizado não será suficiente para a resolução da ausência ou insuficiência de políticas públicas educacionais, já que gera satisfação de algumas pessoas (especialmente daquelas mais favorecidas financeiramente, com dinheiro para contratar bons advogados), mas não resolve em definitivo os problemas estruturais enfrentados por aqueles grupos sociais afetados (VITORELLI, 2022, p. 71).

Logo, diante da ineficiência do processo civil individual para casos deste quilate, principalmente pelo envolvimento de políticas públicas relacionadas a direitos sociais, faz-se necessário a instauração de um processo coletivo estrutural, que conceda ao magistrado maiores poderes para condução do processo, estando autorizado a se desligar dos rigores formais impostos pela lei para, por meio de uma postura mais ativa, juntamente com a participação da sociedade, encontrar um plano de ações efetivo e duradouro, que possa ser gerido e cumprido de forma eficaz, de

modo que “as práticas institucionais e burocráticas possam ser eliminadas, ou pelo menos drasticamente reduzidas, com o estabelecimento de uma cultura de efetivação prática de direitos fundamentais em todas as suas dimensões”. (PINTO, 2019, p. 1.020).

Nestes termos, pode-se dizer que, diante da ausência ou insuficiência de políticas públicas educacionais nos Municípios, é preciso uma intervenção judicial capaz de eliminar ou, ao menos, reduzir a violação de direitos fundamentais, de maneira a reestruturar os problemas enfrentados com o objetivo de dar efetividade contínua ao direito fundamental à educação, o que só será possível por meio de um processo coletivo estrutural.

3.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA *VERSUS* ATIVISMO JUDICIAL

Não se nega o fato de que os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem obediência às normas constitucionais e estão vinculados à efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, de cunho prestacional (p. ex., direito à educação). Porém, conforme visto anteriormente, havendo omissão ou atuação insuficiente dos Poderes políticos (Executivo, Legislativo), constata-se a possibilidade de se acionar o Poder Judiciário mediante um processo coletivo estrutural que forneça aos magistrados poderes específicos para, decidindo nos limites do ordenamento jurídico vigente, buscar a efetivação dos direitos fundamentais, satisfazendo o postulado da dignidade da pessoa humana. Tal fenômeno abre espaço para a discussão sobre a judicialização das políticas públicas e, ainda, sobre os limites de atuação do Poder Judiciário sobre os demais Poderes.

No início do século XIX, em meio a expansão da Revolução Industrial, algumas questões que sempre tiveram caráter exclusivamente político começaram a ser absorvidas pelo Poder Judiciário. Destaca-se, nesse ponto, o caso *Marbury vs. Madison*, onde o juiz John Marshall entendeu ser prerrogativa do Poder Judiciário decidir se a questão é, ou não, política, admitindo-se o controle de constitucionalidade das leis. Assim, reconheceu-se ao magistrado o poder de decidir sobre atos de natureza exclusivamente política, o que representa uma evolução em relação à teoria da separação de poderes de Montesquieu. Portanto, inicia-se aí uma nova fase que passa a admitir o controle judicial de quaisquer atos ou omissões do governo que

violem a Constituição (CANELA JUNIOR, 2011, p. 73-74).

Todos esses apanágios modificaram significativamente as dinâmicas interinstitucionais entre os poderes, de ordem a redefinir o papel até então desempenhado pelo Poder Judiciário. A este é atribuído o papel político-institucional de concretização da supremacia constitucional, formal e axiológica, como também o de agente de transformação social, postural institucional naturalizada por magistrados, em geral, e pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, em particular.

De fato, essa nova mentalidade institucional qualificaria o Judiciário como protagonista na efetivação das disposições constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, afastando a concepção atávica segundo a qual os juízes seriam a boca que pronuncia as palavras da lei, sem nenhum papel criativo. (FRAZÃO; SILVA, 2017, p. 112).

Nesse ponto, e no anseio de evoluir no estudo sobre o tema relativo ao controle jurisdicional de políticas públicas, torna-se imprescindível elencar as diferenças apontadas pela doutrina em relação à “judicialização da política” e ao “ativismo judicial”. Conforme afirma Karen Karolyna Silva Rocha (2017, p. 13), “o ativismo judicial não deve ser confundido com a judicialização da política. São fenômenos distintos, [...]”.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 24), judicializar uma questão política ou social significa retirá-la do campo de atuação das instâncias políticas tradicionais (Poderes Executivo e Legislativo) e transferi-la ao Poder Judiciário para que por ele seja decidida. No mesmo sentido, Diógenes Vicente Hassan Ribeiro (2013, p. 26) afirma que a judicialização significa “um espaço maior no espectro de decisões, inclusive de natureza política, que passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário”. Segundo Barroso, três são as causas da judicialização, conforme será visto a seguir.

A primeira causa da judicialização foi a redemocratização do país com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em relação à sociedade, esta passou a desfrutar de maior nível de informação e consciência sobre seus direitos, levando os cidadãos a buscarem proteção judicial de seus interesses sempre que estes forem desrespeitados. No Poder Judiciário, ampliou-se as garantias da magistratura, de maneira que os juízes deixaram de ser meros aplicadores do texto legal, passando a atuar mais ativamente para dar efetividade ao ordenamento jurídico. Também houve uma expansão institucional do Ministério Público, que passou a atuar em diversas áreas do direito além da penal. Por fim, fortaleceu-se a presença da Defensoria Pública em diversas regiões do país. Isso significa que a redemocratização aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, o que contribuiu para expandir e

fortalecer o Poder Judiciário (BARROSO, 2012, p. 24).

Como segunda causa da judicialização, Barroso (2012, p. 24) aponta a constitucionalização abrangente, ou seja, nossa Carta Magna trouxe em seu texto diversos assuntos que antes eram tratados pelas instâncias políticas e pela legislação ordinária, tanto que ela é adjetivada como analítica (a CF/88 cuida de muitos temas, a saber: organização do Estado, separação dos Poderes, direitos fundamentais, sistema tributário, ordem econômica, ordem social, previdência, infância e adolescência, idoso, índio, saúde, educação, segurança pública, meio ambiente, entre outros temas). E trazer um assunto para o texto constitucional é, de certa forma, fomentar a judicialização, já que “constitucionalizar” significa retirar uma matéria do debate político e transportá-lo para a seara do direito, pois na medida em que se normatiza determinado tema, potencializa-se a possibilidade de pretensões judiciais deduzidas com base nesta norma.

No atual estágio da constitucionalização de ampla gama de direitos, passam a gravitar ao redor do Poder Judiciário relevantes decisões de cunho político, descortinando o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Em havendo inércia do Legislativo e do Executivo na efetivação dos preceitos constitucionais e demais normas jurídicas, o centro de decisões desloca-se para o Judiciário, [...].

A jurisdição da política representou a transformação de assuntos que antes eram exclusivamente políticos em temas de interesse jurídico como forma de impedir a arbitrariedade estatal e garantir direitos aos cidadãos com respaldo em instrumentos jurídicos sistematizados, e preferencialmente escritos.

A partir da jurisdição da política um novo fenômeno ganhou espaço, a judicialização da política, [...]. (ROCHA, 2017, p. 14).

Por fim, a terceira causa da judicialização elencada por Barroso (2012, p. 24) é o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, considerado um dos mais abrangentes do mundo, pois é um sistema híbrido (ou eclético) que combina aspectos do sistema americano, onde qualquer juiz ou Tribunal pode interpretar e aplicar a Constituição (controle difuso) e do sistema europeu, em que algumas matérias podem ser levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta (controle concentrado). Nesse sentido, Flávia Danielle Santiago Lima (2013, p. 193) afirma que a Constituição Federal de 1988 trouxe “um sistema complexo de controle de constitucionalidade, ao manter mecanismos dos ‘dois modelos clássicos’ de constitucionalidade: o norte-americano (difuso) e o europeu (concentrado), já presentes no ordenamento brasileiro, e incrementá-los”.

Logo, nota-se que o modelo constitucional brasileiro transforma todo juiz e todo Tribunal em intérprete da Constituição. Diferentemente ocorre em muitos países da Europa que, ao se deparar com uma questão constitucional, o juiz cessa sua atuação e remete a matéria para análise e decisão do Tribunal Constitucional. Porém, no Brasil nem sempre é assim, já que, com base no modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, todo magistrado pode interpretar e aplicar a Constituição Federal, podendo, inclusive, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, deixar de aplicá-la ao caso concreto (BARROSO, 2012, p. 24-25).

Portanto, tem-se que, além da redemocratização ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou um modelo de constitucionalização abrangente onde muitos assuntos (inclusive questões políticas e sociais) podem ser levados à apreciação do Poder Judiciário, bem como utiliza um sistema de controle de constitucionalidade amplo, onde todos os órgãos do Poder Judiciário são intérpretes e aplicadores da Constituição. Assim, essas três causas são essenciais para a crescente judicialização de questões políticas e sociais em território pátrio.

Em seu magistério, Eduardo Cambi (2020, p. 295-296) explica que os direitos encontram sua base na Constituição (a maior de todas as criações políticas), considerada um fator e produto de diferenciação funcional entre direito e política ao trazer, ao mesmo tempo, soluções políticas para problemas jurídicos e soluções jurídicas para problemas políticos. Nesses termos, afirma o autor que “o Direito Constitucional judicializou a política, uma vez que a política representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passaram a ser tema de Direito Público. [...]” (CAMBI, 2020, p. 296).

A Constituição Federal de 1988 ampliou o fenômeno da judicialização ao trazer, em seu texto, assuntos que vão muito além da organização do Estado e da divisão de Poderes, ampliando o âmbito de atuação do Poder Judiciário, que passou a exercer um controle jurídico da legitimidade dos demais Poderes (GIACHINI, 2014, p. 503). Portanto, mesmo em se tratando de questões políticas inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo, que englobam juízo de conveniência e oportunidade, cumpre ao magistrado, quando provocado, atuar para fazer prevalecer a força e a unidade da Constituição (CAMBI, 2020, p. 297).

Assim, a judicialização da política significa a ampliação dos poderes decisórios do Judiciário, passando esse Poder do Estado a ter como uma de suas competências a verificação da constitucionalidade das normas jurídicas,

mas também dos atos administrativos e dos atos de governo, significando uma revisão dos atos políticos pela via judicial, para compreensão e adequação dessa atuação aos objetivos e metas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. (SODRÉ, 2012, p. 163-164)

Diante dos argumentos supracitados, pode-se definir a judicialização da política como a prerrogativa conferida aos juízes e Tribunais para fiscalizar as políticas públicas elaboradas e executadas pelos Poderes majoritário, ou seja, o Poder Judiciário não fica limitado tão somente às questões legais, passando a interferir também nas questões políticas e sociais por meio de decisões legítimas e imparciais. Tal fenômeno decorre da “expansão do Poder Judiciário com a constitucionalização de direitos e a criação de Cortes Constitucionais com competência para realizar revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo” (ROCHA, 2017, p. 15).

Em que pese muitos autores apontarem a judicialização da política como sinônimo de ativismo judicial, fato é que se tratam de fenômenos distintos. Assim, pode-se dizer que a judicialização da política é o gênero que tem, como uma de suas espécies, o ativismo judicial. Nesse ponto, Luís Roberto Barroso (2012, p. 25) alerta que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”.

Como visto acima, a judicialização diz respeito a uma atuação do Poder Judiciário, que, sempre quando provocado, deve extrair interpretações da própria norma a fim de se concretizar o direito fundamental que já está garantido. Porém, em razão do modelo institucional brasileiro adotado pela CF/88, tornou-se possível aos magistrados analisarem, além de questões legais, também questões políticas e sociais afetas aos Poderes Executivo e Legislativo (GIACHINI, 2014, p. 503). Já o ativismo judicial ocorre quando o magistrado procura extrair o máximo das potencialidades do texto normativo e, diante da ausência de norma, acaba criando o direito para resolver o caso concreto (geralmente causas complexas), interferindo na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, ou seja, no ativismo judicial é possível visualizar uma discricionariedade judicial (RIBEIRO, 2018, p. 116).

Nota-se, com isso, que a judicialização é o gênero que precede o ativismo judicial, ou seja, para que os juízes possam atuar de forma mais ativa e discricionária (ativismo judicial), é preciso que, antes de tudo, a questão seja judicializada (judicialização). Para melhor ilustração da diferença entre os dois fenômenos,

importante são as lições de Luís Roberto Barroso, que assim explica:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25).

Conforme ensina Barroso, a judicialização é um fato, ou seja, se uma questão é levada ao conhecimento do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88), cabe a ele decidi-la, já que o Poder Judiciário não pode “não decidir” (pois está obrigado a decidir). Por sua vez, o ativismo judicial é uma atitude, isto é, o magistrado atuará de forma proativa, inovando em sua decisão ao buscar a máxima amplitude interpretativa possível para o texto normativo e, diante de lacuna legislativa, decidirá de maneira a criar uma norma específica capaz de solucionar o caso concreto.

Não se pode olvidar o fenômeno a que se chama de “ativismo judicial”. Numa compreensão restrita, esse fenômeno deriva da anomia, mas também pode ter alargado o seu conceito, caracterizando, então, uma atuação defeituosa do Poder Judiciário, que se desprende das suas funções, passando de aplicador a criador de legislação. O ativismo que se percebe possível e necessário é o decorrente da ausência de lei. (RIBEIRO, 2013, p. 27).

O ativismo judicial ocorre, normalmente, em situações onde há omissão dos Poderes majoritários, seja do Poder Legislativo que não regulamenta determinadas situações por meio de leis, seja do Poder Executivo que se omite ou atua de forma ineficiente frente às suas responsabilidades. Logo, diante de omissões inconstitucionais e ilegais, cumpre ao Poder Judiciário, quando provocado, fazer valer a Constituição Federal e as leis, ainda que, para isso, tenha que interferir no campo de atuação dos outros Poderes (RIBEIRO, 2018, p. 117).

Luiz Roberto Barroso ainda explica que a postura ativista dos juízes se exterioriza por intermédio de diferentes condutas, dentre as quais destacam-se:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 26).

O oposto de ativismo judicial é conhecido como “autocontenção judicial”, ocorrendo nas hipóteses em que o Poder Judiciário reduz sua interferência nas ações dos demais Poderes, de maneira que o magistrado aplica a Constituição Federal e as leis de forma mais restritiva, com vistas a possibilitar uma maior margem de atuação dos Poderes políticos (BARROSO, 2012, p. 26). Tem-se, portanto, uma atuação autocontida de juízes e Tribunais nas hipóteses em que eles atuam apenas para revelar (declarar) o direito para situações já expressamente previstas no ordenamento jurídico, sem inovações e ampliações interpretativas, deixando as decisões sobre questões políticas ao alvedrio dos Poderes Executivo e Legislativo.

Feitas as ponderações devidas sobre a judicialização da política e do ativismo judicial, é imprescindível alçar voos maiores nesta pesquisa no sentido de trabalhar sobre a (im)possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas e suas consequências para o regime constitucional-democrático brasileiro, o que se fará a partir de agora.

3.3 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tendo sido estabelecida as ideias centrais e as diferenças substanciais entre a judicialização da política e o ativismo judicial, principalmente quanto à oportuna afirmação de Luís Roberto Barroso (2012, p. 25) de ser a “judicialização” um “fato”, enquanto o “ativismo judicial” seria uma “atitude”, passa-se, nas próximas linhas deste trabalho, a abordar a questão afeta ao controle jurisdicional de políticas públicas e seus reflexos em relação ao Princípio da Interdependência entre os Poderes, à discricionariedade administrativa e à reserva do possível.

Inicialmente, vale lembrar que a elaboração, implementação e execução de políticas públicas nos termos estabelecidos pela Constituição Federal é atribuição institucional primordialmente afeta aos Poderes Executivo e Legislativo (BRASIL, Medida Cautelar na ADPF nº 45). Por sua vez, não compete ao Poder Judiciário atribuição originária para formular e implementar políticas públicas (DUARTE, 2013,

p. 27). Contudo, um questionamento se impõe: diante da omissão ou atuação insuficiente dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, poderia o Poder Judiciário participar do processo realizando o controle de determinada política pública à luz do ordenamento jurídico vigente?

Existe corrente doutrinária, mais conservadora, que tem, dentre seus expoentes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶, José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁷ e Leandro José da Silva⁷⁸, defendendo a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir em assuntos afetos à decisão discricionária dos outros Poderes, como é o caso da formulação e implementação de políticas públicas. Conforme explica Leandro José da Silva (2011, p. 193), o problema não está na judicialização excessiva, mas sim na judicialização de questões que não deveriam ser levadas à esfera do Poder Judiciário, ou seja, existem questões que não cabe ao Judiciário conhecer e, muito menos, assumir a responsabilidade de resolvê-las, devendo remetê-las aos órgãos competentes. No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 1309) afirma que “[...] os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”, de maneira que as políticas públicas afetas aos Poderes Executivo e Legislativo não devem ser controladas pelo Poder Judiciário.

Também defendendo a impossibilidade de o Judiciário controlar políticas públicas afetas à discricionariedade administrativa ou legislativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim explica:

[...] as políticas públicas são definidas pelo Legislador e executadas pelo Executivo, sendo vedado aos órgãos de controle (especialmente Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas) interferir nas opções feitas, porque isto afrontaria o princípio da separação de poderes. [...].
[...] Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. [...]. (DI PIETRO, 2013, p. 24-

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte/MG, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131>. Acesso em 02 nov. 2022.

⁷⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷⁸ SILVA, Leandro José da. Controle judicial das políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, v. 1, n. 1, p. 191-218, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1221>. Acesso em 01 nov. 2022.

25). (*grifamos*)

Em que pese divergir das ideias supracitadas, em sua obra, Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 51-52) elenca alguns argumentos utilizados pelos adeptos desta corrente para rechaçarem o controle jurisdicional de políticas públicas, a saber: a) falta de legitimidade do juízes em razão de não serem eleitos pelo povo; b) violação ao Princípio da Interdependência entre os Poderes; c) violação da discricionariedade administrativa; d) quebra da imparcialidade do juiz, visto que o jogo político é incompatível com posições neutras ou imparciais.

Conquanto os argumentos trazidos por esta corrente (defendida por juristas de expressivo quilate) no sentido de que não seria permitido ao Poder Judiciário imiscuir-se em questões atinentes a decisões discricionárias dos Poderes Executivo e Legislativo sobre formulação e implementação de políticas públicas, fato que é que, após as ideias trazidas pelo neoconstitucionalismo, a maioria da doutrina⁷⁹ e os Tribunais pátrios⁸⁰ passaram a reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, sobretudo quando estas envolverem direitos fundamentais sociais indispensáveis para a promoção de uma vida digna.

