

Rodrigo Albuquerque de Victor

Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil

Série
idp



INSTITUTO
BRASILENSE
DE DIREITO
PÚBLICO

Leitura

PESQUISA ACADÊMICA



chá milhões) de crianças no contexto educacional. Elas terão um ano letivo a mais para investir em estímulos, conhecimentos e experiências.

3.4. Da responsabilidade solidária entre Estado, família e sociedade na área da educação infantil

3.4.1. Do dever da família

A formação integral de um indivíduo é composta por inúmeros elementos. Como visto alhures, a par da educação formal adquirida nos bancos escolares, avultam os valores morais e religiosos, bem como o caráter. Tais atributos são fortemente influenciados pela família.

Deveras, o alinhamento entre família e escola é essencial. O sentido de continuidade entre os ambientes familiar e acadêmico transmite à criança a poderosa mensagem de que ela aprenderá porque os adultos em sua vida assim acordaram, e que aprender o que lhe é ensinado pela escola não implica renunciar, mas sim reforçar o que a família espera dela¹³⁵. Essa harmonização é relevante para esclarecer à criança que não há um único dono da verdade. A verdade pode ser concomitantemente repassada pela família e pelos mestres.

O propósito da escola é o desenvolvimento mental e outras habilidades, assim como de hábitos que sustentam virtude. O escopo não pode ser realizado sem uma comunhão de esforços. Precisa-se de um amálgama composto por desafio, suporte, e contínua reinvenção daqueles engajados no processo, inclusive a família¹³⁶.

Charles Glenn aponta os resultados obtidos pelo primeiro estudo sociológico em larga escala dos Estados Unidos, sobre educação e po-

¹³⁵ GLENN, Charles. *The Limits of Education Policy*. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society. Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. 43.

¹³⁶ GLENN, Charles. *The Limits of Education Policy*. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society. Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. 44-45.

breza, coordenado por James Coleman e seus associados há mais de trinta anos. Na época se concluiu que os fatores relacionados à classe social foram muito mais determinantes para os resultados educacionais que os fatores escolares usuais. Valores como atenção, interesse pessoal, intensidade de envolvimento, persistência, certo grau de intimidade desempenhariam papel relevante no processo educacional. O desafio da escola seria lidar com os distúrbios familiares experimentados por boa parte dos alunos carentes, fornecendo motivação para aplicação nos trabalhos escolares¹³⁷. Ao mesmo tempo em que Glenn chama atenção para este ônus multidisciplinar das escolas, aponta críticas à legitimidade desta intervenção estatal em assuntos afetos ao núcleo familiar¹³⁸.

Charles Glenn arremata aduzindo que a escola é uma extensão e, em muitos casos, um autêntico agente a serviço da família, na missão de educar¹³⁹. O educando não alcançará sucesso se, apesar de contar com excepcional estrutura escolar, seu núcleo familiar macular sua formação. Inúmeros fatores familiares influenciam no desempenho intelectual das crianças. Incumbe aos pais, por exemplo, evitar que suas crianças fiquem acordadas até tarde. Cabe-lhes velar pela adequada alimentação de sua prole. Assegurar um lar tranquilo e propício ao desenvolvimento moral e intelectual¹⁴⁰.

¹³⁷ GLENN, Charles. The Limits of Education Policy. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. 37-38.

¹³⁸ GLENN, Charles. The Limits of Education Policy. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. 38.

¹³⁹ GLENN, Charles. The Limits of Education Policy. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. 42.

¹⁴⁰ RITZEN, Jo. The Importance of Educational Law and Policy in an Urban Society. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. XII.

Diante de um cenário de criminalidade e desarranjos sociais, o trabalho educacional ganha ares de relevância. Neste quesito, a formação do caráter se sobrepõe ao desenvolvimento da inteligência. “Leis, decretos ou regulamentos não farão tal milagre”¹⁴¹.

Como lembra Regina Maria Fonseca Muniz, o protagonismo (ou omissão) dos genitores é determinante nos desequilíbrios, delitos e degradação moral da sociedade¹⁴². Os pais não podem transferir responsabilidade sua para a sociedade. A família é a primeira educadora de um infante.

O dever da família para com a educação está longe de ser novidade pós-1988. Desde o século XVI Erasmo de Rotterdam endossava o dever que os pais têm de prover a educação de sua prole. Chegou a afirmar que “recusar educação, é o mesmo que lançar a criança a lobos rapaces”. Repudiava os pais desidiosos, comparando-os a infanticidas, que comentem crimes de lesa-pátria¹⁴³.

Atento à essencialidade da família no processo educacional, o legislador brasileiro impôs deveres legais inerentes ao pátrio poder.

O art. 6º da Lei n. 9.394/96 (LDB) proclama que é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental.

Noutra ponta, os arts. 4º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), fazendo eco ao art. 227 da CF/88, dispõem que é dever da família, em conjunto com a sociedade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação.

O Código Civil, por seu turno, registra nos arts. 231, VI, 233, IV, e 384, I e II, o dever de os pais zelarem pela educação de sua prole, como consectário do pátrio poder.