Como apontado por Thiago Russo e Neide Lehfeld (2015, p. 325) “a Carta Magna garante e o Poder Judiciário tem o dever de intervir quando os órgãos públicos competentes não cumprirem com os seus encargos políticos-jurídicos que sobre eles recaem e em decorrência afetam os direitos individuais e sociais constitucionais”. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato (1998, p. 46) afirma a necessidade de se afastar “a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar ‘questões políticas’”.

Conforme já abordado no capítulo anterior, as políticas públicas inserem-se, em regra, no campo das decisões políticas, de forma que compete aos Poderes Executivo e Legislativo a sua formulação e previsão nas leis orçamentárias para posterior implementação, permeando o campo da discricionariedade administrativa e

⁷⁹ Destacam-se, entre eles, Ada Pellegrini Grinover, Ana Paula de Barcellos, Eduardo Augusto Salomão Cambi, Valter Foleto Santin, Américo Bedê Freire Junior, Lenio Luiz Streck, Osvaldo Canela Junior, Sérgio Cruz Arenhart, José Antônio Remédio, Edson Quirino dos Santos, Fábio Konder Comparato, dentre outros.

⁸⁰ Uma das mais importantes decisões sobre a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas foi proferida pelo já aposentado Ministro do STF, Celso de Mello, em sede de Medida Cautelar na ADPF nº 45/DF, julgada em 29/04/2004 e publicada no DJ 04/05/2004. Além desta decisão, destacam-se também os julgamentos da 2ª Turma do STF no AgR no RE nº 410.715/SP e no AgR no ARE nº 639.337/SP. Também vale destacar as decisões proferidas pelas 1ª e 2ª Turmas do STJ, a saber: REsp nº 753.565/MS e REsp nº 1.488.639/SE, respectivamente.

legislativa (BRITO, SOUZA, 2021, p. 1110).

Ocorre que os recursos públicos são limitados e, no momento de dar-lhes destinação para a realização dos programas e ações do governo, seria prudente que os órgãos políticos priorizassem a proteção da dignidade da pessoa humana, dando especial atenção à satisfação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais (p. ex. educação, saúde, segurança, entre outros), já que a Constituição Federal criou uma vinculação para o atendimento do núcleo essencial desses direitos. Isso significa que “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais” (BARCELLOS, 2005, p. 90-91).

Percebe-se que a atuação administrativa e legislativa consistente na alocação de recursos públicos para a implementação de políticas públicas que satisfaçam direitos fundamentais, sobretudo os sociais, ultrapassam a seara exclusivamente política e permeia o campo das normas jurídicas constitucionais, como é o caso, por exemplo, da vinculação de recursos para a educação (art. 212, *caput*, CF/88) e para saúde (art. 198, §2º, CF/88). Assim, nas hipóteses de omissão ou atuação insuficiente dos poderes políticos em garantir aos cidadãos as condições mínimas necessárias à realização de seus direitos constitucionalmente protegidos, torna-se possível a provocação e a consequente intervenção do Poder Judiciário para, sem a pretensão de substituir-se nas funções dos demais Poderes, controlar, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, se as escolhas dos Poderes Executivo e Legislativos se alinham aos vetores constitucionais (BRITO, SOUZA, 2021, p. 1111).

Assim, não caberá ao Judiciário substituir a avaliação política da autoridade competente. Deve atuar, apenas, quando caracterizadas as hipóteses de ineficiência comprovada por critérios técnicos-científicos. Em outros termos, deve intervir quando os meios escolhidos pelo Poder Público são manifestamente ineficientes ou juridicamente inválidos para realizar os fins constitucionais, notadamente se demonstrado que as opções políticas dos governantes não realizam adequadamente a garantia do mínimo existencial. [...], a ação ou omissão da Administração no cumprimento das previsões constitucionais relativas ao orçamento enseja, como consequência, comportamento inconstitucional a ser controlado pelo Poder Judiciário. [...]. A reserva do governante não se traduz em liberdade absoluta. Consequentemente, os gastos públicos devem ser, prioritariamente, realizados de modo a permitir a realização dos direitos fundamentais sociais, os quais são voltados a possibilitar que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer a sua liberdade real. Evidenciando que o dinheiro público está sendo utilizado indevidamente, frustrando a realização do mínimo existencial, o Judiciário poderá efetivar o direito fundamental violado. (CAMBI, 2020, p. 544-546).

Para Eduardo Cambi (2020, p. 323-324), diante das transformações trazidas pelo neoconstitucionalismo, sobretudo com a positivação constitucional dos princípios gerais do direito, o controle judicial dos atos administrativos discricionários deve ultrapassar aspectos ligados exclusivamente às formalidades legais, atingindo também aspectos substanciais exigidos pela Constituição (deve-se analisar a justicialidade do ato). Continua o autor afirmando que “limitar os poderes dos juízes, restringindo a independência do Poder Judiciário e submetendo-o à mera posição de instrumento do Poder Executivo, é uma tendência ligada aos regimes totalitários” (CAMBI, 2020, p. 324).

A eleição, refletindo a vontade da maioria na escolha de seus representantes, não corresponde a um aval irrestrito para que os mandatários eleitos possam utilizar o dinheiro público de qualquer forma para realizarem apenas seus projetos pessoais de governo. Ao contrário, é preciso que suas atuações respeitem a Constituição. Assim, havendo omissão ou atuação inconstitucional dos Poderes políticos, admite-se o controle jurisdicional das políticas públicas de governo, visando a concretização dos direitos fundamentais como forma de satisfazer o postulado da dignidade da pessoa humana (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 61).

Seguindo o mesmo raciocínio, Susana Henriques da Costa (2015, p. 214) afirma que a Constituição Federal, sem dúvida alguma, “reconheceu ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir sobre políticas públicas e garantir a observância dos valores por ela eleitos como predominantes na sociedade brasileira”. Também Coelho e Remédio (2016, p. 83) explicam que, ainda que a implementação de políticas públicas seja competência institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, “cada vez mais se torna importante a atuação [...] do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, sobretudo quando sua implementação depender da discricionariedade do poder público”.

Ainda sobre a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, imprescindíveis são as lições de Osvaldo Canela Junior, que se manifesta nos seguintes termos:

Caso o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitam na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, cumpre ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade de seus atos. Para corrigir as omissões das demais formas de expressão do poder estatal, o Poder Judiciário, entretanto, age de forma integradora, por meio da jurisdição, mas com amplos poderes coercitivos, necessários à

concretização do provimento jurisdicional. Logo, o objetivo da atuação do Poder Judiciário é o de efetivar os direitos fundamentais, mediante a concessão dos bens da vida por eles protegidos. [...]. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 91-92).

Resta evidente que, no Brasil, é chancelado ao Poder Judiciário interferir na atividade dos Poderes políticos (Executivo e Legislativo) visando controlar sua atuação para que ocorra nos termos das regras e princípios constitucionais. Desta feita, Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 10) alerta que “sempre que a atividade dos outros poderes se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológica da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do estado, [...]”.

Por óbvio, conforme bem explicado por Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 58-60), não deve prosperar o argumento de ausência de legitimidade do Poder Judiciário em razão de seus membros não terem sido eleitos pela maioria dos cidadãos. Frise-se que a regra da maioria não pode ser absoluta, sob pena de se abandonar a ditadura de um tirano e aceitar a ditadura da maioria (vários tiranos). Isso significa que o caráter contramajoritário exercido pelo Poder Judiciário não lhe retira a possibilidade de analisar questões envolvendo decisões administrativas e legislativas sobre políticas públicas, visto que a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões, ou seja, o magistrado deve atuar de maneira a dar a maior efetividade e unidade às normas constitucionais, sobretudo àquelas definidores de direitos fundamentais, mesmo que sua decisão desagrade a vontade da maioria.

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial. (LOPES Jr., 2019, n. p).

Nesse esteio, Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 68) elenca, como exemplo, o controle jurisdicional de políticas públicas em relação ao complexo problema da educação. O art. 208, I, CF/88 traz como dever do Estado a garantia de educação básica obrigatória e gratuita. Agora imagine um Município sem qualquer escola e, ao invés de dar cumprimento ao estabelecido no art. 208, I, CF/88 e construir uma escola, o Prefeito resolva investir o dinheiro público na construção de um estádio de futebol.

Diante desta situação, sendo judicializado o problema, a solução constitucionalmente mais adequada seria permitir ao magistrado que possa impedir a construção do estádio e determinar, com base nas normas constitucionais, que o Município deve, antes de construir o estádio, construir a escola.

Portanto, quando o Poder Judiciário intervém na formulação ou execução de determinada política pública, ele não está substituindo-se nas atribuições dos agentes políticos eleitos, nem avocando para si a competência discricionária para decidir sobre a conveniência e oportunidade aplicável ao caso concreto. Ao contrário, sua atuação visa apenas garantir o cumprimento das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, já que estas impõem uma limitação à discricionariedade administrativa. (RUSSO; LEHFELD, 2016, p. 325).

O controle judicial de políticas públicas não se refere, a rigor, à criação destas políticas (*make public choices*), isto é, à definição de que objetivos ou interesses devem ser eficazmente alcançados, mas da conformação, modelação e efetivação dos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito.

[...]

A Constituição traça parâmetros normativos para a concretização dos direitos fundamentais, predeterminando a necessidade de políticas públicas inerentes à realização desses direitos. Cabe aos juízes apenas dar força normativa à Constituição, sem, com isso, absorver o espaço político reservado à deliberação majoritária acerca das políticas públicas (CAMBI, 2020, p. 358-359).

Contudo, conforme bem explicado por Edinilson Donisete Machado (2011, p. 138), a intervenção jurisdicional afigura-se legítima nas hipóteses em que os Poderes políticos realizam escolhas inconstitucionais. Isso significa que, nas hipóteses em que os Poderes Executivo e Legislativo realizam escolhas equivocadas, mas respeitando os limites da Constituição Federal, não seria possível o controle pelo Poder Judiciário. O mesmo autor ainda afirma que “sempre haverá que se respeitar a vontade política, quando não houver quaisquer contrariedades à Constituição, [...]” (MACHADO, 2011, p. 139).

Desta feita, tendo sido apontado algumas ideias sobre a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, bem como elencado alguns (dentre vários) autores que defendem esta sindicabilidade judicial, é preciso analisar também qual o entendimento adotado pelos Tribunais pátrios sobre o tema.

Para tanto, a primeira decisão trazida ao debate (e considerada uma das mais importantes sobre o assunto) foi proferida em 29 de abril de 2004 pelo Ministro Celso

de Mello (de forma monocrática) na Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF que, dentre vários outros importantes argumentos, assim afirmou, *in verbis*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

[...]

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional⁸¹. (BRASIL, Medida Cautelar na ADPF nº 45) (*grifamos*)

Na decisão monocrática supracitada, vislumbra-se o entendimento do eminente Ministro Celso de Mello no sentido de ressaltar que o Poder Judiciário não tem competência institucional originária para formular e implementar políticas públicas, cabendo tais atribuições aos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, frisou que, de maneira excepcional, notadamente nos casos em que os Poderes políticos se abstém em cumprir os comandos constitucionais, pode o Poder Judiciário intervir no campo das políticas públicas com a finalidade de dar efetividade às normas de direitos

⁸¹ STF, **ADPF nº 45 MC/DF**. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 29/04/2004, pub. DJ 04/05/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em 03 nov. 2022.

fundamentais essenciais à plena satisfação da dignidade humana.

No mesmo sentido, mas especificamente em relação ao direito fundamental à educação, a Segunda Turma do STF, em julgamento relatado também pelo Ministro Celso de Mello, já se posicionou pela possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas nos seguintes termos, *in verbis*:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. [...]. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). [...]. **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.** [...].

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. [...]
- **A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado.** [...].
- **A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.** Precedentes.⁸² (*grifamos e destacamos*).

Seguindo a mesma linha de raciocínio adotada pelo STF, a 2ª Turma do STJ, em julgamento relatado pelo Ministro Herman Benjamin, também entendeu no sentido de que é possível a sindicabilidade de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mas apenas em hipóteses excepcionais em que os Poderes políticos se furtam da obrigação de realizar os direitos fundamentais sociais. Eis um pequeno trecho da ementa da decisão mencionada, *in verbis*:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. **CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS** – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. **NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível**

⁸² STF. **AgR no ARE nº 639.337/SP**. 2ª Turma. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011, pub. 15/09/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 03 nov. 2022.

AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

[...].

2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que **o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes**, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, **pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.**

3. **Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político**, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. [...].⁸³ (*grifamos e destacamos*)

Diante dos posicionamentos doutrinários acima referidos e das decisões judiciais supracitadas, nota-se que, ao intervir na concretização de políticas públicas, o magistrado não está administrando de forma a realizar seus próprios anseios, mas apenas determinando que os Poderes políticos cumpram a vontade estampada nas normas constitucionais, dando efetividade ao seu texto. Em outras palavras, pode-se dizer que a Constituição Federal estabelece, antecipadamente, alguns direitos que merecem atenção especial dos Poderes Executivo e Legislativo quando da formulação e implementação de políticas públicas (p. ex., educação, saúde, assistência social, segurança pública, entre outros). Contudo, quando os Poderes políticos se omitem ou atuam de forma insuficiente em relação a tais direitos, eles acabam por desrespeitar a própria Constituição e, por esse motivo, sempre que provocado, cumpre ao Poder Judiciário agir, não para desempenhar um papel político, mas para fazer prevalecer a efetividade, a força normativa e a unidade da Constituição (GAJARDONI, 2012, p. 42).

Especificamente em relação ao direito fundamental à educação municipal, sabe-se que o art. 208, I c/c IV, CF/88 estabelece ser obrigação do Município garantir às crianças de até 5 anos de idade educação básica obrigatória e gratuita em creches e pré-escolas, devendo, para tanto, aplicar anualmente pelo menos 25% da receita resultante de impostos (próprio e das transferências constitucionais) na manutenção e desenvolvimento do ensino. Assim, quando o Município não cumpre esses comandos constitucionais, seja por não ofertar a educação infantil às crianças de até

⁸³ STJ. REsp nº 1.488.639/SE. 2ª Turma. Rel.: Min. Herman Benjamin, julg. 20/11/2014, pub. DJe 16/12/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145909&num_registro=201402691190&data=20141216&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 5 out. 2022.

5 anos (omissão), seja por ofertar uma educação infantil de forma insuficiente (falta de vagas em creches e pré-escolas, falta de estrutura adequada, insuficiência de professores, entre outros fatores), não se pode pensar em outra solução possível a não ser buscar, pelos meios adequados (e aqui tem lugar a ação coletiva), a intervenção judicial para que seja determinado ao Poder Público uma atuação no sentido de dar a máxima efetividade às normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à educação, ou seja, o Poder Judiciário, neste caso, apenas determina aos Poderes Executivo e Legislativo que cumpram as normas da Constituição Federal.

No intuito de reforçar a análise sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, torna-se imprescindível o estudo sobre seus reflexos em relação ao Princípio da Interdependências entre os Poderes, à discricionariedade administrativa e à reserva do possível frente ao postulado do mínimo existencial, o que se fará a partir de agora.

3.3.1 Princípio da Separação (interdependência) de Poderes (funções)

A violação ao Princípio da Separação dos Poderes talvez seja uma das críticas mais adotada por aqueles que não admitem o exercício da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, haja vista defenderem que sua formulação e implementação inserem-se na competência privativa dos Poderes Executivo e Legislativo, de maneira que a atuação do Poder Judiciário nesse assunto representaria uma ingerência indevida (ARAÚJO; BELLINETTI, 2011, p. 8.886).

Em que pese encontrarmos os primeiros relatos sobre a divisão do governo em três partes (ou poderes) nas obras de Aristóteles e John Locke, fato é que o desenvolvimento da concepção de separação de poderes é atribuído à Montesquieu, em sua obra “Do espírito das leis” (1748), para quem o Estado é composto por três Poderes, a saber: o de fazer leis (Legislativo), o de executar as leis (Executivo) e o de julgar os conflitos com base nas leis (Judiciário). Além disso, Montesquieu entendia que esses três poderes deveriam ser divididos, não podendo estarem concentrados em uma única pessoa, de maneira a garantir a liberdade dos cidadãos, ou seja, um poder poderia limitar os excessos e abusos dos outros poderes sempre que estes violassem a liberdade dos cidadãos (contenção do poder pelo poder), funcionando como um sistema de freios e contrapesos (CARVALHO, 2018, p. 83-84).

Ocorre que a doutrina da separação de poderes, em sua formulação clássica, foi pensada como paradigma do liberalismo como mecanismo de defesa das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) frente às arbitrariedades praticadas pelo Estado, de forma a limitar o poder deste (CANELA JUNIOR, 2011, p. 68), já que, naquele período, exigia-se do Estado uma postura não intervencionista (dever de não fazer). Porém, a partir da Revolução Industrial e a ascensão do Estado Social após a Segunda Guerra Mundial, com destaque para os direitos sociais, econômicos e culturais (direitos fundamentais de segunda dimensão), exigiu-se do Estado uma postura de natureza prestacional (dever de fazer) de sorte que suas funções ganharam novos contornos, com inegável destaque para o Poder Judiciário, que teve sua atuação ampliada quantitativa e qualitativamente (LIBERAL, 2018, p. 73).

Essa transição do Estado liberal para o Estado social, bem como a constante evolução do Direito e da própria sociedade, exigiu que a ideia originária de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu fosse repensada, não podendo mais ser concebida como uma regra estática, onde o Legislativo elabora leis, o Executivo as executa e o Judiciário julga conforme o texto legal (ROCHA, 2018, p. 111).

O Estado é uno e único e indivisível é o seu Poder, o qual é exercido por meio de formas de expressão (ou Poderes). Assim, para que haja uma organização do Estado, cada forma de expressão (ou Poderes) exerce uma função típica e, também, funções atípicas. Portanto, conforme afirma Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 37), “a nomenclatura separação de poderes não deve prosperar, uma vez que, efetivamente, o poder estatal é uno”. Portanto, sendo o Poder do Estado um só, materializado na Constituição Federal, as expressões de poder (Poderes), por meio de suas funções, devem atuar de forma independente e harmônica para viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais, sobretudo àquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Com isso, vislumbra-se, no Brasil, “uma separação de funções e não de Poderes, até porque na verdade todos os “poderes” estão abaixo da Constituição” (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 37), razão pela qual alguns autores substituíram o termo “separação de poderes” por “colaboração entre os poderes”⁸⁴ ou “interdependência entre os poderes”⁸⁵.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 111.

⁸⁵ SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção**

A Constituição Federal de 1988, no art. 2º, reconhece como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Além disso, esse postulado foi erigido à categoria de cláusula pétrea, conforme disposição do art. 60, §4º, III, CF/88.

Conforme lições de Uadi Lammego Bulos (2104, p. 516-517), a independência de cada Poder refere-se à competência própria para exercer suas atribuições, atuando com liberdade na organização de seus serviços e nas tomadas de decisões, sem ingerência dos demais Poderes, salvo nas hipóteses de abusos inconstitucionais, para manutenção do sistema de freios e contrapesos, de forma a sempre prevalecer a vontade expressa na Constituição Federal. Por sua vez, o mesmo autor explica que a harmonia entre os Poderes se caracteriza pela cortesia e respeito entre eles, mas sem que isso impeça a interferência de um órgão no outro para assegurar o mecanismo de freios e contrapesos e garantir a força normativa e a unidade da Constituição.

Dessa forma, sendo as políticas públicas instrumentos para a efetivação dos direitos fundamentais (sobretudo os sociais) e, caso os Poderes Executivo e Legislativo não persigam esse fim espontaneamente quando da sua elaboração e implementação, abre-se espaço para a intervenção judicial que, mediante o controle das omissões ou ações praticadas pelos Poderes políticos, busque concretizar as os comandos constitucionais. Não por acaso, em seu magistério, Eduardo Cambi (2020, p. 267) aduz que, “sempre que os demais poderes comprometem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los”.

Portanto, não se sustenta o argumento de violação do Princípio da Separação (interdependência) dos Poderes (funções), pois é preciso superarmos a noção clássica de que a fiscalização judicial das outras funções do Estado seria uma intromissão indevida, até mesmo porque essa separação de funções tem como finalidade dar máxima efetividade às normas constitucionais (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 37). Inclusive, no julgamento monocrático da Medida Cautelar na ADPF nº 45/DF, o Ministro do STF, Celso de Mello, assim entendeu:

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir

um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (BRASIL, 2004)

A título de reforço argumentativo, colaciona-se as lições de Arenhart (2009, p. 9-10) advertindo que “considerar a ideia de ‘separação de poderes’ como imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo (aí incluído o Brasil)”. E o mesmo autor continua seu raciocínio dizendo que:

É, também, óbvio, portanto, que o sistema adotado pelo Brasil não é o da “separação de poderes”, mas sim o do “*balanceamento dos poderes*”. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação de o judiciário controlar atividades de outros “poderes” [...]. Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito - aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais.

Dessa forma, sempre que a atividade dos outros “poderes” se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológica da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a, quando verificada a omissão. (ARENHART, 2009, p. 9-10).

Nesse sentido, quando o Poder Judiciário controla a atuação dos demais poderes em relação à elaboração e implementação de políticas públicas, ele não está usurpando as atribuições dos agentes políticos eleitos. Ao contrário, sua atuação visa apenas garantir o cumprimento das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, já que sua efetivação deveria ter sido realizada espontaneamente pelos Poderes Executivo e Legislativo e, infelizmente, não o foi (RUSSO; LEHFELD, 2016, p. 325).

Nota-se que o Poder Judiciário, ao controlar as políticas públicas, não interfere na esfera exclusiva de atribuição dos demais Poderes, visto que atua unicamente por meio da jurisdição. Da mesma forma, não se pode utilizar o Princípio da Separação de Poderes como escudo para justificar a violação aos objetivos do Estado. Portanto, o controle jurisdicional de políticas públicas funciona como medida de “correção” realizada pelo Poder Judiciário com o propósito de atender aos objetivos do Estado por meio da satisfação dos direitos fundamentais sociais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 94-95).

Conforme bem apontado por Valter Foleto Santin (2013, p. 257), a separação de poderes (ou das funções) do Estado não pode funcionar como óbice ao controle judicial dos atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Torna-se, portanto,

imprescindível a admissão de mecanismos de controle da atuação administrativa e legislativa, principalmente quando da sua inércia em face da consolidação dos direitos fundamentais.

Não se está, aqui, a afirmar que a função desempenhada pelo Poder Judiciário é mais importante que as funções desempenhadas pelos outros Poderes, mas, ao contrário, o que se pretende é a defesa da supremacia e da unidade da Constituição Federal. Conforme explica Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 41-42), no Brasil, os Poderes Executivo e Legislativo se mostram incapazes de garantir o cumprimento das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, razão pela qual deve o Poder Judiciário atuar de forma a obrigá-los a cumprir racionalmente a Constituição, sob pena de transformar o Poder Judiciário em um “mero carimbador de decisões políticas das demais funções”.

Da mesma forma, não se está aqui a pressupor que a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas resolveria todos os problemas envolvendo a falta de concretização dos direitos fundamentais sociais. Ao contrário, o que se defende é que, em razão da inefetividade experimentada por vários direitos fundamentais sociais, pode o Poder Judiciário participar do debate de forma a exigir dos Poderes políticos informações sobre a utilização e alocação dos recursos públicos destinados ao custeio de políticas públicas, já que muitos problemas sobre a efetividade prática dos direitos sociais ocorre pela má aplicação ou desvio sistemático do dinheiro público (PINTO, 2019, p. 1.023).

Diante dos argumentos supracitados, não merece prosperar a tese de que o controle jurisdicional de políticas públicas viola o Princípio da Separação (interdependência) de Poderes (funções), visto que tais poderes, nos termos do art. 2º da CF/88, devem atuar de forma independente e harmônica para dar cumprimento aos preceitos constitucionais. Logo, se no momento da formulação e implementação de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais, os Poderes Executivo e Legislativo romperem com o compromisso constitucional, a solução mais adequada é admitir o controle de seus atos (ou de suas omissões) pelo Poder Judiciário no anseio de fazer prevalecer a vontade da Constituição Federal, evitando que esta seja considerada uma simples folha de papel.

3.3.2 Discricionariedade administrativa

Outra tese defendida por aqueles que se negam a aceitar o controle jurisdicional de políticas públicas pauta-se na violação da discricionariedade administrativa. Para esta corrente, sendo as políticas públicas ações e programas destinados a realizar os projetos e ideais políticos dos governantes na busca da realização dos objetivos sociais do Estado, sua formulação e implementação permitiriam ao administrador agir com margem de liberdade para a escolha política, pautada em critérios de oportunidade e conveniência (discricionariedade), de maneira que não poderia o Poder Judiciário se imiscuir no mérito do ato administrativo (ARENHART, 2009, p. 11).

Contudo, conforme bem explica Susana Henriques da Costa (2015, p. 217), essa impossibilidade de o Poder Judiciário interferir no mérito administrativo (e legislativo) originou-se da Teoria Clássica do Direito Administrativo, que era pautada na noção de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu. Contudo, a partir das decisões do Conselho de Estado francês, a doutrina mais atualizada superou esse entendimento e desenvolveu a Teoria do Desvio de Poder. De acordo com essa Teoria, a Administração Pública deve sempre agir para atingir o interesse público de modo a concretizar as normas constitucionais. Portanto, se o ato administrativo está em desacordo com a finalidade pública, ele é ilegal, podendo ser levado ao controle do Poder Judiciário, restringindo o âmbito de liberdade do administrador (e legislador).

Não por outra razão, Eduardo Cambi (2020, p. 325) afirma que “o juízo de conveniência e de oportunidade, inerente ao mérito dos atos administrativos discricionários, deve ser formulado dentro dos princípios constitucionais da Administração Pública, e com estrita observância dos direitos fundamentais”. Logo, a Administração Pública não pode, em hipótese alguma, agir livremente utilizando-se como escudo a discricionariedade sem que observe os limites normativos e os critérios impostos pelo Direito (LIBERAL, 2018, p. 87).

Sobre a discricionariedade administrativa, Juarez Freitas (2013, p. 14) entende ser insuficiente concebê-la apenas como liberdade de escolha pautada na oportunidade e conveniência. Nesses termos, completa o referido autor nos seguintes termos:

Pode-se, assim, melhor pensar a discricionariedade administrativa como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas, mediante justificativas aceitáveis, observado o caráter cogente das prioridades constitucionais.

(FREITAS, 2013, p. 14)

Em relação à alocação de recursos públicos para a realização de alguns direitos fundamentais sociais (p. ex., educação, saúde, segurança pública), o Texto Constitucional de 1988 não conferiu ao administrador (e ao legislador) muita margem de discricionariedade para a elaboração de políticas públicas, visto que previu antecipadamente a destinação de determinado percentual mínimo para o atendimento básico e essencial daqueles direitos (MAURÍCIO Jr., 2009, p. 88).

Nota-se que, se por um lado, na formulação e implementação de políticas públicas o administrador (e legislador) podem agir com conveniência e oportunidade, por outro lado devem observar os limites do ordenamento jurídico, sobretudo a satisfação dos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Magna. Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, a discricionariedade administrativa deve estar vinculada às prioridades eleitas na Constituição Federal, sob pena de transformar-se em arbitrariedades, dando ensejo à atuação judicial (FREITAS, 2009, p. 380-381).

Compete, então, aos Poderes políticos, no momento da formulação e implementação de políticas públicas, optarem, sempre nos limites do ordenamento jurídico, pelas ações e programas que busquem a finalidade pública e a efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, Edinilson Donisete Machado (2011, p. 138) afirma que, se o ato discricionário for praticado em consonância com o ordenamento jurídico, será válido, eficaz e não comportará intervenção jurisdicional, já que, com esteio no Princípio da Separação (interdependência) de Poderes (funções), não cabe ao Poder Judiciário substituir a justa e legítima decisão tomada pelo administrador (e legislador) no exercício de sua função típica. Ao contrário, se o ato discricionário perseguir fim diverso do interesse público, afastando-se dos limites normativos vigentes, estará viciado, podendo ser, inclusive, invalidado pelo Poder Judiciário (LIBERAL, 2018, p. 90).

Atualmente, com as inovações trazidas pelo Constitucionalismo, o conceito de legalidade foi ampliado, abrangendo não apenas a lei em sentido estrito, mas também os princípios jurídicos, razão pela qual o Poder Judiciário está apto a realizar o controle dos atos administrativos discricionários, fazendo-o não apenas em relação ao seu mérito (conveniência e oportunidade do administrador), mas também sobre sua legalidade (MEIRELLES, 2016, p. 142). Reforçando este argumento, Maria Sylvia Zanela Di Pietro assim explica:

A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo. (DI PIETRO, 2014, p. 227).

Sendo as políticas públicas instrumentos destinados a concretizar direitos fundamentais, a decisão sobre sua formulação e implementação não pode ficar exclusivamente nas mãos do administrador e legislador, sob pena de eventual ação ou omissão ilegal ficar sem proteção jurídica, razão pela qual a maioria da doutrina e dos Tribunais pátrios defendem a possibilidade de controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública.

Sobre o tema, a Segunda Turma do STF, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso extraordinário nº 410.715/SP⁸⁶, entendeu que as normas constitucionais definidoras do direito fundamental à educação representam um fator de limitação da discricionariedade político-administrativas dos entes municipais, de maneira que as escolhas dos administradores e legisladores, pautadas no juízo de conveniência e oportunidade, não podem comprometer a eficácia do direito à educação das crianças, consistente no atendimento em creches e pré-escolas. No mesmo sentido, a Primeira Turma do STJ assim se manifestou no julgamento do REsp nº 753.565/MS, *in verbis*:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7. DA LEI Nº 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS “INCOMPLETOS”. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

[...].

7. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética. [...]⁸⁷.
(*grifamos e destacamos*)

⁸⁶ STF. **AgR no RE nº 410.715/SP**. 2ª Turma. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 22/11/2015, pub. 03/02/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em 06 nov. 2022.

⁸⁷ STJ. **REsp nº 753.565/MS**. 1ª Turma. Rel.: Min; Luiz Fux, julg. 27/03/2007, pub. 28/05/2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3037606&num_registro=200500865852&data=20070528&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 6 nov. 2022

Estando as políticas públicas inseridas no campo da conveniência e oportunidade dos administradores e legisladores e, sabendo que a discricionariedade administrativa está vinculada às prioridades traçadas pela Constituição Federal, afigura-se legítimo o controle da discricionariedade administrativa (e legislativa) pelo Poder Judiciário toda vez que as escolhas políticas desviarem-se da razoabilidade e proporcionalidade, deixando de atender o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (BRITO; SOUZA, 2021, p. 1.113). Sobre esse tema Carvalhaes (2019, p. 73) assevera que “o controle judicial da discricionariedade deve versar sobre as questões jurídicas, a exemplo de ações governamentais que envolvam políticas públicas, a fim de coibir eventual violação aos preceitos democráticos e aos direitos fundamentais”.

Sendo assim, quando as escolhas políticas não buscarem o interesse público, o Poder Judiciário deve atuar para fazer prevalecer a superioridade da Constituição Federal frente à decisão administrativa e legislativa, controlando a discricionariedade dos Poderes políticos quando esta desviar-se da razoabilidade e proporcionalidade, deixando de atender o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

3.3.3 Reserva do possível versus mínimo existencial

A terceira tese de resistência ao controle jurisdicional de políticas públicas, constantemente invocada pelo Poder Público em sede de defesa processual para relativizar a imprescindibilidade de sua atuação na efetivação de direitos fundamentais é conhecida como teoria da “reserva do possível” (tradução literal da expressão alemã *Vorbehalt des Möglichen*), originária da jurisprudência alemã a partir de 1970 (ARAÚJO, BELLINETTI, 2011, p. 8.895), ocasião em que o Tribunal Constitucional Alemão realizou o julgamento de uma ação (*numerus clausus*) em que se discutia a política de limitação do número de vagas para ingresso no curso de medicina das Universidade de Hamburgo e Munique (SILVA; BENACCHIO, 2018, p. 3).

Em sua decisão, o Tribunal Constitucional da Alemanha entendeu que o direito a prestação positiva por parte do Estado (no caso, o direito à educação consistente no número de vagas nas universidades) deve ser analisado à luz da cláusula da reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, ou seja, ainda que o Estado seja economicamente forte e tenha disponibilidade financeira e orçamentária, ele não está obrigado a oferecer prestações

ao indivíduo que fuja dos limites do razoável (SARLET, 2009, p. 287).

Ocorre que, no traslado da teoria da reserva do possível para o direito brasileiro, houve uma significativa mudança do aspecto central de sua gênese. Na Alemanha, além da existência de recursos financeiros para a realização do direito social, era imprescindível a análise da razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Por sua vez, no Brasil, convencionou-se utilizar a reserva do possível nas hipóteses em que há escassez de recursos públicos, transformando a reserva do possível em uma reserva do “financeiramente” possível. (MÂNICA, 2008, p. 100).

Conforme já abordado anteriormente, é certo que, para o Estado atingir os objetivos constitucionais e concretizar os direitos fundamentais por intermédio de prestações positivas de caráter social aos cidadãos, deverá dispender recursos financeiros, situação que também ocorre para se implementar políticas públicas (LIBERAL, 2018, p. 97).

Ocorre que, no Brasil, considerado um país de modernidade tardia, com elevados índices de pobreza e desigualdade social, as necessidades da população são infindáveis, enquanto os recursos públicos são limitados. Dessa forma, quando a falta de concretização de determinado direito fundamental social é levada à apreciação do Poder Judiciário, é comum ao Poder Público, para se furtar da obrigação de implementá-lo a contento, alegar a cláusula da reserva do possível, no sentido de que não dispõe de recursos financeiros suficientes para realizar o bem da vida reclamado (BRITO; SOUZA, 2021, p. 1.113).

Porém, a maioria da doutrina brasileira, assim como os Tribunais pátrios, tem entendido que a tese de insuficiência financeira alegada pelo Estado não pode prevalecer quando contraposta em face da necessidade de realização do mínimo existencial (COSTA, 2015, p. 223), que, segundo Grinover (2013, p. 132), seria o “direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”, como é o caso, por exemplo, do direito à educação fundamental, do direito à saúde básica, do direito ao saneamento, do direito à segurança pública, do direito à alimentação adequada, entre outros.

Ora, se por um ângulo existe uma limitação de recursos públicos e, por outro ângulo, a Constituição Federal de 1988 impõe ao Poder Público a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais, seria correto (e prudente) que, quando das discussões e elaboração orçamento público, primeiro houvesse a destinação de

recursos para o atendimento das necessidades básicas e indispensáveis da população (mínimo existencial) e, somente após, havendo ainda recursos disponíveis, aí sim destiná-los para elementos de despesas menos importante (p. ex., publicidade, festividades de final de ano, construção de praças). Reforçando esta ideia, Eduardo Cambi, em seu magistério, assim explica:

Uma vez que os recursos públicos são limitados, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). Procura-se, destarte, uma otimização nos gastos públicos, voltadas à aplicação prioritária na efetivação de direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (maximização do mínimo existencial).

[...]. Dentro das limitações orçamentárias, o Estado deve priorizar os gastos públicos na concretização daqueles direitos que permitem gerar as condições gerais mínimas para emancipação da pessoa humana, porque esta é a premissa mais favorável à realização dos direitos fundamentais em países de modernidade tardia como o Brasil. [...].

[...]. Os direitos que compõem o mínimo existencial são tão importantes que a sua outorga não pode ficar sujeita à vontade (discricionariedade) da maioria parlamentar ou da Administração Pública. Desse modo, a ausência de previsão de despesa, nas leis orçamentárias, bem como a inexistência de políticas públicas não impede a efetivação judicial do mínimo existencial. [...]. (CAMBI, 2020, pp. 488-489; 508)

Não pode, portanto, o Estado utilizar-se da cláusula da reserva do possível para deixar de concretizar interesses relevantes protegidos pela Constituição Federal. Logo, constatando-se a ausência de limitação financeira ou nas hipóteses em que o recurso público é aplicado em outras finalidades que não a efetivação dos direitos fundamentais sociais, deve o Poder Judiciário rechaçar a alegação da reserva do possível e determinar ao Estado o cumprimento da prestação devida (ARENHART, 2009, p. 17).

Visto desta forma, não pode os administradores e legisladores realizarem manipulações no orçamento público de forma a contemplar ações e programas que apenas privilegiem seus anseios pessoais ou políticos (p. ex., publicidade, festividades, embelezamento das cidades) em detrimento da realização de direitos fundamentais indispensáveis ao cumprimento do mínimo existencial. Nesse sentido, pode-se visualizar a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 45/DF, *in verbis*:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e

censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que **a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.**⁸⁸ (*grifamos e destacamos*).