¹⁴¹ MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à Educação*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 60.

¹⁴² MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à Educação*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 182-183.

¹⁴³ ROTTERDAM, Erasmo de. *De Pueris (Dos Meninos)*. São Paulo: Editora Escala, 1998, p. 36.

Finalmente o Código Penal contempla o tipo penal do abandono intelectual: “Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção de 15 dias a um mês, ou multa”.

No plano internacional, vale como referência o art. 19 do Pacto de San José da Costa Rica, redigido nos seguintes termos: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 preconiza que é direito prioritário dos pais escolher o tipo de educação a ser provido a seus filhos. Na mesma esteira, o Primeiro Protocolo para a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais prescreve que o Estado deve respeitar o direito dos pais de optarem por certa educação e ensino, em conformidade com suas convicções religiosas e filosóficas¹⁴⁴. Esta prerrogativa familiar não significa, em absoluto, que o Estado se omitirá diante dos chamados *hard cases*. Equivale a dizer que a ingerência estatal será a exceção e não a regra.

3.4.2. Do papel da sociedade

Ao lado da família e do Estado, a sociedade figura como corresponsável pela educação infantil. De fato, não há como olvidar que o acesso à educação depende de uma confluência de responsabilidades entre o público e o privado¹⁴⁵. São responsabilidades intrincadas e complementares.

O artigo 5 da Declaração Mundial sobre Educação para Todos, aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos, em 1990, em Jomtien, Tailândia, proclama que todos os instrumentos dis-

¹⁴⁴ GLENN, Charles. The Limits of Education Policy. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society. Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. 11, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. 42-43.

¹⁴⁵ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Habeas Educationem: Em busca da proteção judicial ao acesso ao ensino fundamental de qualidade*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 116

poníveis e os canais de informação, comunicação e ação social podem contribuir na transmissão de conhecimentos essenciais, bem como na informação e educação dos indivíduos quanto a questões sociais. Além dos instrumentos tradicionais, as bibliotecas, a televisão, o rádio e outros meios de comunicação de massa podem ser mobilizados em todo o seu potencial, a fim de satisfazer as necessidades de educação básica para todos.

Estes componentes devem constituir um sistema integrado – complementar, interativo e de padrões comparáveis – e deve contribuir para criar e desenvolver possibilidades de aprendizagem por toda a vida. Infelizmente, dado o foco do presente trabalho, a abordagem deste fenômeno não será exauriente.

Inexoravelmente, a cota de responsabilidade estatal (fiscalizadora, reguladora e material) é imprescindível para concretização do direito à educação. Esta, aliás, constitui o cerne do vertente ensaio. Apesar disso, há de se convir que o esforço estatal é influenciado, positiva ou negativamente, pelos fluxos advindos do meio social. A educação é seguramente uma das políticas públicas mais complexas e de difícil realização. O ambiente em que inserido o educando constitui componente decisivo nesta seara. Sem o apoio da comunidade, um projeto estatal pode facilmente naufragar. Ao inverso, com a aderência social a mão do Estado pode lograr forte êxito na prestação educacional.

Decerto, tomando-se a concepção mais ampla de educação, para além do ensino puramente intelectual, percebe-se que a influência da sociedade é marcante. Não se pode esquecer que quando se exige do Estado, está-se, a bem da verdade, contando com a contrapartida da sociedade. Isto porque é através da arrecadação de tributos, pagos pela população, que o Erário financia as políticas públicas para educação.

Quando se fala em sociedade, convém esclarecer quem se engloba nesta categoria. Para fins desta obra, está-se a falar da imprensa, das organizações não governamentais, das associações civis, de empresas em geral (iniciativa privada) e da comunidade na qual inserida o educando. O art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve, aliás, que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Numa sociedade, os meios de comunicação de massa provocam grande influência sobre crianças e famílias. Em muitos casos, a mídia acaba por funcionar como o superego¹⁴⁶ de uma comunidade. Ela é potencial formadora de opinião, dita hábitos, cultura e comportamentos. No caso de pupilos de tenra idade, com frágil senso de discricionariedade, a imprensa transmite mensagens que são automaticamente absorvidas. Tais estímulos podem agir tanto positiva quanto negativamente sobre a formação destes.

Ciente disto, a Carta Cidadã de 1988 elege como princípio a ser observado pela programação de emissoras de rádio e televisão a preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (art. 221, I). O direito à liberdade de imprensa não é irrestrito, comporta temperamentos, principalmente com o fito de salvaguardar as crianças desprovidas do senso crítico capaz de filtrar mensagens inadequadas.

Noutra margem, as organizações não governamentais se multiplicam e, com elas, os projetos sociais que procuram suprir as lacunas deixadas pela omissão estatal. É principalmente no vácuo do Poder Público que nascem as chamadas ONGs. Por intermédio delas, a sociedade organizada promove melhorias na área educacional. Muito comuns são os projetos sociais nas regiões periféricas. Considerando-se a carência de creches e pré-escolas, torna-se fácil encontrar estruturas improvisadas por órgãos sociais não estatais.