Perpetuando o mesmo entendimento, a 2ª Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, também entendeu que a cláusula da reserva do possível não pode prevalecer quando em confronto com o mínimo existencial consistente na realização de políticas públicas definidas na própria Constituição Federal, como é o caso do direito à educação básica para crianças de até cinco anos, senão vejamos, *in verbis*:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. [...]. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). [...]. PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. [...].

- A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, **compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.** Magistério da doutrina.

- **A cláusula da reserva do possível** - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - **encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento**

⁸⁸ STF, **ADPF nº 45 MC/DF**. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 29/04/2004, pub. DJ 04/05/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em 07 nov. 2022.

positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. [...].⁸⁹ (*grifamos e destacamos*).

Ainda no mesmo sentido, é de valia frisar o entendimento adotado pela 2ª Turma do STJ que ratificou a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas para garantia do mínimo existencial, posicionando-se, inclusive, pela possibilidade de intervenção judicial no orçamento público para a contemplação de determinadas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, conforme segue abaixo, *in verbis*:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. **CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS** – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. **NÃO OPOINIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE.** FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. [...].
 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que **o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.** [...].
 3. **Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político,** mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. [...].⁹⁰ (*grifamos e destacamos*)

Diante das decisões supracitadas, Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 133) alerta que o não atendimento do mínimo existencial por parte do Poder Público garante a possibilidade de judicialização dos direitos, funcionando não apenas como limite, mas como verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF/88). No mesmo sentido, tratando da necessidade de proteção do mínimo existencial em relação ao direito fundamental à educação como diretriz para a realização da dignidade da pessoa humana, Rodrigo Batista Coelho e José Antonio Remédio (2016, p. 90) ensinam que “inexiste margem para a escusa por parte do Poder Público em

⁸⁹ STF. **AgR no ARE nº 639.337/SP**. 2ª Turma. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011, pub. 15/09/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 7 nov. 2022.

⁹⁰ STJ. **REsp nº 1.488.639/SE**. 2ª Turma. Rel.: Min. Herman Benjamin, julg. 20/11/2014, pub. DJe 16/12/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145909&num_registro=201402691190&data=20141216&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 7 nov 2022.

concretizar o direito fundamental social relativo à educação, não sendo aplicável, no caso, a invocação da ‘reserva do possível’, ou a alegação à ofensa à separação de poderes”.

Sendo assim, diante da escassez de recursos públicos, o gestor público deve privilegiar ações que protejam os direitos fundamentais sociais, garantindo o mínimo existencial à população, sob pena de haver uma legítima judicialização da política pública, ocasião em que o ônus de provar a ausência de recursos recai sobre o Poder Público. Nessas situações, pode o Poder Judiciário determinar a implementação da política pública que garanta condições mínimas de dignidade humana e, inclusive, a ordem jurídica possibilita uma série de instrumentos para dar efetividade às decisões judiciais, conforme será visto no tópico a seguir.

3.4 INSTRUMENTOS DO PROCESSO COLETIVO PARA EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO NOS MUNICÍPIOS

Estabelecida a premissa sobre a possibilidade de o Poder Judiciário intervir nos casos de omissão ou ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em relação às políticas públicas que visam concretizar direitos fundamentais sociais, é chegado o momento de analisar os instrumentos que o ordenamento jurídico disponibiliza ao Poder Judiciário para que consiga, no âmbito do processo coletivo, efetivar o direito fundamental à educação nos Municípios.

Sabe-se que compete aos Poderes políticos a formulação e implementação de políticas públicas para a realização dos direitos fundamentais sociais, não sendo devido ao Poder Judiciário intervir indistintamente neste campo. Assim, a atuação judicial deve ser, por atribuição constitucional, apenas residual, ou seja, somente quando os Poderes Executivo e Legislativo forem omissos ou atuarem contrariamente aos vetores constitucionais, de maneira que, havendo lesão aos direitos fundamentais (políticas públicas omissas ou insatisfatórias), os titulares legítimos podem acionar o Judiciário visando a tutela desta pretensão ao bem da vida que não foi satisfeito espontaneamente pelos Poderes próprios (ARAÚJO; BELLINETTI, 2013, p. 143-144).

Em relação ao exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, certamente o mecanismo processual mais utilizado é a Ação Civil Pública, que visa a proteção de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, tendo

seu processamento disciplinado pela Lei nº 7.347/1985 (SANTOS, 2021, p. 86). Deve-se destacar que art. 1º da referida lei não trouxe as políticas públicas como um dos objetos da Ação Civil Pública, contudo, isso não significa que os atos dos Poderes políticos não mereçam proteção e fiscalização por meio do controle judicial, até mesmo porque a cláusula aberta prevista no inciso IV do art. 1º (“a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”) amplia as hipóteses de cabimento (CARVALHAES, 2019, p. 123).

Em sua Tese de Doutorado, Voltaire de Lima Moraes (2007, p. 158) explica que a Ação Civil Pública não busca apenas um provimento jurisdicional tradicional ou clássico, ao contrário, projetou-se para outra dimensão no momento em que assumiu proteger diversos novos interesses afetos à sociedade (p. ex., tratar do aumento de vagas em creches e pré-escolas, típica decisão administrativa), razão pela qual o autor afirma que a Ação Civil Pública promove uma “atividade jurisdicional diferenciada”. Compartilhando do mesmo ideário, Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 98) atesta o cabimento da Ação Civil Pública para implantação ou correção de políticas públicas, de forma que o processo coletivo seja um eficaz mecanismo de materialização do controle judicial de políticas públicas.

Nesse sentido, especificamente em relação ao direito à educação (seja na omissão ou ineficiência em sua prestação, seja em relação à gestão e alocação de recursos), as Ações Cíveis Públicas visam suprir as falhas e insuficiências crônicas dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização de políticas públicas nessa área (HESS, 2011, p. 265). Também merece destaque as explicações de Marcelo Hugo da Rocha, que assim escreve:

Diante de infração de ordem constitucional ou infraconstitucional, voltadas ao êxito de programas que referenciam o direito fundamental à educação, a ação civil pública é instrumento adequado e preferencial para estabelecer um *facere* à Administração Pública diante da omissão de sua implementação, como a falta de oferta de ensino obrigatório e gratuito (art. 3º, LACP c/c o art. 208, §1º, CRFB). A jurisprudência dos tribunais superiores apresenta um panorama prático de que a ação civil coletiva *stricto sensu* não só tem grande aceitação, como também tem produzido efeito favorável às políticas públicas educacionais. (ROCHA, 2018, p. 156).

Um ponto que merece atenção é o objeto (pedido) do processo coletivo. De acordo com o art. 3º da Lei nº 7.347/1985, a Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Aqui vale o esclarecimento de que, na ação coletiva, o objeto da pretensão (pedido) não é

o controle da política pública, mas sim a satisfação coercitiva dos direitos fundamentais inscritos no art. 6º, CF/88 (ARAÚJO; BELLINETTI, 2013, p. 144).

Formulado o pedido do processo coletivo, o órgão jurisdicional, ao conceder o bem da vida pretendido, não deve somente reproduzir o comando constitucional genérico, impessoal e abstrato contido no art. 6º, CF/88. É preciso mais do que isso, pois ao se buscar a jurisdição, visa-se dar concretude ao bem da vida tutelado juridicamente, de forma que o Poder Judiciário precisa indicar o veículo material para a efetivação do direito fundamental no caso concreto. O direito fundamental à educação, por exemplo, representa um conceito abstrato, uma meta a ser atingida segundo os parâmetros culturais da sociedade, razão pela qual o pedido deve ser formulado de forma que o magistrado consiga propor um veículo material que forneça à sociedade local os meios para se educar, como a construção de uma escola, ou a ampliação das vagas existentes (CANELA JUNIOR, 2011, p. 152).

Tendo sido ajuizada a demanda coletiva, Osvaldo Canela Junior (2011, p. 148) explica que o Poder Judiciário deverá realizar duas espécies de análise sobre as políticas públicas, a depender momento processual, dividindo-se em duas fases distintas, a saber: a) fase declaratória do direito fundamental violado; e b) fase de cumprimento de sentença.

Conforme bem explicado por Araújo e Bellinetti (2013, p. 145-146), toda lesão a direitos fundamentais devidamente constatada deve ser declarada por meio do provimento jurisdicional, mesmo que sua exequibilidade seja postergada para momento futuro, ou seja, o fato de existirem limitações que restrinjam o cumprimento imediato das decisões judiciais (como é o caso de limitações orçamentárias) não impede o reconhecimento imediato da violação ao direito fundamental perpetrada pelos Poderes políticos.

Durante a primeira fase do processo coletivo, que visa a declaração do direito fundamental violado com o objetivo de reorganizar ou reestruturar um estado de desconformidade, existe doutrina⁹¹ defendendo a possibilidade de flexibilização procedimental, de maneira que, em virtude do interesse público primário discutido no litígio, poderia o magistrado abandonar o modelo da legalidade das formas sempre que a formalidade excessiva tornar sem efeito a proteção dos direitos fundamentais sociais. Assim, excepcionalmente e sob certas condições, sugere-se a adoção do

⁹¹ Como é o caso de Osvaldo Canela Junior, Eduardo Augusto Salomão Cambi, Fernando da Fonseca Gajardoni, José Roberto Bernardi Liberal, Luiz Fernando Bellinetti, Bruno Andrade Costa, entre outros.

modelo da liberdade das formas, podendo o magistrado atuar de forma mais proativa para, juntamente com os interessados, moldar as regras do procedimento no anseio de encontrar a melhor solução para a efetividade das normas constitucionais. Isto significa que, no processo coletivo, o juiz possui mais poderes de decisão e encaminhamento da causa se comparado ao processo individual (GAJARDINI, 2012, p. 45).

Dentro da ideia de flexibilização procedimental, Fernando da Fonseca Gajardoni (2012, p. 45-47) sugere adoção de algumas medidas de plasticidade com vistas a se atingir as finalidades do processo coletivo estruturante, dentre as quais se destacam as seguintes: a) ampliação de prazos para potencialização do princípio do contraditório (p. ex., há casos em que o Ministério Público passa anos investigando para propor a ação, de maneira que não seria justo conceder apenas 15 dias para os demandados se defenderem); b) fungibilidade das ações (p. ex., pode o juiz receber uma ação de improbidade administrativa como Ação Civil Pública de reparação de danos quando verificar ausência de dolo na conduta do agente público ou prescrição das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992); c) modificação dos limites impostos pelo princípio da congruência ou da adstrição (p. ex., há que se permitir a adaptação do pedido e da causa de pedir, mesmo após o saneamento do processo, pois a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada no pedido inicial); d) relativização da coisa julgada (p. ex., com o passar dos anos, a solução encontrada pelo Poder Judiciário pode tornar-se obsoleta ou inconveniente, e o Poder Público oferece solução mais efetiva que aquela constante na decisão transitada e julgada. Nesse caso, é prudente relativizar os efeitos da coisa julgada material para se permitir a adoção da solução mais efetiva).

Sobre a modificação dos limites impostos pelo princípio da congruência ou da adstrição, importante são as lições trazidas por Eduardo Cambi, que assim ensina:

Outra adequação necessária à aplicação das medidas estruturantes no sistema brasileiro relaciona-se ao princípio da adstrição, pois as decisões estruturantes protraem-se no tempo e possuem um caráter de se ajustar às necessidades do caso em razão do momento ou ocasião.

Tal característica é incompatível com a limitação imposta no pedido inicial, pois, embora o magistrado esteja adstrito à questão posta e sua relação com o ilícito a ser reparado ou impedido, sua atuação poderá extrapolar os limites do pedido expressamente posto pelo autor da demanda. Isso porque muitas vezes a solução para o problema complexo precisa ser construído pelas partes, com a mediação do Estado-juiz, e a participação da sociedade.

Nesse sentido, faz-se necessário modificar os limites impostos pelo princípio da congruência ou da adstrição, ampliando a atuação do Estado-juiz, para atuar nas causas que envolvam a violação de direitos fundamentais prestacionais com vistas à solução mais adequada ao litígio ainda que não prevista na petição inicial, desde que respeitado o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. (CAMBI, 2020, p. 772-773)

Além disso, o Código de Processo Civil (CPC), no art. 1º, estabelece que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, [...]”. Por sua vez, o art. 8º do mesmo diploma legal dispõe que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o magistrado deverá atender aos fins sociais e promover a dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios fundamentais. Por fim, o art. 139, IV do CPC possibilita ao juiz adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de suas decisões.

Para Gajardoni (2012, p. 46), a flexibilização procedimental do processo coletivo não faz com que se perca a previsibilidade das ações processuais de maneira a gerar insegurança do sistema, pois a segurança e a previsibilidade são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo, uma vez que as partes devem ser alertadas da implementação das adaptações com antecedência (ou quando as próprias partes participam da formação do procedimento). O mesmo autor ainda alerta que a flexibilização do procedimento processual coletivo deve ser medida de exceção, ou seja, “não havendo particularidade na causa (objetiva ou subjetiva) que justifique a variação ritual, o procedimento da ação coletiva será o mesmo previamente desenhado pela lei” (GAJARDONI, 2012, p. 46).

Portanto, durante a fase de conhecimento do processo coletivo, tanto a doutrina quanto a própria legislação permitem ao magistrado, de forma excepcional e com esteio na proporcionalidade e razoabilidade, realizar a flexibilização do procedimento de maneira que, ao final, a decisão judicial reflita a solução mais efetiva para a concretização dos direitos fundamentais sociais (no caso, o direito à educação).

Reconhecida a violação aos direitos fundamentais e, transitada em julgado a decisão que declarou esta situação, passa-se para a segunda fase, consistente no cumprimento da sentença, de forma que o Poder Judiciário deve levar em conta os parâmetros fixados na decisão judicial. Nas lições de Osvaldo Canela Junior (2011, p. 149), “o cumprimento da sentença significa o início da prática dos atos de

realinhamento coercitivo das políticas públicas”.

Portanto, tendo sido observado os limites constitucionais da intervenção judicial na Administração Pública, de forma que o controle realizado seja legítimo, e se ainda assim os gestores públicos descumprirem a ordem ou decisão judicial, é preciso encontrar instrumentos que tornem a tutela jurisdicional efetiva (CARVALHAES, 2019, p. 130-131), e é justamente aqui que se trabalha a hipótese de solução do problema levantado inicialmente, consistente em saber se o microsistema processual coletivo disponibiliza ao Poder Judiciário instrumentos suficientes para dar efetividade às suas decisões que reconhecem a violação ao direito fundamental à educação nos Municípios. Nesse sentido, José Roberto Bernardi Liberal propõe que:

[...], deverá o estado-juiz, na fase executiva, adotar e empregar todas as técnicas processuais necessárias e suficientes para efetivo cumprimento do preceito sancionatório estabelecido na fase de conhecimento[...].

Deverá o juiz do processo, então, adotar postura proativa, valendo-se dos mais variados mecanismos processuais proporcionados pela ordem jurídica, aplicando, com a autoridade necessária, isoladamente ou em conjunto, a técnica processual mais adequada e eficiente à satisfação do direito reconhecido, conforme as exigências ditadas pelo direito material e pelo interesse social; [...].

Incumbe ao Estado-juiz, em síntese, concretizar no mundo dos fatos a política pública devida, proporcionando tutela integral e específica, como se a obrigação fosse espontaneamente cumprida pelo devedor, [...]. (LIBERAL, 2018, p. 121).

A partir de agora, o presente trabalho se dedicará ao estudo destes instrumentos, de forma que, não havendo cumprimento espontâneo da decisão pelo administrador público, deve o Poder Judiciário se valer dos meios coercitivos próprios para que o direito fundamental à educação seja concretizado, tais como: aplicação de multas, responsabilização criminal, intervenção político-administrativa e controle jurisdicional do orçamento público.

3.4.1 Aplicação de multa cominatória (*astreintes*)

O primeiro instrumento disponível ao Poder Judiciário para buscar a efetividade de suas decisões que determinam ao Poder Público a concretização do direito fundamental à educação nos Município é a imposição de multa cominatória (*astreintes*), prevista nos arts. 536 e 537 do CPC, no art. 11 da Lei nº 7.347/1985 e no art. 84, §4º da Lei nº 8.078/1990.

De acordo com Fredie Didier Jr. *et al.* (2017, p. 605), a multa constitui medida coercitiva que pode ser imposta pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, com o objetivo de atuar sobre a vontade do devedor recalcitrante, pressionando-o psicologicamente a cumprir, de modo voluntário, a obrigação que lhe foi imposta ou assumida.

Importante frisar que a multa tem natureza processual e finalidade coercitiva (para forçar o cumprimento da obrigação), não ostentando feição indenizatória, compensatória ou punitiva (LIBERAL, 2018, p. 134). Contudo, caso a simples imposição da multa não tenha força para atingir o objetivo pretendido, mantendo-se o estado de inadimplemento da obrigação, haverá a incidência da multa e poderá ser exigido seu pagamento, ocasião em que ela passa a assumir a natureza de sanção punitiva-pecuniária (GAJARDONI, 2012, p. 133).

Em relação à possibilidade de aplicação de multa cominatória (*astreintes*) ao Poder Público para compeli-lo a efetivar o direito fundamental à educação municipal, a Segunda Turma do STF assim já se pronunciou, *in verbis*:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). [...].
- Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.
 Doutrina. Jurisprudência.⁹² (*grifamos e destacamos*).

Sobre a multa cominatória (*astreintes*), Andréia Schneider Nunes Carvalhaes (2019, p. 131-132) diz tratar-se do mais recorrente instrumento aplicado em face do

⁹² STF. AgR no ARE nº 639.337/SP. 2ª Turma. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011, pub. 15/09/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 20 nov. 2022.

descumprimento de decisões judiciais, mas que nem sempre é o mais eficaz, pois quando o magistrado determina ao Poder Público a implementação de determinada política pública, sob pena de imposição de multa cominatória, não o faz na figura do administrador, mas sim do Ente público, o que, ao final, significa que o ônus da penalidade recairá sobre o patrimônio público, bem de toda a coletividade, sendo inscrita sob o regime de precatório. Complementado essa ideia, Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 141) lembra que embora o montante da multa cominatória (*astreintes*) possa ser cobrada posteriormente do responsável, seria necessária uma nova demanda judicial para a recuperação.

Contudo, diante da ineficácia do resultado prático esperado, há entendimento por parte da doutrina⁹³ de que a aplicação da multa cominatória por descumprimento de decisão judicial somente seria efetiva se recaísse sobre o patrimônio pessoal do gestor público responsável pela ação ou omissão estatal, sob pena de onerar ainda mais o erário (CARVALHAES, 2019, p. 132).

De qualquer sorte, para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu *poder geral de efetivação*, imponha as *astreintes* diretamente ao agente público (pessoa natural) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada. (DIDIER Jr. *et al.*, 2017, p. 627). (*destacado no original*)

No mesmo sentido, Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 91) entende que a multa imposta exclusivamente contra o Poder Público se mostra praticamente inútil para o atingimento de sua finalidade intimidatória, pois nesse caso, como o administrador público não sofre, pessoalmente, a ameaça do meio coercitivo, dificilmente se sentirá estimulado a cumprir voluntariamente a ordem judicial. Logo, é adequado e eficaz o direcionamento da multa cominatória (*astreintes*) diretamente ao agente que tem a incumbência de agir conforme a determinação judicial.

De seu turno, Fernando da Fonseca Gajardoni (2012, p. 135) entende que, se por um lado o direcionamento da multa ao administrador público cria uma nova situação de responsabilidade patrimonial não prevista em lei (art. 789 e seguintes do CPC), por outro lado tal medida não onera os cofres públicos por conta da

⁹³ Nesse sentido, Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha, Eduardo Talamini, Eurico Ferraresi, Fernando da Fonseca Gajardoni, José Roberto Bernardi Liberal.

irresponsabilidade e desobediência do gestor. Sendo assim, o autor defende que o direcionamento da multa cominatória (*astreintes*) sobre o patrimônio particular do administrador público somente seria cabível quando comprovado o seu inadimplemento voluntário, ou seja, quando o gestor não cumpre a obrigação fixada na sentença mesmo tendo condições de fazê-lo sem prejuízo de outras obrigações de maior importância.

Na jurisprudência, o próprio STJ possui entendimento divergente, pois em algumas decisões já se manifestou pela tese de que a cominação da multa cominatória (*astreintes*) pode ser direcionada tanto ao Ente público quanto às autoridades ou agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais, de forma a superar a deletéria ineficiência que adviria da imposição desta medida exclusivamente à Pessoa Jurídica de direito público.⁹⁴ Contudo, em outras decisões (e esta é a tese que aparentemente prevalece na Corte), manifestou-se no sentido de que é possível a fixação de multa cominatória (*astreintes*) contra os agentes públicos somente quando figurarem como parte na relação processual, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa⁹⁵.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁹⁶, por meio de uma decisão monocrática proferida pelo Desembargador Ronei Danielli, ao rejeitar um recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de São Carlos, reafirmou a possibilidade de aplicação de multa pessoal ao gestor quando o órgão público sob sua responsabilidade não cumpre uma ordem judicial com obrigação de fazer ou não fazer. O Desembargador Ronei Danielli destacou que a jurisprudência tem admitido a cominação de *astreintes* aos gestores públicos, condicionando-a, entretanto, à prévia manifestação em juízo, sob pena de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em seu magistério, José Roberto Bernandi Liberal (2018, p. 142) defende que os arts. 536, §1º, CPC, o art. 11 da Lei nº 7.347/1985 e o art. 84, §4º da Lei nº

⁹⁴ Nesse sentido, **REsp 1111562/RN**, 2ª Turma, Rel.: Min. Castro Meira, julg. 25/08/2009, pub. DJe 18/09/2009) e **AgRg no AREsp 472.750/RJ**, 2ª Turma, Rel.: Min. Mauro Campbell Marques, julg. 03/06/2014, pub. DJe 09/06/2014.

⁹⁵ Nesse sentido, **AgRg no AREsp 196.946/SE**, 2ª Turma, Rel.: Min. Humberto Martins, julg. 02/05/2013, pub. DJe 16/05/2013; **REsp 1.315.719/SE**, 2ª Turma, Rel.: Min. Herman Benjamin, julg. 27/08/2013, pub. DJe 18/09/2013; **REsp 1.433.805/SE**. 1ª Turma. Rel.: Min. Sérgio Kukina, julg. 16/06/2014, pub. DJe 24/06/2014.

⁹⁶ TJSC. AI nº 4000582-88.2020.8.24.0000, 3ª Câ. Direito Público. Rel.: Des. Ronei Danielli, julg. 30/01/2020, pub. DJe 30/01/2020. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAALcfBAA G&categoria=decmono_5. Acesso em 22/11/2022.

8.078/1990 não trazem previsão de que a multa cominatória deva ser aplicada única e exclusivamente contra o devedor recalcitrante (no caso, o Poder Público), pois tal situação é a mais comum, mas não a única possível. O autor lembra ainda que tais dispositivos devem ser analisados em conjunto com o art. 139, IV, CPC, que traz um poder geral de efetivação, autorizando o magistrado a adotar, de ofício ou a requerimento, “todas” as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, as quais poderão ser dirigidas a “qualquer” pessoa que dificulte ou embarace de forma ilegítima o atingimento desta finalidade, independentemente de quem seja, ainda que não tenha figurado como parte em sentido material e/ou processual.

O fato de o agente público não ser o titular da obrigação não lhe retira o dever de adotar as medidas necessárias destinadas ao integral cumprimento da prestação imposta ou assumida, agindo em nome do devedor. Se não o faz, sem justo motivo para tanto, descumprindo, inclusive, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, deve suportar a multa coercitiva, com o escopo de dominar a sua ilícita resistência (LIBERAL, 2018, p. 143).

Claro que, em respeito ao devido processo legal (art. 5º, LV, CF/88), antes de direcionar a multa ao gestor público, deve o juiz oportunizar-lhe a apresentação de eventuais justificativas, de maneira a possibilitar ampla e completa cognição a respeito do caso para que, ao final, seja prolatada uma decisão justa e que respeite o contraditório prévio (arts. 9º e 10, CPC). Contudo, se mesmo assim houver direcionamento da multa contra o administrador público, poderá ele adotar todas as medidas que importem em sua defesa, tais como: a) impugnação mediante apresentação de justificativas para o descumprimento com o fim de afastar sua responsabilidade; b) apresentação de recurso próprio, passível de lhe ser conferido efeito suspensivo; e c) caso seja mantida sua responsabilidade, poderá, na fase de cumprimento de sentença, oferecer impugnação. Logo, tem-se que a imposição de multa coercitiva diretamente ao administrador público não viola o devido processo legal, já que lhe é assegurado, em várias oportunidades, o exercício do contraditório e da ampla defesa (LIBERAL, 2018, p. 144-145).

Em relação ao valor da multa, não existe um critério legal. Tudo que se tem positivado é que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor e a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (art. 537, §1º, I, CPC). Em que pese a ausência de previsão legal, a Quarta Turma do STJ,

no julgamento do Agravo de Instrumento no Agrava Regimento no Agravo em Recurso Especial nº 738.682/RJ⁹⁷ estabeleceu alguns importantes critérios para fixação ou alteração do valor e da periodicidade da multa coercitiva, a saber: a) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; b) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); c) capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor; e d) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*).

Também vale frisar que o pagamento da multa cominatória, dado o seu caráter punitivo em razão do descumprimento da ordem judicial, durante o tempo que perdurou o inadimplemento, não exime ou substitui o cumprimento da ordem propriamente dita (SANTOS, 2021, p. 88).

Sendo assim, diante dos argumentos supracitados, chega-se à conclusão de que, tendo sido reconhecido na sentença (durante a fase de conhecimento) a omissão ou insuficiência de políticas públicas educacionais nos Municípios, a ordem judicial que determina concretização desse direito fundamental somente será efetiva se o magistrado impuser multa cominatória (*astreintes*) tanto para o Ente público quanto para o administrador público (que responderá pessoalmente com seu próprio patrimônio), desde que seja observado o contraditório prévio e a ampla defesa, em respeito ao devido processo legal.

3.4.2 Aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça

Conforme pontua José Roberto Bernardi Liberal (2018. p. 150), a jurisdição reveste-se da característica da executividade, da qual decorre o dever de obediência aos provimentos judiciais, de sorte que o juiz, enquanto na direção do processo, tem o dever de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 139, III, CPC).

Nesse esteio, o Código de Processo Civil impõe a todas as pessoas, sem exceção, o dever de colaboração com o Poder Judiciário (arts. 378 e 380), exigindo,

⁹⁷ STJ. **AgInt no AgRg no AREsp nº 738.682/RJ**. 4ª Turma, Rel.: Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ acórdão: Min. Luís Felipe Salomão, julg. 17/11/2016, pub. DJe 14/12/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531088&num_registro=201501628853&data=20161214&peticao_numero=201600260706&formato=PDF. Acesso em 21/11/2022.

además, daqueles que de qualquer forma participarem do processo (partes, procuradores, terceiros, entre outros) o dever de cumprir com exatidão as decisões emanadas do Poder Judiciário (tenha elas natureza provisória ou final), bem como não criar embaraços à sua completa efetivação (art. 77, IV, CPC). Assim, caso haja o descumprimento (injustificado) das ordens judiciais, a legislação processual classifica esta conduta como ato atentatório à dignidade da justiça, permitindo ao juiz aplicar multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa contra o responsável pelo descumprimento, de acordo com a gravidade da conduta (art. 77, §2º, CPC), independentemente da aplicação da multa cominatória (*astreintes*) indicada no tópico anterior (art. 77, §4º, CPC).

Conforme alerta Edson Quirino dos Santos (2021, p. 89-90), para a caracterização do ato atentatório à dignidade da justiça, é necessário que a resistência ao cumprimento das decisões judiciais seja injustificada. Assim, a utilização, pelo destinatário da decisão judicial, de ações ou recursos próprios para a defesa de seus interesses (p. ex., interposição de recurso almejando efeito suspensivo, o ajuizamento de ações autônomas de impugnação, a oposição de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução) não configura, em regra, ato atentatório à dignidade da justiça, já que o sistema processual assegura o princípio do contraditório e da ampla defesa e os recursos a ele inerentes (art. 5º, LV, CF).

Nota-se que o art. 77, IV, CPC objetiva garantir a efetividade das decisões judiciais mediante a imposição de um duplo dever, quais sejam: a) cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, dirigido ao destinatário da decisão judicial; e b) não criar embaraços à sua efetivação, destinado a todos, indistintamente, seja parte no processo ou estranho a ele (LIBERAL, 2018, p. 150).

A multa prevista no §2º do art. 77, CPC tem natureza jurídica meramente punitiva ou sancionatória, de maneira que não substitui a multa por litigância de má-fé (art. 81, CPC) e também não se confunde com a multa cominatória (*astreintes*) impostas para o cumprimento de obrigação específica (art. 536, §1º, CPC; art. 11 da Lei nº 7.347/1985; e art. 84, §4º da Lei nº 8.078/1990), ou seja, cada uma contém uma finalidade própria, podendo serem cumuladas (CUNHA, 2017, p. 140).

Conforme alerta Edson Quirino dos Santos (2021, p. 90), a multa por ato atentatório à dignidade da Justiça não deve ser aplicada ao Ente público, sob pena de ineficácia do resultado prático esperado. Assim, adequado que referida multa seja imposta pessoalmente ao agente público que, de algum modo, tenha contribuído de

forma injustificada para o não cumprimento da decisão judicial, sendo imprescindível sua prévia advertência para cumprimento da ordem e, não fazendo no prazo fixado, deve ser punido com a multa (art. 77, §1º, CPC). Para Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 141), diante da ameaça de o agente público responder pessoalmente pelo pagamento de multas, não hesitará em cumprir o comando judicial, conferindo-se maior efetividade às decisões judiciais que imponham o atendimento de obrigações de fazer ou não fazer.

Nestes termos, tem-se que o descumprimento de uma decisão judicial que determina a concretização do direito fundamental à educação no Municípios (mediante a elaboração e implementação de políticas públicas educacionais com vistas a reorganização ou reestruturação do estado de desconformidade constatado) configura ato atentatório à dignidade da justiça, de forma que deve o magistrado advertir o agente público responsável pelo descumprimento e, caso persista sua relutância, deve impor a multa prevista no art. 77, §2º, CPC, de forma que a atividade jurisdicional atinja a sua principal finalidade consistente na realização satisfatória dos direitos fundamentais sociais.

3.4.3 Responsabilização criminal

Os agentes públicos que descumprem as decisões judiciais prolatadas em processo cível (individual ou coletivo), em que se busca o controle e efetivação de determinada política pública concretizadora de direitos fundamentais sociais, podem ser responsabilizados por diversos tipos penais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, vale lembrar que o art. 40 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que o juiz da causa cível, ao verificar a existência de crime de ação pública, encaminhará as cópias e os documentos necessários ao Ministério Público para que o titular da ação penal possa formar sua *opinio delicti* e, se for o caso, oferecer denúncia contra o infrator (art. 129, I, CF/88 e art. 24, CPP). Por óbvio, o magistrado que assim proceder, cumprindo seu dever funcional, não poderá atuar na ação penal, caso promovida (mesmo que se trate de Vara única na Comarca ou Seção Judiciária), visto que o juízo realizado a respeito, atestando a prática de infração penal, ainda que meramente sumário ou incompleto, é suficiente para comprometer sua imparcialidade

(LIBERAL, 2018, p. 180).

O primeiro tipo penal aplicável aos agentes públicos que descumprem as decisões judiciais é o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal (CP), sujeito a pena de detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa, pela prática da conduta de “desobedecer a ordem legal de funcionário público”, pois as decisões judiciais são emanadas por um funcionário público investido no cargo público de juiz (SANTOS, 2021, p. 91).

A conduta tipificada como crime consiste em *desobedecer* (não cumprir, não acatar, não atender) ordem legal de funcionário público; ou seja, ordem expedida em conformidade com o ordenamento jurídico regente, emitida por funcionário público dotado de competência bastante para tanto, observando-se, ademais, as formalidades legalmente exigidas para o proceder. [...]. Sendo ilegal a ordem, não resultará configurado o delito de desobediência, pois num Estado de Direito, como o nosso, todos, sem exceção, submetem-se ao império da lei, porquanto uma das suas características básicas é a legalidade, conforme, aliás, proclama o art. 5º, II, da Constituição Federal; há um direito de oposição à arbitrariedade estatal. Não cabe ao destinatário, porém, questionar a justiça da ordem, a fim de justificar o seu comportamento de rebeldia; justa ou não a ordem emitida, enquanto não revogada pelos meios adequados, há de ser cumprida, pois revestida de legalidade. (LIBERAL, 2018, p. 184).

Ainda, a maioria da doutrina⁹⁸ e da jurisprudência⁹⁹ (principalmente no âmbito do STJ), entendem que não haverá o crime de desobediência se a legislação extrapenal trazer a previsão de sanção de natureza civil, administrativa ou processual para a situação tutelada, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação (GRINOVER, 2013, p. 142). Isso significa que, havendo outra medida de natureza não penal aplicada para punir a recalcitrância do agente público, a conduta será atípica, uma vez que o Direito Penal deve incidir em caráter subsidiário, constituindo a *ultima ratio* para solucionar lides sociais (CUNHA, 2016, p. 70).

Criticando os argumentos supracitados, José Roberto Bernardi Liberal (2018, p. 185) defende que a subsidiariedade do delito de desobediência traz três inconvenientes: a) não atende ao interesse público ao desamparar o princípio da

⁹⁸ Neste sentido, MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1393; BITENCOURT, Cezar Robert, **Tratado de direito penal: parte especial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 5, n. p.; GRECO, Rogério. **Direito penal estruturado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, n. p.; PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 3, n. p.; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 417.

⁹⁹ No STJ, pode-se verificar os seguintes julgados: **HC nº 312.513/RS**, 5ª Turma, Rel.: Min. Jorge Mussi, julg. 21/05/2015, pub. DJe 28/05/2015; **HC nº 92, 655/ES**, 5ª Turma, Rel.: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. em 18/12/2007, pub. DJ 25/02/2008.

autoridade, já que a Administração Pública fica desacreditada perante a sociedade; b) incentiva o descumprimento de ordens legais emitidas por seus agentes; e c) viola o princípio da tipicidade ao não empregar exigência legal ao delito em comento. Portanto, para que a legalidade seja preservada e haja obediência às ordens legais emitidas, seja no âmbito administrativo ou em processo judicial, deve-se empregar todas as medidas necessárias, inclusive a responsabilização criminal, que apresenta maior capacidade intimidativa.

Diante deste cenário, nota-se que o delito de desobediência é totalmente incapaz de conferir efetividade aos provimentos jurisdicionais, razão pela qual o legislador deveria elevar a pena privativa de liberdade cominada ao delito, de modo a impedir a transação penal e a suspensão condicional do processo ou, ainda, criar um tipo penal próprio para o descumprimento de decisões judiciais, principalmente aquelas que determinam obrigação de fazer consistente na implementação de políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais sociais. (LIBERAL, 2018, p. 189).

Outra possibilidade de responsabilização criminal decorre da previsão do art. 329 do Código Penal, capitulado como crime de resistência, caso a oposição injustificada ao cumprimento da ordem judicial, proferida nos termos da lei, ocorra mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-la ou a quem lhe esteja prestando auxílio. Como exemplo desse crime, pode-se citar a oposição (resistência) injustificada, com emprego de violência ou ameaça, contra oficial de justiça incumbido de proceder a citação ou intimação do Ente estatal demandado para que cumpra a decisão (SANTOS, 2021, p. 91).

Em relação à resistência, Liberal (2018, p. 192) pontua que este delito raramente ocorre em relação ao cumprimento de ordens judiciais e que, também, “não se presta a tutelar adequadamente o princípio da autoridade, que constitui o seu objeto jurídico”.

A terceira possibilidade de penalizar os agentes públicos que descumprem decisões judiciais é responsabilizá-los criminalmente pelo delito de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal, punido com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, tipificando-se quando o funcionário público retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou pratica-o contra expressa disposição de lei, com a finalidade específica de satisfazer interesse ou sentimento seu.

As condutas previstas como crime são: a) retardar (atrasar, adiar, protelar,

procrastinar) indevidamente, ato de ofício; b) deixar de praticar (de fazer, de realizar, de executar) indevidamente, ato de ofício; e c) praticar (fazer, realizar, executar) ato de ofício contra disposição expressa de lei. Como se vê, as duas primeiras condutas são omissivas, enquanto a terceira conduta é comissiva.

Para que ocorra o delito de prevaricação, é preciso que o sujeito ativo (o funcionário público) tenha atribuições e poderes para cumprir a ordem judicial, ou seja, o ato omitido ou praticado deve estar na sua esfera de atribuição ou competência. Além disso, é preciso que o comportamento (comissivo ou omissivo) do funcionário público seja indevido, agindo de forma ilegal, injusta ou injustificada. Por fim, como aspecto mais relevante, tem-se o elemento subjetivo do crime, que é praticado no intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal (CARVALHO, 1994, p. 31).