As associações civis e grupos de trabalho voluntário também têm espaço no ensino infantil. À semelhança das ONGs, algumas associações (v. g. agremiações de moradores e/ou de pais e mestres) e voluntários dedicam-se à melhoria da educação. Servem também como grupos de pressão para vindicar prestações públicas.

Inclusive, atendidas as exigências legais, as Associações gozam de legitimidade extraordinária para defender judicialmente os interesses de seus associados. Assim o fazem por meio da figura da substituição (ou representação) processual. Deste modo, podem funcionar como

¹⁴⁶ Aqui o sentido de "superego" converge para as ideias de Ingeborg Maus. Para ela o superego age como censor moral da sociedade, ditando valores a serem observados. Nesse sentido, a atuação da imprensa vem ganhando corpo. O editorial dos grandes grupos midiáticos tende a influenciar na formação da opinião pública.

protagonistas na judicialização de políticas públicas para educação infantil. Elas podem valer-se dos remédios processuais para provocar o controle judicial sobre questões afetas à educação infantil.

O meio empresarial também pode dar sua parcela de contribuição. A título de ilustração, impende mencionar o dever constitucional imputado aos empregadores de promover a educação infantil para os filhos de seus trabalhadores. Graças a isso, observam-se iniciativas como o auxílio-creche e a manutenção de creches em grandes empresas. Através de subsídios fiscais, a iniciativa privada pode ser incentivada a investir na educação.

Enfim, sem apequenar as funções da família e da sociedade, o fato é que, em realidades sociais como a brasileira, a cooperação da sociedade pode fazer alguma diferença na busca pela melhoria do ensino infantil.

3.4.3. Do dever estatal

O homem educa-se em primeiro lugar para superar a si mesmo, para tornar-se melhor a cada dia e, em seguida, para conviver em sociedade. Se o Estado não se interessa por viabilizar este trabalho, as consequências maléficas serão sentidas por toda a sociedade¹⁴⁷.

Sabe-se que a Carta Cidadã de 1988 elegeu autêntico tripé de responsabilidade na área educacional (arts. 205 e 227). O dever à educação é compartilhado por família, sociedade e Estado. Ao Estado cabe fornecer precipuamente as condições necessárias para a instrução dos indivíduos. O acesso aos bancos escolares e ao ensino intelectual de qualidade deve nortear as políticas públicas. Os demais atributos da personalidade humana, como valores éticos, morais e religiosos, são fortemente influenciados pela sociedade e pela família. Por isso, estes possuem o dever comum de contribuir para o engrandecimento da personalidade humana.

Pelas próprias vicissitudes do Brasil, o papel do Poder Público ganha destaque no campo da educação infantil. Eis, ponto a ponto, os principais encargos estatais no tocante ao ensino inicial:

¹⁴⁷ MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à Educação*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 219.

- acessibilidade ao ensino – quantidade suficiente e proximidade dos necessitados;
- ensino de qualidade (docentes capacitados e estrutura física adequada);
- sustentabilidade da educação (merenda, transporte, programas sociais de incentivo como o “bolsa-família”);
- educação que proporcione igualdade de condições;

Atento à relevância das ações estatais, o legislador tornou a omissão do Poder Público no campo da educação passível de responsabilização civil (art. 37, § 6º, da Carta Fundamental).

O principal desafio para o Estado é, sem dúvida, universalizar o acesso gratuito a creches e pré-escolas. E mais: distribuí-las de modo que atendam geograficamente a demanda. Atualmente, apenas poucos Municípios brasileiros contam com rede minimamente satisfatória. Faz-se inarredável uma efetiva capilarização do ensino infantil, com atendimento preferencial em áreas carentes.

Educar não se resume, todavia, a matricular crianças na escola. Não é pelo número de creches e escolas construídas que se mede a educação de um povo. Educar é, antes de tudo, formar caráter, e isso requer planejamento, seriedade e vontade política consciente¹⁴⁸. A qualidade do ensino é fundamental.

Conforme pontuado pelo próprio Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001), a educação infantil demanda profissionais com formação específica e em maior número, afinal, crianças na idade de zero a seis anos requerem cuidados especiais, se comparados com alunos mais velhos. A hipossuficiência dos educandos nesta faixa etária exige do professor tarefas como alimentação, higiene pessoal, cuidados médicos, entre outros.

O Plano Nacional de Educação pondera que a qualificação específica para atuar na faixa de zero a seis anos inclui o conhecimento das bases científicas do desenvolvimento da criança, da produção de aprendizagens e a habilidade de reflexão sobre a prática, de sorte que

¹⁴⁸ MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à Educação*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 223.

esta se torne, cada vez mais, fonte de novos conhecimentos e habilidades na educação das crianças. Além da formação acadêmica prévia, requer-se a formação permanente, inserida no trabalho pedagógico, nutrindo-se dele e renovando-o constantemente.