Ainda sobre o tipificação do crime de prevaricação para o descumprimento de ordem judicial, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do RHC nº 13.964/SP¹⁰⁰, entendeu que “a recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, [...], configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do CP)”.

A quarta e última hipótese de responsabilização criminal dos agentes públicos que descumprem ordens judiciais pode ser visualizada no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967, configurando crime de responsabilidade do Prefeito Municipal, sujeito ao julgamento do Poder Judiciário (independentemente do pronunciamento da Câmara Municipal), o descumprimento de ordem judicial sem que se indique por escrito à autoridade competente o motivo da recusa ou da impossibilidade. O referido delito é punido com pena de reclusão, de reclusão de 3 (três) meses a 3 (três) anos (§1º) e a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público.

Conforme leciona José Roberto Bernardi Liberal (2018, p. 197), por força do princípio da especialidade, quando o Prefeito descumpre uma ordem judicial agindo no exercício de suas funções e em razão delas, fica afastada a caracterização do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, dando lugar à incidência do crime de responsabilidade previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967.

¹⁰⁰ STJ. RHC nº 13.964/SP, 5ª Turma, Rel.: Min. Félix Fischer, julg. 01/04/2004, pub. DJ 31/05/2004. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=464231&num_registro=200300073576&data=20040531&formato=PDF. Acesso em 26/11/2022.

No mesmo sentido, no julgamento do Recurso Especial nº 546.249/PB¹⁰¹, a Quinta Turma do STJ já entendeu que “constitui crime de responsabilidade dos Prefeitos Municipais o não cumprimento de ordem judicial, sem que seja dado o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente (Art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei 201/67)”.

Contudo, deve-se frisar que, para a configuração do crime de responsabilidade dos Prefeitos por descumprimento de ordem ou decisão judicial, é indispensável o elemento subjetivo (dolo) na conduta do agente político, consistente na vontade consciente de deixar de cumprir a ordem ou decisão judicial (GRINOVER, 2013, p. 142). Contudo, é imprescindível que o Prefeito seja diretamente notificado do provimento mandamental, sob pena de configurar-se responsabilização penal objetiva (LIBERAL, 2018, p. 200).

Diante dos argumentos supracitados, tem-se que, no âmbito da responsabilização criminal dos agentes públicos que descumprem ordens judiciais, o que parece ser mais efetivo é a tipificação da conduta como crime de prevaricação (art. 319, CP) ou como crime de responsabilidade dos Prefeitos (art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967), a depender do núcleo da conduta praticada. Já em relação ao crime de desobediência (art. 330, CP) e de resistência (art. 329, CP), como se viu, tratam-se de figuras delituosas que raramente conseguirão incidir para a efetiva responsabilização e intimidação do agente público.

Sendo assim, conclui-se que a responsabilização criminal também se mostra um instrumento eficaz para compelir os agentes políticos a cumprirem decisões judiciais que reconhecem a necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas concretizadoras do direito fundamental à educação no âmbito municipal.

3.4.4 Responsabilização por ato de improbidade administrativa?

O principal objetivo do Estado é a satisfação do interesse público mediante o atendimento das necessidades dos indivíduos que o compõem e, para isso, deve

¹⁰¹ STJ. **REsp nº 546.249/PB**, 5ª Turma, Rel.: Min. Félix Fischer, julg. 04/03/2004, pub. DJ 31/05/2004. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=458377&num_registro=200300762069&data=20040531&formato=PDF. Acesso em 26/11/2022.

buscar o desenvolvimento de diversas ações em diferentes áreas, tais como educação, saúde, segurança pública, entre outras. Para tanto, os governos devem formular e implementar políticas públicas visando a realização plena dos direitos fundamentais sociais.

O Brasil constituiu-se em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88) que tem, como característica indelével, a legalidade (art. 5º, II, CF/88), de sorte que todos (Estado e cidadãos) devem se subordinar ao império da Lei. Contudo, em razão da indisponibilidade do interesse público, a legalidade no setor público é mais rigorosa que no campo privado, uma vez que o administrador público está obrigado a realizar exatamente o que a lei e os princípios constitucionais e infraconstitucionais determinam, devendo sua conduta assegurar a dignidade da pessoa humana e os objetivos fundamentais previstos no art. 3º, CF/88. Dessa forma, a atuação do agente público deve ter, como principal objetivo, a busca do bem-estar social e satisfação dos interesses da coletividade, pois qualquer conduta diversa, que se distancie da finalidade pública, configura ato ilícito, inclusive de improbidade administrativa. Assim, todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem atuar com probidade, integridade, honestidade, de forma escorreita e comprometidos com o interesse público (LIBERAL, 2018, p. 205).

Nesse diapasão, tem-se que a tutela da probidade administrativa constitui interesse difuso, conforme depreende-se do conceito trazido pelo inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC, já que se caracteriza pela proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa (NEVES, 2020, p. 60). Para tanto, a Constituição Federal de 1988, cuidou de salvaguardar a probidade administrativa, estabelecendo, no §4º do art. 37, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. E para dar concretude a este comando constitucional, o legislador ordinário aprovou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, trazendo alguns comportamentos que configuram atos de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11), bem como as consequentes sanções político-civis para sua prática (art. 12).

Dentro do contexto ora em análise, é preciso verificar se o descumprimento de decisão judicial que determina a implementação de políticas públicas de educação no âmbito Municipal pode caracterizar ato de improbidade administrativa, com a possibilidade de aplicação das sanções político-civis previstas na lei de regência.

Em sua redação original, a Lei nº 8.429/1992 previa, no art. 11, inciso II, ser ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício. Inclusive, Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 141) afirma que “a conduta do agente que descumpra decisão judicial subsume-se ao inciso II do art. 11, da Lei n. 8429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa [...]”.

Contudo, José Roberto Bernardi Liberal (2018, p. 233) alerta que, para a configuração deste ato de improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei nº 8.429/1992), faz-se necessário a presença do elemento subjetivo (dolo) consistente na vontade consciente de não cumprir o provimento jurisdicional¹⁰². Logo, não se admite comportamento meramente culposos.

Pela prática dolosa do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, o agente público ficava sujeito às seguintes sanções: (a) ressarcimento integral do dano (se houvesse); (b) perda da função pública; (c) suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos; (d) pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e (e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Ocorre que em 25 de outubro de 2021 foi publicada a Lei nº 14.230¹⁰³, que alterou a Lei nº 8.429/1992, revogando expressamente o inciso II do art. 11, de maneira que, diante da ausência de previsão específica, não se pode mais responsabilizar por improbidade administrativa o agente público que descumpra decisão judicial.

Isso porque, antes das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, o *caput* art. 11 da Lei nº 8.429/1992 encerrava sua previsão com a expressão “e notadamente”, razão pela qual a doutrina entendia trata-se de rol exemplificativo¹⁰⁴, ou seja, outras

¹⁰² No mesmo sentido, STF, ARE nº 843.989/PR, Repercussão Geral Tribunal Pleno, Rel.: Min. Alexandre de Moraes, julg. 24/02/2022, pub. DJe 04/03/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759464660>. Acesso em 28 nov. 2022.

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2. Acesso em 28 nov. 2022.

¹⁰⁴ Em sentido consonante, Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade; José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo; Fernando da Fonseca Gajardoni.

condutas além daquelas previstas em seus incisos poderiam constituir ato de improbidade administrativa violadores dos princípios da Administração Pública (LIBERAL, 2018, p. 206). Porém, com a nova redação dada ao *caput* do art.11 da Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 14.230/2021, passou-se a exigir expressamente que os atos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios da Administração Pública sejam caracterizados por uma das condutas descritas em seus incisos¹⁰⁵.

Com isso, diante da revogação do inciso II do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, a conduta de descumprir, conscientemente e sem justo motivo, decisão judicial (leia-se, “deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”) não mais poderá ser caracterizada como ato de improbidade administrativa. Sendo assim, caso um Prefeito municipal, diante de uma decisão judicial que lhe imponha o dever de implementar determinada política pública de educação no Município, deliberadamente e sem justo motivo não atenda à ordem emanada do Poder Judiciário, não poderá mais ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa.

Percebe-se, portanto, que a revogação deste dispositivo legal representou um retrocesso no que tange à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois antes, o simples fato de o descumprimento indevido da decisão judicial poder resultar em sanções político-civis acabava por forçar o atendimento da ordem, mesmo que contra a vontade do agente político, funcionando como um comando intimidativo. Contudo, agora, pelo menos no que tange à responsabilização por ato improbidade administrativa, não existe mais norma suficientemente capaz de forçar o cumprimento da decisão judicial por parte do agente público.

3.4.5 Intervenção político-administrativa

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 1º, *caput*, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. E mais adiante, ao tratar da organização político-

¹⁰⁵ Nesse sentido, TJ-SP, **AC nº 1000388-26.2018.8.26.0204**, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ana Liart, julg. 21/02/2022, Pub. 25/03/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI0058OMO0000#?cdDocumento=48>. Acesso em 28 nov. 2022. No mesmo sentido, TRF5, **AC nº 00012068620154058103**, 2ª Turma, Rel.: Juiz Federal convocado Thiago Batista de Ataíde, julg. 23/11/2021. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2021/11/PJE/00012068620154058103_20211125_224611_405000029046121.pdf. Acesso em 28 nov. 2022.

administrativa do Estado brasileiro, o *caput* do art. 18 da CF/88 proclama que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Com base nos dispositivos constitucionais supracitados, nota-se que o Brasil adotou a forma de Estado Federal (que, inclusive, constitui cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, I, CF/88), pois constituído de Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, todos dotados de autonomia (mas não de soberania), pois possuem governo e competências próprios, com capacidade para administrar e legislar nos termos da Constituição Federal (SILVA, 2016, p. 101-103).

Portanto, no Brasil, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal gozam de autonomia político-administrativa, nos termos da Constituição Federal (art. 18, *caput*, CF/88). Em respeito à essa autonomia, os arts. 34, *caput* e 35, *caput*, ambos da Constituição Federal, trouxeram de forma expressa o Princípio da Não Intervenção, dispondo que, em regra, a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, os Estados não intervirão em seus Municípios, e nem a União intervirá nos Municípios localizados em Território Federal. Tem-se, portanto, que a autonomia constitui a regra do sistema jurídico constitucional brasileiro, sendo a intervenção medida excepcional (LIBERAL, 2018, p. 235). No mesmo sentido, Walber de Moura Agra (2018, p. 419) muito bem explica que a intervenção “é medida excepcional do Estado Democrático de Direito, porque quebra a autonomia das entidades federativas, [...]”.

Por tratar-se de medida excepcional, a intervenção de uma entidade federada em outra somente ocorrerá nas hipóteses previstas de forma taxativa nos arts. 34 e 35 da Constituição Federal de 1988, sendo utilizada quando indispensável para a garantia do princípio federalista e para a manutenção da ordem constitucional (LIBERAL, 2018, p. 236).

Em razão do objeto desta pesquisa, é de interesse a análise das hipóteses autorizadoras de intervenção previstas no art. 34, VI e VII, “b” e “e”¹⁰⁶ e no art. 35, IV¹⁰⁷, ambos da Constituição Federal. Contudo, maior relevância deve ser dada ao

¹⁰⁶ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

b) direitos da pessoa humana;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

¹⁰⁷ Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

último dispositivo, que trata da intervenção dos Estados em seus Municípios quando há descumprimento de ordem ou decisão judicial determinando a formulação e implementação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais sociais (p. ex., educação municipal) quando estas são inexistentes ou insuficientes. Conforme afirma Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 141), “o descumprimento da ordem judicial sujeita [...] o Município a sofrer intervenção político-administrativa, a fim de corrigir a irregularidade”.

Para José Roberto Bernardi Liberal (2018, p. 237), a intervenção tem por objetivo adotar providências necessárias para que o Poder Público cumpra fielmente a ordem ou a decisão judicial contra si emanada. Segundo o mesmo autor, “trata-se de desobediência grave, capaz de comprometer, a um só tempo, os princípios da legalidade, da separação dos poderes e da proteção judiciária.

Sobre a intervenção político-administrativa, o Tribunal Pleno do STF já se pronunciou nos seguintes termos:

EMENTA: [...]. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR MUNICÍPIO SITUADO EM TERRITÓRIO DE ESTADO-MEMBRO - [...]. O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS IRRECORRÍVEIS IMPÕE-SE AO PODER PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL INDERROGÁVEL. - A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. **O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário**, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, **representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República**. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de *impeachment*), quer, ainda, na esfera institucional (**decretabilidade** de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou **de intervenção estadual nos Municípios**).¹⁰⁸ (*destacamos*)

Nos termos do art. 35, IV, CF/88, a intervenção do Estado em seus Municípios não pressupõe a propositura de uma ação específica, exigindo-se apenas uma

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

¹⁰⁸ STF, **IF nº 590/CE QO**. Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 17/09/1998, pub. DJ 09/10/1998. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81731>. Acesso em 01/12/2022.

requisição expedida pelo Tribunal de Justiça local, que poderá ser emitida de ofício mediante atendimento de representação do Juízo que teve a ordem ou decisão descumprida ou, ainda, em razão do deferimento do pedido apresentado pela parte interessada (LIBERAL, 2018, p. 242).

Em quaisquer dos casos, é imprescindível que o Governador do Estado edite o Decreto de intervenção, o qual deverá especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução e ainda, se o caso exigir, poderá nomear um interventor. Esse Decreto deve ser submetido à apreciação da Assembleia Legislativa do Estado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (art. 36, §1º, CF/88).

Conforme afirma Edson Quirino dos Santos (2021, p. 93), a intervenção é medida extrema e grave, devendo ser utilizada com cautela e somente quando os demais instrumentos forem insuficientes, pois implica o afastamento do titular do chefe do Poder Executivo do cargo para o qual foi democraticamente eleito, nomeando-se, um interventor para administrar o Ente federativo durante um determinado prazo.

Portanto, nota-se que a intervenção do Estado em seus Municípios (art. 35, IV, CF/88) constitui outro instrumento eficaz para tornar efetiva a decisão judicial que determina a formulação e implementação de políticas públicas garantidoras do direito fundamental à educação municipal nos casos de omissão ou ineficiência. Contudo, conforme afirma José Roberto Bernardi Liberal (2018, p. 243) não se sabe o motivo, mas esse instrumento de controle e efetivação das decisões judiciais não tem sido muito utilizado.

3.4.6 Controle jurisdicional do orçamento público

Visando realizar, no mundo dos fatos, a obrigação judicialmente imposta ao Poder Público no sentido de realizar as políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, compete ao juiz do processo determinar todas as medidas necessárias para que essa finalidade seja alcançada com a eficiência esperada (art. 139, IV c/c art. 536 *caput* e §1º, ambos do CPC). E dentro desta perspectiva, é de fundamental importância a análise do controle jurisdicional do orçamento público.

Conforme apontado por Alceu Maurício Junior (2009, p. 248), uma das origens da intervenção judicial na alocação de recursos públicos repousa no direito norte-

americano, por meio da *structural injunctions*. O mesmo autor (2009, p. 251) ainda afirma que “a tendência da jurisprudência norte-americana tem sido admitir a modificação das dotações orçamentárias através da *structural injunctions*, com a realocação de recursos, desde que a despesa seja suportada pelo orçamento global”.

No Brasil, contudo, a Constituição Federal de 1988 traz, nos artigos 165, 166 e 167, a regra da legalidade do orçamento público, estabelecendo que as propostas das leis orçamentárias serão de iniciativa do Poder Executivo e dependem da aprovação do Poder Legislativo. Inclusive, Fernando Borges Mânica (2008, p. 91) lembra que, diante do princípio da legalidade da despesa pública previsto no inciso II do art. 167, CF/88, o administrador público deve observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias, não podendo realizar qualquer despesa sem previsão no orçamento, sob pena de responder por crime de responsabilidade.

Sabendo que a Constituição Federal de 1988 reservou aos Poderes políticos o poder de criarem e modificarem o orçamento público, deve-se analisar se seria legítimo ao Poder Judiciário realizar o controle desse mesmo orçamento público, principalmente quando relacionado à necessidade de efetivação de direitos fundamentais, o que será feito a partir de agora.

Conforme apontado por Mânica (2008, p. 92) a doutrina sobre o tema ainda é escassa e a jurisprudência, contraditória. Assim, para facilitar a compreensão e tornar o presente trabalho mais didático, primeiro serão analisados os argumentos contrários ao controle jurisdicional do orçamento público para, logo em seguida, analisar-se os argumentos favoráveis a este controle.

Fernando Borges Mânica (2008, p. 92) explica que, na doutrina¹⁰⁹, há quem defenda a não intervenção material do Poder Judiciário nas escolhas das prioridades orçamentárias por tratar-se de atividade discricionária do administrador, tanto no momento da elaboração das leis orçamentárias, cuja iniciativa no Brasil é privativa do Poder Executivo, quanto no momento da execução do orçamento. Para Regis Fernandes de Oliveira (2006, p. 404), “[...] a ordem será descabida, caracterizando manifesta interferência do Judiciário no Executivo. Os Poderes têm seus limites e

¹⁰⁹ Como é o caso, por exemplo, de Marya Sylvia Zanella Di Pietro em artigo escrito para a Revista Consultor Jurídico com o título “Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos#:~:text=Rigorosamente%2C%20n%C3%A3o%20pode%20o%20Judici%C3%A1rio,Estes%20s%C3%A3o%20finitos>. Acesso em 20 dez. 2022.

devem ser respeitados, descabendo ao Judiciário interferir na intimidade da decisão administrativa”.

Nos Tribunais, a 2ª Turma do STJ também já entendeu que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município por conta do princípio da discricionariedade, conforme pode ser visto abaixo, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. **DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE. NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO.** CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA. [...] Dessa forma, **com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.**¹¹⁰ (*grifamos e destacamos*)

Por sua vez, há doutrinadores¹¹¹ que admitem o controle jurisdicional do orçamento público, admitindo que o Poder Judiciário determine a inclusão, nos orçamentos futuros, de dotações orçamentárias para a efetivação dos direitos fundamentais ou, ainda, em casos excepcionais, há quem admita, inclusive, que o Poder Judiciário determine a realocação de dotações orçamentárias no próprio orçamento público vigente para que o direito fundamental violado possa ser concretizado.

Segundo ensinamentos de Fernando da Fonseca Gajardoni (2012, p. 42), ao controlar o orçamento público, o Poder Judiciário nada mais faz do que ordenar ao administrador público que cumpra a Constituição Federal, ou seja, não estaria o juiz administrando no lugar do gestor eleito, mas apenas determinando o cumprimento de uma disposição superior vinculante. Além disso, a legitimação das decisões do Poder Judiciário deriva da própria Constituição Federal.

Na Jurisprudência, a mesma Segunda Turma do STJ que já decidiu pela impossibilidade de controle jurisdicional do orçamento público, como descrito acima,

¹¹⁰ STJ. REsp nº 208.893/PR, 2ª Turma, Rel.: Min. Franciulli Netto, julg. 19/12/2003, pub. DJ 22/03/2004. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=450228&num_registro=199900262166&data=20040322&formato=PDF. Acesso em 20 dez. 2022.

¹¹¹ Como é o caso, por exemplo, de Fernando da Fonseca Gajardoni, José Roberto Bernardi Liberal, Alceu Maurício Junior, Eduardo Augusto Salomão Cambi.

nesta oportunidade, adotando tese divergente, entendeu que pode o Poder Judiciário intervir na alocação de recursos públicos, conforme segue, *in verbis*:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. **Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.**

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. **Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.**

4. Recurso especial provido.¹¹² (*grifamos e destacamos*)

Diante das duas posições antagônicas supracitadas, aparentemente, a que se mostra estar em maior sintonia com o sistema jurídico constitucional vigente é aquela que se propõe favorável a possibilidade de controle jurisdicional do orçamento público, já que permite a concretização dos direitos fundamentais com vistas a atender o mínimo existencial no intuito de satisfazer o postulado da dignidade da pessoa humana.

Especificamente em relação ao direito fundamental à educação, a Constituição Federal impõe ao Poder Público a responsabilidade de aplicar corretamente os recursos públicos necessários para manter o desenvolvimento do ensino. Isso significa que a obrigação de gasto mínimo com a educação não se limita à aplicação dos percentuais previstos no *caput* do art. 212, da CF/88, pois a Lei nº 13.005/2014, que instituiu o Plano Nacional de Educação (PNE), trouxe, como diretrizes, dentre outras, a melhoria da qualidade da educação, a erradicação do analfabetismo, a universalização da educação básica e a garantia da equidade no ensino (CAMBI, 2020, p. 510).

Sabendo que uma educação de qualidade interfere na formação do indivíduo, preparando-o para o exercício da cidadania e qualificando-o para o mercado de trabalho (art. 205, *caput*, CF/88), não se pode admitir que os Poderes Executivo e Legislativo deixem de contemplar este direito fundamental nas peças orçamentárias para, ao invés disso, privilegiar despesas com publicidade, festividades, portais

¹¹² STJ. REsp nº 493.811/SP, 2ª Turma, Rel.: Min. Eliana Calmon, julg. 11/11/2003, pub. DJ 15/03/2004. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=441599&num_registro=200201696195&data=20040315&formato=PDF. Acesso em 20 dez. 2022.

turísticos, construção de praças, entre outros gastos menos importantes. Contudo, ocorrendo tal hipótese, há de se permitir ao Poder Judiciário controlar o orçamento público com vistas a proteger os fins constitucionais do Estado, efetivando-se prioritariamente os direitos fundamentais (BRITO; SOUZA, 2021, p. 1.117).

É por isso que, diante da judicialização e conseqüente controle das políticas públicas ligadas ao direito à educação, é preciso garantir que a decisão judicial que determinou a concretização do direito fundamental tenha plena eficácia e, para isto, o ordenamento jurídico disponibiliza ao Poder Judiciário uma série de instrumentos suficientes para tanto (conforme vistos nos tópicos anteriores), dentre os quais se destaca o controle do orçamento público.

O orçamento público é o instrumento legal pelo qual o Estado (por intermédio dos Poderes Executivo e Legislativo) fixa os objetivos constitucionais a serem perseguidos, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais. Assim, caso os poderes políticos se omitam ou atuem de forma ineficaz quanto à plena realização do direito à educação (p. ex., necessidade de construção de uma creche porque não há mais vagas), cabe ao Poder Judiciário concretizá-lo, podendo determinar a inclusão, no orçamento, de um gasto público antes não previsto. Pode-se dizer que, ao assim agir, o Poder Judiciário não está invadindo a competência dos demais poderes, mas apenas garantindo que o Estado cumpra sua finalidade constitucional por meio do orçamento (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 106-107).

No âmbito do controle jurisdicional do orçamento público para efetivação de políticas públicas, Fernando da Fonseca Gajardoni (2012, p. 45) e José Roberto Bernardi Liberal (2018, p. 245) propõem duas modalidades de controle, a saber: o controle preventivo e o controle concomitante. Nesse ponto, precisas são as lições de Gajardoni, que assim explica:

O controle orçamentário poderá ser preventivo ou concomitante. Será preventivo quando o Judiciário atuar diretamente no plano plurianual (art. 165, § 1º, da CF) ou fizer vinculação de verba programada para o orçamento do exercício seguinte (art. 165, § 5º, da CF), ordenando, portanto, que se reservem valores futuros para a implementação da política pública. O controle concomitante – empregado nas hipóteses de absoluta urgência – se dá por desvio de despesa, isto é, por meio da realocação de recursos do próprio orçamento vigente, retirando-se verba destinada à execução de obra ou serviço de menor importância (v.g., construção de praças, recapeamento asfáltico etc.) em favor da tutela do direito fundamental. (GAJARDONI, 2012, p. 45)

No mesmo sentido, José Roberto Bernardi Liberal entende que, em situações

excepcionais, pode o Poder Judiciário intervir no orçamento público para a efetivação de direitos fundamentais de duas formas distintas, a saber:

A primeira delas, mediante intervenção jurisdicional na elaboração do plano plurianual ou determinação de obrigatoria inclusão na lei orçamentária anual de verba necessária para cumprimento do provimento judicial, a qual, uma vez arrecadada, ficará afetada a essa finalidade. Prática essa a exigir, invariavelmente, juízo de ponderação pelo Poder Judiciário, tendo-se em conta os inúmeros direitos a serem concretizados e os limitados recursos públicos disponíveis para esse fim.

A outra forma consiste na manipulação do orçamento público pelo próprio Poder Judiciário, realocando recursos previstos no orçamento já existente. Medida essa ainda mais excepcional, a exigir, igualmente, pelos motivos acima invocados, juízo de ponderação por parte do magistrado diretor do processo. (LIBERAL, 2018, p. 245)

Diante dos entendimentos doutrinários supratranscritos, percebe-se que o controle jurisdicional do orçamento público ocorre de forma preventiva nas situações em que o Poder Judiciário determina ao Poder Público a efetivação da política pública, porém, diante da comprovação da ausência de recursos públicos para o cumprimento imediato da ordem judicial (reserva do “financeiramente” possível), o juiz consigna na decisão que o Estado realize imediatamente, pelo menos, o núcleo essencial do direito (o mínimo existencial) e que, para o(s) próximo(s) orçamento(s), seja reservado dotação orçamentária específica para o atendimento completo (ou progressivo) do direito fundamental violado. A título de exemplo, suponha-se que a pretensão inicial seja a construção de uma creche para receber as crianças de determinada localidade. Porém, no processo, o Município alega e prova que não possui recursos financeiros suficientes para construir a creche naquele momento. Nesse caso, para assegurar o núcleo essencial do direito à educação, o juiz deve determinar ao Município que forneça o direito à creche de alguma forma (p. ex., pagando uma creche particular ou fazendo um convênio para utilizar a creche do Município vizinho) e, além disso, deve determinar que seja consignado nos orçamentos futuros dotação orçamentária para a construção da creche (GAJARDONI, 2012, p. 43).

[...]: o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). (GRINOVER, 2013, p. 138).

Reforçando a ideia do controle jurisdicional preventivo do orçamento público, principalmente no que diz respeito à disposição de dotações orçamentárias em orçamentos futuros para a concretização da política pública, a Segunda Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 493.811/SP¹¹³, conforme já transcrito anteriormente, manifestou-se pela possibilidade de inclusão de verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. No mesmo sentido, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002¹¹⁴, obrigou o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada no julgado.

Por sua vez, o controle jurisdicional do orçamento público de forma concomitante (considerado exceção porque pode desorganizar as dotações previamente programadas) é aquele em que o Poder Judiciário, em razão da excepcionalidade e da urgência que o caso requer, determina ao Poder Público que efetive imediatamente a política pública mediante o remanejamento de recursos dentro da peça orçamentária vigente (BRITO; SOUZA, 2021, p. 1.119). Nesses casos, os Poderes Executivo e Legislativo deverão utilizar-se das regras de Direito Financeiro, promovendo uma reprogramação das receitas previstas e despesas fixadas, cuidando para que outros direitos fundamentais não sejam prejudicados (CANELA JUNIOR, 2011, p. 107-108).

Sobre o a intervenção judicial das escolhas orçamentárias realizadas no próprio orçamento vigente (controle jurisdicional concomitante do orçamento público) para efetivar a decisão que determinou a concretização do direito fundamental à educação, Alceu Maurício Junior (2009, p. 252) entende que, mesmo violando a regra da legalidade orçamentária, no Brasil é possível a realocação dos recursos orçamentários dentro do orçamento vigente, mas desde que a adoção desta conduta seja excepcional e para casos urgentes ligados à oferta de prestações vinculadas ao mínimo existencial, pois para o autor, situações extraordinárias requerem medidas extraordinárias, e o que confere a essas medidas um status especial é a sua natureza

¹¹³ STJ. **REsp nº 493.811/SP**, 2ª Turma, Rel.: Min. Eliana Calmon, julg. 11/11/2003, pub. DJ 15/03/2004. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=441599&num_registro=200201696195&data=20040315&formato=PDF. Acesso em 20 dez. 2022.

¹¹⁴ TJSP, **AP nº 0150735-64.2008.8.26.0002**. Câmara Especial. Rel.: Des. Walter de Almeida Guilherme, julg. 16/12/2013. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2018/11/AP-0150735-64.2008.8.26.0002-TJSP-1.pdf>. Acesso em 20 dez. 2022.

substantiva, ligada a um direito fundamental.

Reforçando a possibilidade de controle jurisdicional concomitante do orçamento público, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70076607639¹¹⁵, entendeu que “[...] existem outros meios mais eficazes até para impor o cumprimento da obrigação, como, por exemplo, o bloqueio de verbas e a responsabilização administrativa, civil e criminal, do administrador público”. Ainda, vale colacionar outra decisão da mesma Câmara Cível deste mesmo Tribunal de Justiça, que assim entendeu, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MUNICÍPIO DE CAMPO BOM. **PRETENSÃO À VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA E INSCRIÇÃO DA CRIANÇA JUNTO À SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. DESNECESSIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. OPERACIONALIDADE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS. FIXAÇÃO DE MULTA PARA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO. MEDIDA INADEQUADA. BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

Todavia, tratando-se de garantia constitucional a disponibilização de vagas para a educação infantil, esta Corte, assim como os Tribunais Superiores, firmaram entendimento no sentido de que, a fim de garantir o cumprimento das ordens judiciais pertinentes, é meio coercitivo útil e suficiente a cominação de bloqueio de valores em contas correntes das pessoas jurídicas de direito público obrigadas, dispensando-se a cominação de qualquer outra penalidade, seja de ordem processual ou administrativa. [...] ¹¹⁶. (*grifamos e destacamos*)

Veja que, ocorrendo o controle concomitante para garantir a imediata efetivação do direito fundamental à educação, o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Público, por exemplo, o deslocamento de recursos originariamente destinados a gastos menos importantes (p. ex., despesas com publicidade, com festividades, com

¹¹⁵ TJRS. **AI nº 70076607639**. 7ª Câmara Cível. Rel.: Des. Sergio Fernando Vasconcellos Chaves, julg. 25/04/2018, pub. 30/04/2018. 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=70076607639&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 20 dez. 2022.

¹¹⁶ TJRS. **AI nº 70070044748**. 7ª Câmara Cível. Rel.: Des. Sandra Brisolara Medeiros, julg. 26/10/2016, pub. 04/11/2016. 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=70070044748&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 20 dez. 2022.

a construção de praças). Nesse sentido são as lições de Eduardo Cambi, senão vejamos:

Opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário para permitir a concretização dos direitos fundamentais sociais ou, ao menos, do mínimo existencial.

[...], o Poder Judiciário deve declarar inválidas as escolhas orçamentárias ineficientes, que priorizam despesas discricionárias em face da educação básica de qualidade. Afinal, prioridade não comporta pluralidade; a escolha deve ser apenas uma.

Assim, mediante a ponderação dos valores ou dos princípios jurídicos em confronto, o Judiciário pode determinar, com base no art. 5º, XXXV, da CF/1988 (i.e., o direito à tutela jurisdicional efetiva do qual emerge o direito ao meio executivo adequado ao caso concreto) e 536, §1º, do CPC (i.e., cláusula geral executiva consagradora do direito ao meio executivo adequado), o remanejamento dos gastos públicos para tornar possível a efetivação do direito fundamental social. [...]. (CAMBI, 2020, p. 510-511).

Também é certo que o Código de Processo Civil consagrou, no art. 139, IV e no art. 536, *caput* e §1º, o poder geral de efetivação das decisões judiciais pautado na atipicidade dos meios executivos, de forma que é possibilitado ao magistrado adotar todas as medidas necessárias e suficientes para assegurar o cumprimento de ordem judicial, e dentro dessas medidas inclui-se, por óbvio, o controle jurisdicional do orçamento público (LIBERAL, 2018, p. 247).

Claro que, como já mencionado, o controle jurisdicional do orçamento público deve ser empregado de forma excepcional e pautado sempre nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, tal medida somente poderá ser usada quando os demais instrumentos coercitivos disponíveis ao juízo do processo coletivo restarem infrutíferos, pois trata-se de atuação mais invasiva, que interfere nas escolhas políticas realizadas pelos demais Poderes (FONTE, 2015, p. 316).

Portanto, conclui-se que o processo coletivo disponibiliza ao magistrado vários instrumentos para tornar efetiva sua decisão. Contudo, caso todos os instrumentos analisados anteriormente sejam insuficientes para forçar o Poder Público a cumprir a decisão judicial, torna-se possível ao Poder Judiciário controlar o orçamento público (de forma preventiva ou concomitante, a depender da urgência que o caso requer) para concretizar o direito fundamental à educação municipal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da segunda metade do século XX, com a crescente reconstitucionalização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, surgiu o movimento denominado de neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo), trazendo uma evolução e aprimoramento da força normativa exercida pela Constituição Federal sobre as relações individuais e sociais, passando a ser o centro do ordenamento jurídico, de forma que a interpretação do direito fosse voltada à efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse espírito, em 1988 o Brasil promulgou a sua atual Constituição Federal, trazendo um ideário social e democrático que permitisse ao Estado, com base nas normas vigentes, promover o postulado da dignidade humana. Para tanto, o Texto Constitucional reconheceu uma série de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais destacam-se os direitos sociais.

Dentre os direitos sociais albergados no Título II da Constituição Federal de 1988, importância ímpar deve ser dispensada ao direito fundamental social à educação, pois este revela-se o principal instrumento de transformação da sociedade, na medida em que oferece subsídios para a compreensão da realidade social, econômica e política, contribuindo para o desenvolvimento pessoal do indivíduo de forma a prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o mercado de trabalho.

Portanto, sendo a educação um direito fundamental social, sua realização exige prestações positivas por parte do Estado, ou seja, é preciso que o Poder Público atue na formulação e implementação de políticas públicas nesta área, de forma a desenvolver ações, programas e projetos para o oferecimento de uma educação gratuita e de qualidade às crianças.

Ocorre que a realização de políticas públicas em qualquer área (e na educação não é diferente) demanda dispêndio de recursos públicos e, em países de modernidade tardia, como o Brasil, as infinitas reivindicações sociais esbarram na limitação financeira do Estado, que não dispõe de recursos suficientes para atender todas as demandas da sociedade com a qualidade desejada. Por esse motivo, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, no momento de elaborarem o orçamento público (composto pelo PPA, LDO e LOA), atuarem de forma correta, honesta e eficiente, de maneira a privilegiar a alocação de recursos suficientes visando a realização efetiva e satisfatória do maior número de direitos fundamentais sociais possível, aí incluído a

prestação de uma educação gratuita e de qualidade.

Contudo, havendo omissão ou ineficiência por parte dos Poderes políticos na formulação de políticas públicas na área da educação, é possível que os legitimados legais provoquem o Poder Judiciário mediante um processo coletivo (também é possível uma demanda individual, mas é preferível tentar sanar o problema mediante uma demanda coletiva), no anseio de que este intervenha nas decisões políticas evitadas de inconstitucionalidade buscando a reestruturação da situação de desconformidade instaurada.

Deve-se frisar que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário não viola o Princípio da Separação (interdependência) de Poderes (funções), não desrespeita a discricionariedade administrativa e, também, não desconsidera a reserva do possível. Ao contrário, esta intervenção judicial tem como finalidade restabelecer a ordem democrática e a proteção dos direitos fundamentais, eis que o Poder Judiciário não está administrando de forma a realizar seus próprios anseios, mas apenas determinando que os Poderes políticos cumpram a vontade estampada nas normas constitucionais, dando efetividade ao seu texto.

Porém, ao realizar o controle jurisdicional de políticas públicas educacionais, não basta ao Poder Judiciário simplesmente dizer que houve omissão ou ineficiência dos Poderes políticos. Assim, a decisão judicial que realiza o controle da política pública e determina a efetivação do direito fundamental à educação precisa ter eficácia, razão pela qual o ordenamento jurídico disponibiliza ao Poder Judiciário uma série de instrumentos suficientes para tanto, tais como: aplicação de multas, responsabilização criminal, intervenção político-administrativa e controle jurisdicional do orçamento público.

Em relação à aplicação de multas, destaca-se a multa cominatória (*astreintes*), com natureza processual e finalidade coercitiva, de maneira que esta multa somente cumpre seu papel intimidatório de forma efetiva quando aplicada contra a pessoa do gestor público responsável pela prática do ato, desde que observado o contraditório prévio e a ampla defesa. Além disso, também é possível a incidência da multa por ato atentatório à dignidade da justiça, a qual pode ser aplicada pelo juiz quando os participantes do processo descumprirem as decisões judiciais ou criarem embaraços à sua completa efetivação.