Há ainda fatores marginais que desempenham grande peso para a melhora da educação, notadamente em relação à população de menor renda. À guisa de exemplo, mencionam-se o transporte gratuito, a alimentação (merenda) e programas de assistência social (v. g., “bolsa-família”¹⁴⁹). Não raro, ditos aspectos aparecem como decisivos para a promoção do ensino. Tanto isto é verdade, que a noção de direito à educação obrigatória e gratuita atinge não só o acesso à escola, como também ao transporte e à alimentação.

Os deveres estatais comentados devem ter por alvo o patrocínio da igualdade de oportunidade entre as crianças brasileiras. Todos merecem ter chances equivalentes. Um menor egresso de comunidade pobre deve ter formação de qualidade, de forma que possa competir, em pé de igualdade com seus pares mais abastados, às melhores universidades, a vagas de trabalho, enfim, às mesmas oportunidades.

É muito corrente, principalmente em países em desenvolvimento, ouvir-se que a educação pública anda mal, por conta dos modestos investimentos estatais. Seria árdua, senão impossível, a missão de desmentir tais assertivas. Sucede que isso corresponde a apenas uma faceta do problema. Não só faltam recursos, como os recursos existentes são mal aplicados. Nem sempre a abundância de verbas significa qualidade de resultados. Charles Glenn alude à experiência das políticas compensatórias para educação nos Estados Unidos (*Federal compensatory education funding*).

Desde a década de 60 foram remanejados bilhões de dólares do Tesouro norte-americano, no intuito de alavancar a performance de crianças pobres e com desempenho abaixo da média. Trinta anos passados, o balanço de tais políticas revelou-se desapontador. O fiasco, segundo Glenn, pode ser creditado ao excesso de burocracia, ao des-

¹⁴⁹ Sem embargo das conhecidas e abalizadas críticas às políticas assistencialistas, não se pode desprezar o seu componente de influência para o ingresso em escolas, mormente em meio às camadas mais humildes da sociedade.

compasso entre as aulas de reforço e as regulares, às atribuições limitadas dos milhares de docentes contratados, dentre outros. Em suma, a política educacional americana não atendeu às expectativas, a despeito dos generosos investimentos (cerca de US\$6 bilhões ao ano, apenas egressos do *Federal compensatory education funding*)¹⁵⁰.

Jo Ritzen comunga com o entendimento de que dinheiro não é necessariamente a razão pelos problemas educacionais. Cita o caso da Índia. Lá, respeitável parcela das crianças humildes frequenta os bancos escolares por minguidos anos. A par das dificuldades financeiras, avultam questões de ordem familiar. Os pais depositam pouca confiança na instituição de ensino. Não estimulam seus filhos a passar longos anos na academia. Há um verdadeiro desperdício de talentos¹⁵¹. Voltando-se para o cenário europeu, Ritzen aponta obstáculos de outras naturezas, como a situação das minorias étnicas. Entre elas não se observa envolvimento entre família e escola, sendo que os pais raramente têm consciência do que é ensinado a seus rebentos¹⁵².

Ou seja, o dever do estado para com a educação não se esgota na formação de orçamentos generosos. É necessário que os recursos sejam bem gerenciados e aplicados, bem como que os envolvidos na área estejam credenciados a desenvolver políticas públicas eficazes.

Como arremata, insta realçar que a incumbência estatal para educação é compartilhada entre os entes que compõem a Federação brasileira: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 211). Este

¹⁵⁰ GLENN, Charles. The Limits of Education Policy. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society. Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. 36.

¹⁵¹ RITZEN, Jo. The Importance of Educational Law and Policy in an Urban Society. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society. Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. XI.

¹⁵² RITZEN, Jo. The Importance of Educational Law and Policy in an Urban Society. In: AKKERMANS, Piet; DE GROOF, Jan; PENNEMAN, Hilde (Eds.), *Education Law and Policy in an Urban Society. Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, v. II, Holanda: Kluwer Law International, 1999, p. XI.

regime de colaboração entre os membros da Federação repete-se em diplomas legais, como o Plano Nacional de Educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e a Lei do FUNDEB. Ao mesmo tempo em que o ordenamento refere-se à solidariedade entre as pessoas estatais, confere a cada qual competências privativas ou prevalentes. É o que ora se passa a examinar.

3.4.3.1. *Da União*

Em matéria de educação, a Constituição Federal (art. 211, § 1º) outorga à União o dever de organizar o sistema federal de ensino, custear as instituições federais de ensino e exercer supletivamente o papel de garante para um padrão mínimo de qualidade do ensino. Compete à União ainda suporte técnico e financeiro para as políticas estaduais, municipais e distrital para educação. À União foi reservado o papel de coordenadora da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e demais instâncias educacionais, em consonância com o art. 8º da LDB¹⁵³. Figura ainda entre suas atribuições a competência legislativa privativa para traçar as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, CF/88), elaborar o Plano Nacional de Educação (art. 214, CF/88) e legislar concorrente e residualmente sobre a educação (art. 24, IX, CF/88).

Não se pode também desmerecer o papel do Governo Federal e do Congresso Nacional na formulação do arcabouço orçamentário. Os repasses federais são determinantes para o aperfeiçoamento de ações locais.

O art. 212 c/c o art. 208, VII, do Texto Magno, aliado ao art. 60 do ADCT, no plano constitucional, além do art. 69 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e outras normas de perfil legal, estabelecem a vinculação de receitas da União para custeio da educação básica, aí incluída a educação infantil.

O art. 9º da LDB preceitua que a União deve, em colaboração com os demais entes federados, estabelecer competências e diretrizes para a educação infantil.

¹⁵³ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 245.

3.4.3.2. *Dos Estados e Distrito Federal*

O art. 211, § 3º, da Lei Fundamental dispõe que os Estados e Distrito Federal atuarão prioritariamente nos ensinos fundamental e médio. O art. 17 da LDB reservará aos Estados e Distrito Federal a possibilidade de manter instituições próprias de ensino, inclusive de nível superior.

O art. 212 da Carta Maior, à semelhança da legislação ordinária, estipula afetação de recursos dos Estados e Distrito Federal para educação básica.

3.4.3.3. *Dos Municípios*

No caso dos Municípios, o art. 211, § 2º, da Constituição brasileira atribui aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil. O art. 10 da LDB prescreve que o Distrito Federal acumulará as competências iminentes aos municípios.

O art. 11, V, da LDB preconiza que:

Art. 11. (...) V – cabe ao Município oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Como se vê, a Constituição conferiu com preponderância ao município a competência para velar pela educação infantil. Celso de Mello pontua que não é dado ao Município demitir-se do mandato, constitucionalmente outorgado (art. 208, IV), de velar pela educação infantil, máxime porquanto o Texto Magno preconiza ser incumbência prioritária do ente municipal promover a educação infantil. Não há que se falar em discricionariedade nesta área¹⁵⁴.

¹⁵⁴ BRASIL, STF, 2ª Turma, AgRg no RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 3-2-06. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2008, 13:30.

Esta ênfase municipal não exige o dever de auxílio dos demais entes, até porque em geral os orçamentos municipais são insuficientes para fazer frente aos mandamentos constitucionais e legais.

Mais uma vez o art. 212 da *Lex Mater* e normas esparsas direcionam fração da arrecadação municipal para financiamento da educação.

3.5. Da política nacional para a educação infantil

Diante do quanto se disse, pode-se extrair um respeitável contingente normativo versando sobre a educação infantil. Os múltiplos diplomas pátrios, se cotejados e amalgamados, compõem um autêntico “Plano (ou Política) Nacional para Educação Infantil”. É o que ora se passa a examinar.

Como ponto de partida, compete investigar o Texto Constitucional. Como adiantado *retro*, o Constituinte de 1988 demonstrou considerável preocupação com a educação. No caso específico da educação infantil, dedicou algumas passagens. No art. 6º, XXV, assegura aos trabalhadores o atendimento gratuito em creches e pré-escolas. Noutro momento, determina que os Municípios desenvolvam programas de educação pré-escolar, com a cooperação técnico-financeira da União e dos Estados (art. 30, VI). No título da Ordem Social, garante o acesso à educação infantil até os seis anos de idade (art. 208, IV). Elege o Município como principal responsável pelo patrocínio da educação inicial (art. 211, § 2º). Finalmente, o Constituinte derivado procura salvaguardar o financiamento da educação infantil com a criação do FUNDEB (art. 60 do ADCT).

Voltando-se para o espectro infraconstitucional, observa-se que o legislador brasileiro traça generoso número de programas políticos, tendo como destinatários os governos federal, estadual, distrital e municipal.

Na esteira das diretrizes constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei n. 8.069/90, reitera o dever solidário entre Estado, sociedade e família com a educação. Proclama a prioridade de políticas públicas sociais, incluindo a educação, além de reforçar o direito de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 54, IV). Como arremate, concebe medi-

das judiciais específicas para proteção das crianças e adolescentes, que serão mais bem escrutinadas em capítulo posterior.

Em 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei n. 8.742, insere entre seus objetivos a proteção às crianças carentes (art. 2^a).

Ulteriormente, a Lei 9.394/96 estabeleceu as diretrizes e bases da educação brasileira (LDB). No tocante à educação infantil, consigna-se tratar da primeira etapa da educação básica. Sua finalidade é o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. Note-se que, segundo a LDB, a educação infantil abrange não só a formação intelectual, como o estímulo psicossocial do educando. Isto significa dizer que as creches e pré-escolas precisam estar aparelhadas com docentes, pedagogos e psicólogos.

A LDB representou também um marco divisor da educação infantil no Brasil, na medida em que fixou o prazo de três anos para que as creches e pré-escolas existentes integrassem o respectivo sistema de ensino (art. 89). Adequando-se ao Texto Constitucional, a LDB deslocou da área assistencial para a área educacional o atendimento das crianças de zero a seis anos.