O descumprimento da decisão judicial que determina a elaboração e implementação de políticas públicas educacionais também pode ensejar a

responsabilização criminal, com destaque para a punição pelo crime de prevaricação previsto no art. 319, CP (quando o funcionário público retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou pratica-o contra expressa disposição de lei, com a finalidade específica de satisfazer interesse ou sentimento seu) ou pelo crime de responsabilidade previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967 (quando o Prefeito municipal descumpra de ordem judicial sem indicar por escrito à autoridade competente o motivo da recusa ou da impossibilidade).

O descumprimento de decisão ou ordem judicial também podia ser punido como ato de improbidade administrativa com tipificação legal no art. 11, II da Lei nº 8.429/1992. Contudo, em 25 de outubro de 2021 foi publicada a Lei nº 14.230, que alterou a Lei nº 8.429/1992, revogando expressamente o inciso II do art. 11, de maneira que, diante da ausência de previsão específica, não se pode mais responsabilizar por improbidade administrativa o agente público que descumpra decisão judicial.

Ainda, a título de medida coercitiva para forçar o cumprimento da ordem ou decisão judicial, é possível a intervenção político-administrativa do Estado no Município. Conforme previsão do art. 35, IV, CF, trata-se de medida excepcional, visto que prevalece a regra da autonomia dos Entes federativos. Contudo, diante da recusa injustificada do gestor público municipal em cumprir os comandos exarados na decisão judicial que determinou a concretização do direito fundamental à educação, é possível que o Estado intervenha no Município para o reestabelecimento da ordem.

Por fim, o último instrumento indicado para dar efetividade à decisão judicial é o controle jurisdicional do orçamento público. Sendo o instrumento de organização e planejamento do governo, o orçamento público reveste-se de importância na medida em que é por meio dele que os Poderes políticos definem as políticas públicas. Assim, para a efetivação da decisão que determina a realização do direito fundamental à educação, o Poder Judiciário pode realizar um controle prévio (determinando a inclusão, nos orçamentos futuros, de dotação suficiente para a implementação da política pública) ou concomitante (determinando que os Poderes Executivo e Legislativo operem um realinhamento de dotações no orçamento vigente, retirando recursos de finalidade menos importantes – como publicidade, festividades, construção de praças – e destinando-os para a realização do direito à educação).

Logo, verifica-se que o microssistema processual garante ao juízo do processo coletivo instrumentos suficientes e eficazes para tornar efetiva a decisão judicial que

determinou aos Poderes políticos a elaboração e implementação de políticas públicas na área da educação municipal.

Nestes termos, vislumbra-se que o controle jurisdicional visando a efetivação de políticas públicas ligadas ao direito fundamental à educação é uma atuação legítima do Poder Judiciário, visto que não se trata de invasão irrestrita nas competências dos demais Poderes da República, mas, ao contrário, pauta-se em uma atuação garantidora ao cumprimento da finalidade constitucional de proteção dos direitos fundamentais sociais, resguardando a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAÚJO, Fernanda Raquel. **Controle judicial de políticas públicas e realinhamento da atividade orçamentária na efetivação do direito à educação: processo coletivo e a cognição do judiciário**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina/PR, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000188844>. Acesso em 09 mar. 2022.

ARAÚJO, Fernanda Raquel; BELLINETTI, Luiz Fernando. O âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário no processo coletivo: perspectivas à adequada consecução do controle judicial. **XXII Encontro Nacional do CONPEDI: 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 133-155. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=173>. Acesso em 15 nov. 2022.

ARAÚJO, Fernanda Raquel; BELLINETTI, Luiz Fernando. O controle judicial de políticas públicas em favor da exigência de realização de direitos fundamentais sociais: enfrentamentos necessários à sua justificação. **XX Congresso Nacional do CONPEDI: A ordem jurídica justa: um diálogo Euroamericano**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 8.878-8.906. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Congresso+Nacional+-+UFES+Vit%C3%B3ria+-+ES+\(16%2C+17%2C+18+e+19+de+novembro+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Congresso+Nacional+-+UFES+Vit%C3%B3ria+-+ES+(16%2C+17%2C+18+e+19+de+novembro+de+2011).pdf). Acesso em 05 nov. 2022.

ARAÚJO, Fernanda Raquel; 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. **XXI Encontro Nacional do CONPEDI: Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 10.240-10.269. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c902b497eb972281>. Acesso em 7 mar. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto

Alegre/RS, v. 26, n. 87, p. 85-113, 2015. Disponível em: Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2019/dax_revista_trf_87.pdf. Acesso em 20 nov. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Custos Legis**, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf. Acesso em 02 nov. 2022.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. **Responsabilidade financeira e criminal: direitos constitucionais sociais, dinheiros públicos e recuperação de ativos**. Curitiba: Juruá, 2015.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; REZENDE, Mônica de. A ideia do ciclo na análise de políticas públicas. *In*: MATTOS, Ruben Araújo de; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria (Orgs.). **Caminhos para análise das políticas de saúde**. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2015, p. 221-259.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/RJ, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em 06 out. 2021.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro/RJ, v. 49, n. 2, p. 293-314, mar./abr. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/46624>. Acesso em 13 abr. 2022.

BARROS, Rafael Paes. Educação: a repartição de competências e a oferta de ensino público segundo a Constituição Federal de 1988. **Revista Metodologias e Aprendizado**, v. 5, p. 151-157, 2022. Disponível em: <https://publicacoes.ifc.edu.br/index.php/metapre/article/view/2375>. Acesso em 16 abr. 2022.

BARROSO. Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro/RJ, v.5, n. 1, p.23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 23 out. 2022.

BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro/RJ, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso

em 06 out. 2021.

BATISTA, Neusa Chaves. A gestão democrática da educação básica no âmbito do plano de ações articuladas municipal: tensões e tendências. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro/RJ, v. 23, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/BCCxLLqNDtzip54yKpBtYmWm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 11 abr. 2022.

BITTENCOURT, Evaldo de Souza. Políticas de Educação na atualidade como desdobramento da Constituição Federal e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. *In*: MORAES, Bianca Mota. *Et al.* **Políticas Públicas de Educação**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1161651/livropoliticaspUBLICASdeeducacao_vol1_versaodigital_1ed.pdf. Acesso em 12 abr. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7ª reimpressão. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em 7 mar. 2022.

BOGOSSIAN, Andre. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, v. 5, n. 3, p. 179-198, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>. Acesso em 12 abr. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte/MG, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em 7 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 23 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 23 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em 26 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 15 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em 09 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 07 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamentai nº 45/DF**. Rel.: Min. Celso de Mello, julg. 29/04/2004, pub. DJ 04/05/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRITO, Jaime Domingues; SOUZA, Willian Alves; Controle judicial do orçamento público: instrumento para efetivação de políticas públicas na educação. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro/RJ, v. 7, n. 3, p. 1103-1126, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/632>. Acesso em 12 abr. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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.

BULOS. Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMBI, Eduardo A. Salomão. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direito fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CAMBI, Eduardo A. Salomão. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador/BA, n. 17, p. 93-130, 2008. Disponível em: https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/revista_17_2008_2.pdf. Acesso em 06 out. 2021.

CAMBI, Eduardo A. Salomão. Tutela coletiva e processo estruturante. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba/PR, v. 02, n. 59, p. 761-779, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5239>. Acesso em 06 out. 2022.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Cláudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Ivan Lira de. O descumprimento de ordem judicial por funcionário público. **Revista de informação legislativa**, Brasília/DF, v. 31, n. 124, p. 27-33, out./dez. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176265>. Acesso em 26/11/2022.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. O federalismo fiscal, a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas e o princípio da separação dos poderes. *In*: CONTI, José Maurício (org.). **Poder Judiciário: políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 65-98.

CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação dos direitos sociais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro/RJ, v. 21, n. 40, p. 131-148, ago. 2014. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/o-papel-do-orcamento-na-efetivacao-de-direitos-sociais-budget-role-social-rights>. Acesso em 12 abr. 2022.

CIENA, Fabiana Polican. Da educação à cidadania. **Argumenta Journal Law**,

Jacarezinho/PR, n. 8, p. 125-150, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/108>. Acesso em 7 mar. 2022.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília/DF, a. II, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-8-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais>. Acesso em 16 mai. 2022.

COELHO, Rodrigo Batista; REMÉDIO, José Antonio. Efetividade do direito à educação: posituação e justiciabilidade. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, Curitiba/PR, v. 2, n. 2, p. 75-93, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1553>. Acesso em 8 mar. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>. Acesso em 02 nov. 2022.

COSTA, Denise. Federalismo cooperativo encontros e desencontros na implementação das políticas públicas. *In*: CONTI, José Maurício (org.). **Poder Judiciário: políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 129-147.

COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: relatório geral do Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, p. 207-243 jul./set. 2015. Disponível em <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-57/pags-207-243>. Acesso em 02/11/2022.

COSTA, Wallerson Pereira. Orçamento público: a importância do orçamento participativo na gestão pública. **Revista Controle: Doutrina e Artigos**, v. 15, n. 2, p. 210-234, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/389>. Acesso em 18 abr. 2022.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle**

jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 93-124.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. v. 1.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 16. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. v. 4.

DIDIER Jr., Fredie. *Et al.* **Curso de direito processual civil:** execução. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. v. 5.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In:* LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional:** estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 118-136.

DINIZ, Maria Helena; COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. Direito à educação: um novo repensar. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro/SP, v. 9, n. 1, p. 409-446, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/989>. Acesso em 8 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte/MG, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131>. Acesso em 12 abr. 2022.

DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. **Processos estruturantes no Brasil:** origem, conceito e desenvolvimento. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal/tese_13459_versao%20final%2007.08.19.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de Direito Civil.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como direito fundamental de natureza social. **Educação e Sociedade**, Campinas/SP, v. 28, n. 100 – especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <https://www.cedes.unicamp.br/publicacoes/edicao/113>. Acesso em 08 mar. 2022.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. *In:* SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins (orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil.** São Paulo, Atlas, 2013, p. 16-43.

ESPANHA. **Constitución Española de 1978.** Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3>

%A9s.pdf. Acesso em Acesso em 06 out. 2021.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista de Estudos Institucionais**. Rio de Janeiro/RJ, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em 13 out. 2022.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas: Millennium, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 6. ed. rev. e amp. Curitiba: Posigraf, 2004.

FISS, Owen M. The forms of justice. **Havard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em 15 out. 2022.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAZÃO, Carlos Eduardo; SILVA, Raphael Carvalho da. Judicialização de políticas públicas: os desafios técnicos e jurídicos na justiciabilidade dos direitos sociais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo (org.). **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba/PR, v. 5, n. 8, p. 8-26, jan./jun. 2013. Disponível em <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/65>. Acesso em 06 nov. 2022.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. refund. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos I: Teoria geral do processo coletivo. *In*: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Coleção Saberes do Direito**, v. 34. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Carolina Trevilini. Processos estruturais. **Anais do VII Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, UNAERP, n. 7, p. 153-165, out/2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1587>. Acesso em 15 out. 2022.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, v. 1, n. 56, p. 161-200, set./dez. 2005. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/revista-do-mp/edicao/54>. Acesso em 08 mar. 2022.

GIACHINI, Emanuele. **Educação básica e sua efetividade por meio das políticas públicas e da gestão democrática**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2016. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8468-emanuele-giachini/file>. Acesso em 07 mar. 2021.

GIACHINI, Emanuele. Judicialização de políticas públicas: garantias formais e desafios materiais na efetivação do direito à educação. *In*: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; RAMALHO, Antônio Germano; TASSIGNY, Monica Mota, (coord.). **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI: A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=265>. Acesso em 26 out. 2022.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos fundamentais sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas**. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp114236.pdf>. Acesso em 06 out. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125-150.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro/RJ, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/ativismo-judicial-e-controle-de-politicas-publicas-judicial-activism-and-control>. Acesso em 15 nov. 2022.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237-283.

Jauris, Renata Bolzan; BELLINETTI, Luiz Fernando. Neoconstitucionalismo (s) e concretização dos direitos sociais. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Salvador/BA, v. 4, n. 1, p. 44-61, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/4101>. Acesso em

Acesso em 06 out. 2021.

KRELL, Andreas. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/277>. Acesso em 14 abr. 2022.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em 24 out. 2022.

LIMA, Jairo Néia. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR, n. 8, p. 285-307, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/108>. Acesso em 7 mar. 2022.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reservado possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, v. 1, n. 8, p. 89-104, jan./jul. 2008. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2580>. Acesso em 17 mai. 2022.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curdo de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte/MG, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/875>. Acesso em 12 abr. 2022.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Ana Elisabeth Bastos de. A constitucionalização do direito à educação: conceitos, limites e garantias. **Revista Educação em Debate**, Fortaleza/CE, v. 2, n. 60, ano 32, p. 11-32, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/16018/1/2010_art_aebmiranda.pdf. Acesso em 10 mar. 2022.

MORAES, Voltaire de Lima. **Alcance e limites da atividade jurisdicional na ação civil pública**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4238/1/389017.pdf>. Acesso em 15 nov. 2022.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NASCIMENTO, Fernanda Carvalho. CMEI's: política pública voltada ao "assistencialismo" ou oportunidade para socialização e desenvolvimento infantil? **Publicatio UEPG**, Ponta Grossa/PR, v. 20, n. 1, p. 43-54, 2012, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/humanas/article/view/3659>. Acesso em 11 abr. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo/SP, n. 71, p. 167-193, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?cdPublicacao=55>. Acesso em 14 abr. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 404.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINTO, Henrique Alves. Decisões estruturais: vetores de implementação de políticas públicas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 5, n. 6, p. 1005-1043, 2019.

Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1005_1043.pdf. Acesso em 15 out. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em 06 out. 2021.

RAEDER, Savio Túlio Oselieri. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte/MG, v. VII, n. 13, p. 121-146, jan/jun 2014. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/revistappp/article/view/856>. Acesso em 13 abr. 2022.

RANGEL, Juliano Soares. A efetividade do direito social de educação na gestão democrática de suas políticas: a lógica dos CME's no redesenho institucional do Estado Brasileiro. *In*: DOMINGUES, Terezinha de Oliveira; MIELKE, Jaqueline e FERRI, Caroline (coord.). **XXIII Encontro Nacional do Conpedi: direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 8-35. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84b2d2db48ff54a7>. Acesso em 11 abr. 2022.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito à educação e as competências dos entes federados no Brasil: complexidade, pouca colaboração, baixa coordenação. *In*: DE PRETTO, Renato Siqueira; PAE KIM, Richard; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 261-284.

RÊGO FILHO, Antonio Januário do. Ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília/DF, a. 10, n. 34, p. 123-160, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-acao-civil-publica-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas>. Acesso em 5 out. 2022.

REZENDE, Raíza Alves; BREGA FILHO, Vladimir. Educação para a cidadania: o aspecto democrático do direito à educação. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR, n. 22, p. 200-229, jan./jul. 2015. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/496>. Acesso em 7 mar. 2022.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, a. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p25. Acesso em 01 nov. 2022.

RIBEIRO, Joana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Princípios do Direito da Criança e do Adolescente e Guarda Compartilhada**: estudos de casos com a família ampliada ou extensa. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. Disponível em: https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2021/08/principios_do_direito_da_crianca_e_do_adolescente_e_guarda_compartilhada_0.pdf. Acesso em 8 mar. 2022.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Separação de Poders, federalismo fiscal e atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. *In*: CONTI, José Maurício (org.). **Poder Judiciário**: políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 99-127.

ROCHA, Karen Karolyna Silva. **Ativismo Judicial?**: uma análise da atuação do poder judiciário frente à discricionariedade administrativa para efetivação do direito à educação. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís/MA, 2017. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/1985>. Acesso em 23 out. 2022.

ROCHA, Marcelo Hugo da. **Direito à educação digna e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROTA, Giovanna Montellato Storace. Judicialização de políticas públicas: aspectos financeiros e orçamentários do projeto de lei nº 8058/2014. *In*: CONTI, José Maurício (org.). **Poder Judiciário**: políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2018, v. 2, p. 181-197.

ROTHERBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração - UFSC, 2009.

RUSSO, Thiago Nogueira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde. **Argumenta Journal Law**, JacarezinhoPR, n. 23, p. 313-331, jul. 2015/jan. 2016. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628>. Acesso em 02 nov. 2022.

SANTOS, Edson Quirino dos. **Judicialização de políticas públicas sociais**: tensões relacionadas ao cumprimento das decisões judiciais e gestão orçamentária. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTIN, Valter Foletto; LOUREIRO, Caio Marcio; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Remanejamento orçamentário entre elementos de despesa para atendimento ao mínimo existencial em época de pandemia. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 6, n. 2, p. 19-39, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/7071>. Acesso em: Acesso em 18 abr. 2022.

SANTIN, Valter Foletto. Serviço público e direitos humanos. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 134-153, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332>. Acesso em 18 abr. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. **Manual de Gestão Financeira de Prefeituras e Câmaras Municipais**. 2021. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual_GestaoFinancera_TCESP_2021.pdf. Acesso em 16 mai. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133-153.

SCARPA, Antonio Oswaldo. **Direitos fundamentais sociais**: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas da análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, Ísis de Almeida; BENACCHIO, Marcelo. A conceituação da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial: reflexões para a concretização da desjudicialização. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo/SP, v. 12, n. 2, p. 1-14, ago./dez. 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/12460>. Acesso em 16 mai. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Leandro José da. Controle judicial das políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, v. 1, n. 1, p. 191-218, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1221>. Acesso em 01 nov. 2022.

SILVA, Luciana Andréa França; FERNANDES, Wanderson Dias. A ação civil pública como instrumento para efetivação do direito à educação. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Porto Alegre/RS, v. 4, n. 2, p. 79-95, jul/dez. 2018. Disponível

em: <https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/4882>. Acesso em 8 mar. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Maleiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf. Acesso em 16 mai. 2022.

SODRÉ, Habacuque, Wellington. As deficiências da atuação legislativa como fator de ativismo: hipertrofia e omissão legislativa - uma análise da sociologia jurídica sobre o caso brasileiro de ativismo judicial. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre/RS, a. 8, n. 43, p. 160-194, jan./fev. 2012. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1306>. Acesso em 26 out. 2022.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre/MG, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/revista-da-faculdade-de-direito-do-sul-de-minas/artigo/?artigo=104&volume=>. Acesso em 17 mai. 2022.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Maria Cristina. O direito à educação nas constituições brasileiras. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Metodista**, São Paulo/SP, v. 5, n. 5, p. 146-168, 2008. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/464>. Acesso em 08 mar. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

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

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direitos constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na Constituição. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, vol. 5.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro/RJ, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-77/artigo-das-pags-93-118>.

Acesso em 11/10/2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **○ controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 309-331.