Cinco anos depois, o Plano Nacional para Educação (PNE) desponta como vetor de orientação governamental (Lei n. 10.172/2001 c/c art. 214 da CF/88). O PNE propõe, por exemplo, que a oferta pública de educação infantil conceda prioridade às crianças das famílias de menor renda, situando as instituições de educação infantil nas áreas de maior necessidade e nelas concentrando o melhor de seus recursos técnicos e pedagógicos. Deve-se contemplar, também, a necessidade do atendimento em tempo integral para as crianças de idades menores, das famílias de renda mais baixa, quando os pais trabalham fora de casa. Essa prioridade não pode, em hipótese alguma, caracterizar a educação infantil pública como uma ação pobre para pobres. O que o PNE recomenda é uma educação de qualidade precipuamente para as crianças mais sujeitas à exclusão ou vítimas dela. A expansão que se verifica no atendimento das crianças de 6 e 5 anos de idade conduzirá invariavelmente à universalização, transcendendo a questão da renda familiar.

Confiram-se os objetivos e metas para a educação infantil no Brasil durante o decênio 2001/2010¹⁵⁵:

3. Objetivos e Metas

1. Ampliar a oferta de educação infantil de forma a atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60% da população de 4 e 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 e 5 anos.

2. Elaborar, no prazo de um ano, padrões mínimos de infraestrutura para o funcionamento adequado das instituições de educação infantil (creches e pré-escolas) públicas e privadas, que, respeitando as diversidades regionais, assegurem o atendimento das características das distintas faixas etárias e das necessidades do processo educativo quanto a:

a) espaço interno, com iluminação, insolação, ventilação, visão para o espaço externo, rede elétrica e segurança, água potável, esgotamento sanitário;

b) instalações sanitárias e para a higiene pessoal das crianças;

c) instalações para preparo e/ou serviço de alimentação;

d) ambiente interno e externo para o desenvolvimento das atividades, conforme as diretrizes curriculares e a metodologia da educação infantil, incluindo o repouso, a expressão livre, o movimento e o brinqueado;

e) mobiliário, equipamentos e materiais pedagógicos,

f) adequação às características das crianças especiais. **

3. A partir do segundo ano deste plano, somente autorizar construção e funcionamento de instituições de educação infantil, públicas ou privadas, que atendam aos requisitos de infraestrutura definidos no item anterior.

4. Adaptar os prédios de educação infantil de sorte que, em cinco anos, todos estejam conformes aos padrões mínimos de infraestrutura estabelecidos.

5. Estabelecer um Programa Nacional de Formação dos Profissionais de educação infantil, com a colaboração da União, Estados e Municí-

¹⁵⁵ Diante da amplitude de matérias abordadas na Lei, como também a clareza com que redigido o texto legal, optou-se por transcrevê-lo literalmente.

pios, inclusive das universidades e institutos superiores de educação e organizações não governamentais, que realize as seguintes metas:

- a) que, em cinco anos, todos os dirigentes de instituições de educação infantil possuam formação apropriada em nível médio (modalidade Normal) e, em dez anos, formação de nível superior;
- b) que, em cinco anos, todos os professores tenham habilitação específica de nível médio e, em dez anos, 70% tenham formação específica de nível superior.**

6. A partir da vigência deste plano, somente admitir novos profissionais na educação infantil que possuam a titulação mínima em nível médio, modalidade normal, dando-se preferência à admissão de profissionais graduados em curso específico de nível superior.

7. No prazo máximo de três anos a contar do início deste plano, colocar em execução programa de formação em serviço, em cada município ou por grupos de Município, preferencialmente em articulação com instituições de ensino superior, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, para a atualização permanente e o aprofundamento dos conhecimentos dos profissionais que atuam na educação infantil, bem como para a formação do pessoal auxiliar.**

8. Assegurar que, em dois anos, todos os Municípios tenham definido sua política para a educação infantil, com base nas diretrizes nacionais, nas normas complementares estaduais e nas sugestões dos referenciais curriculares nacionais.

9. Assegurar que, em três anos, todas as instituições de educação infantil tenham formulado, com a participação dos profissionais de educação neles envolvidos, seus projetos pedagógicos.**

10. Estabelecer em todos os Municípios, no prazo de três anos, sempre que possível em articulação com as instituições de ensino superior que tenham experiência na área, um sistema de acompanhamento, controle e supervisão da educação infantil, nos estabelecimentos públicos e privados, visando ao apoio técnico-pedagógico para a melhoria da qualidade e à garantia do cumprimento dos padrões mínimos estabelecidos pelas diretrizes nacionais e estaduais.

11. Instituir mecanismos de colaboração entre os setores da educação, saúde e assistência na manutenção, expansão, administração, controle e avaliação das instituições de atendimento das crianças de 0 a 3 anos de idade.**

12. Garantir a alimentação escolar para as crianças atendidas na educação infantil, nos estabelecimentos públicos e conveniados, através da colaboração financeira da União e dos Estados.**
13. Assegurar, em todos os Municípios, o fornecimento de materiais pedagógicos adequados às faixas etárias e às necessidades do trabalho educacional, de forma que, em cinco anos, sejam atendidos os padrões mínimos de infraestrutura definidos na meta n. 2. **
14. Incluir as creches ou entidades equivalentes no sistema nacional de estatísticas educacionais, no prazo de três anos. *
15. Extinguir as classes de alfabetização incorporando imediatamente as crianças no ensino fundamental e matricular, também, naquele nível todas as crianças de 7 anos ou mais que se encontrem na educação infantil.
16. Implantar conselhos escolares e outras formas de participação da comunidade escolar e local na melhoria do funcionamento das instituições de educação infantil e no enriquecimento das oportunidades educativas e dos recursos pedagógicos.
17. Estabelecer, até o final da década, em todos os Municípios e com a colaboração dos setores responsáveis pela educação, saúde e assistência social e de organizações não governamentais, programas de orientação e apoio aos pais com filhos entre 0 e 3 anos, oferecendo, inclusive, assistência financeira, jurídica e de suplementação alimentar nos casos de pobreza, violência doméstica e desagregação familiar extrema. **
18. Adotar progressivamente o atendimento em tempo integral para as crianças de 0 a 6 anos.
19. Estabelecer parâmetros de qualidade dos serviços de educação infantil, como referência para a supervisão, o controle e a avaliação, e como instrumento para a adoção das medidas de melhoria da qualidade. **
20. Promover debates com a sociedade civil sobre o direito dos trabalhadores à assistência gratuita a seus filhos e dependentes em creches e pré-escolas, estabelecido no art. 7º, XXV, da Constituição Federal. ** Encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei visando à regulamentação daquele dispositivo. *
21. Assegurar que, em todos os Municípios, além de outros recursos municipais os 10% dos recursos de manutenção e desenvolvimento do ensino não vinculados ao FUNDEF sejam aplicados, prioritariamente, na educação infantil. **

22. (VETADO)

23. Realizar estudos sobre custo da educação infantil com base nos parâmetros de qualidade, com vistas a melhorar a eficiência e garantir a generalização da qualidade do atendimento.**

24. Ampliar a oferta de cursos de formação de professores de educação infantil de nível superior, com conteúdos específicos, prioritariamente nas regiões onde o déficit de qualificação é maior, de modo a atingir a meta estabelecida pela LDB para a década da educação.**

25. Exercer a ação supletiva da União e do Estado junto aos Municípios que apresentem maiores necessidades técnicas e financeiras, nos termos dos arts. 30, VI e 211, § 1º, da Constituição Federal.**

26. Observar as metas estabelecidas nos demais capítulos referentes à educação infantil.

Um passo recente dado em prol da educação infantil consiste em sua inclusão no recém-criado FUNDEB (instituído pela EC n. 53 e regulamentado pela Lei n. 11.494/2007). O § 4º do art. 10 da Lei n. 11.494/2007 dispõe que “O direito à educação infantil será assegurado às crianças até o término do ano letivo em que completarem 6 (seis) anos de idade”. Ainda a propósito da EC n. 53/2006, convém mencionar a modificação introduzida no inciso IV do art. 208, da Lei Maior. Com a superveniência da EC n. 53/2006, o direito constitucional ao primeiro estágio da educação básica ficou adstrito aos menores de cinco anos. Em que pese esta alteração do art. 208, IV, da CF/88, o fato é que o acima referenciado art. 10, § 4º, da Lei n. 11.494/2007 mantém o acesso até o fim do ano letivo em que sobrevier a idade de seis anos.

Com o FUNDEB, os investimentos para educação passam a contemplar a educação infantil. O fundo antecessor (FUNDEF) mantinha-se circunscrito ao ensino fundamental. A partir de agora, a escassez de recursos para educação infantil tende a ser atenuada. Espera-se que isto reverta para uma melhora no ensino de qualidade.

Mercê do quanto expendido, depreende-se que o ordenamento brasileiro é pródigo no que se refere às políticas para educação infantil. Conquanto os governantes detenham a prerrogativa de maturar programas políticos e alocar os recursos disponíveis, estão jungidos aos comandos normativos pré-desenhados. A margem de discricionarie-

dade no campo educacional é mitigada. Esse fato traz como repercussão a possibilidade de maior controle, inclusive por parte do Poder Judiciário. Tal sindicância é levada a efeito não sob o ângulo político, mas sim jurídico, à luz da legislação.

3.6. Da reserva do possível e do mínimo existencial

A natureza prestacional do direito à educação infantil atrai, de forma inexorável, o enfrentamento de outro ponto: a problemática conducente às limitações financeiras e jurídicas do principal destinatário da norma, o Estado.

É incontroverso que a escassez de recursos compromete a efetivação de comandos normativos prestacionais. A bem da verdade, podem ser apontados dois fatores que repercutem negativamente sobre a atuação prestacional do Estado. De um lado surge a limitação material, isto é, a finitude de recursos propriamente dita. Junto a esta, emergem também empecilhos de ordem jurídica, estes últimos atrelados à possibilidade jurídica de dispor dos recursos disponíveis¹⁵⁶. Ambos os aspectos, material e jurídico, associam-se à ideia da “reserva do possível”.

A origem da cláusula da reserva do possível (ou *Vorbehalt des Möglichen*) remete à Corte Constitucional Federal da Alemanha. No emblemático julgamento do processo sobre o direito de acesso ao ensino superior [*numerus clausus Entscheidung* – BVerfGE 33, 303 (333)], a Corte tedesca assentou que a concretização de pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito submete-se à *reserva do possível*, isto é, deve corresponder àquilo que o indivíduo pode *razoavelmente* exigir da sociedade. Independentemente da disponibilidade de recursos, não haveria a obrigação estatal de fornecer todo e qualquer direito, destituído de razoabilidade. Dita razoabilidade depende, noutra ponta, de um juízo de ponderação entre os valores e direitos envolvidos na hipótese concreta¹⁵⁷.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 260.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 261.

A partir das premissas delineadas pelo Tribunal alemão, torna-se mais clara, e até útil, a distinção entre limitação material e limitação jurídica. Num país como a Alemanha, onde dificilmente se cogitaria da falta de fundos para subsidiar direitos fundamentais, os indivíduos não têm acesso irrestrito às universidades. Perceba-se que lá o problema dá mais respeito à limitação jurídica que à material. O papel do Estado-providência encontra obstáculo não propriamente na ausência de verbas públicas, mas, sobretudo, na própria concepção do razoável. Não é porque há uma abundância de recursos, que a sociedade será constringida a dissipá-los com medidas tidas por irracionais ou desproporcionais. Além disso, por mais generosa que seja a arrecadação de um Estado, esta não é infinita. O Poder Público sempre terá recursos insuficientes para promover um alto padrão de vida para a totalidade de seus súditos.

Ao se falar em escassez de recursos e reserva do possível, é recorrente na doutrina e jurisprudência a menção à obra de Holmes e Sunstein¹⁵⁸. A contribuição deles pode parecer à primeira vista elementar. Nada obstante, retrata um dado irrefutável da realidade, com o qual os gestores públicos e operadores do direito precisam contar: os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, implicam o emprego de recursos públicos. Essa máxima é aplicável tanto a direitos prestacionais em sentido estrito (positivos) quanto a direitos de defesa (negativos)¹⁵⁹.

Em países como o Brasil, as limitações materiais ganham preponderância. A receita estatal se mostra incapaz de fazer frente à histórica dívida social. Destarte, o fenômeno da escassez de recursos e, por conseguinte, a reserva do possível desempenha papel decisivo na concretização do direito à educação. Conquanto positivado no Texto Constitucional, o direito social à educação deve coadunar-se com os recursos públicos à disposição.

¹⁵⁸ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁵⁹ STF/STJ n. 278-6/AL. Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão disponibilizada no sítio eletrônico <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA278.pdf>. Acesso em: 25 out. 2008. 17:10. *Decisão pendente de publicação na data da pesquisa*.

Ao se falar em reserva do possível, prepondera a interpretação de que o núcleo de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana estaria livre das amarras inerentes à reserva do possível. A abrangência do vertente ensaio não autoriza um exame pormenorizado de todas as nuances atreladas ao primado da dignidade humana. Por isso, para fins deste estudo, dir-se-á que a concepção de dignidade da pessoa humana encontra ressonância nas ideias de *mínimo existencial*.

Neste particular, Ricardo Lôbo Torres assinala que muito embora o chamado mínimo existencial não tenha dicção constitucional específica e explícita, ele pode ser detectado em inúmeras passagens da Carta Magna. A noção de mínimo existencial estaria inserida nos princípios constitucionais que o informam, tais como igualdade, devido processo legal e livre iniciativa¹⁶⁰.

Alexy certifica, por sua vez, que o mínimo existencial contempla uma regra constitucional, sendo resultado, de um lado, da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real e, de outro, das noções de separação dos poderes (inclusive a competência para vinculação orçamentária) e de competência do legislador democrático, respeitado o limite inato aos direitos de terceiros¹⁶¹. Ele ensina que os direitos sociais elementares são garantidores de um mínimo vital, de uma vida simples, com acesso a educação escolar, a formação profissional e a um patamar básico de assistência médica¹⁶².

Canotilho pontifica que um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*”. A ideia de mínimo social está

¹⁶⁰ TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do RJ*, n. 42, 1990, p. 69.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 494 e ss.

¹⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 495.

intimamente entrelaçada com o dever do Estado em assegurar a dignidade da pessoa humana¹⁶³.

A Lei n. 8.742/93 versa sobre a Assistência Social. Em seu art. 1º prescreve que a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado, com o fito de prover os *mínimos sociais* e as *necessidades básicas*.

O direito à educação tem pelo menos dois bons motivos para figurar no rol de direitos minimamente exigíveis. A uma porque se revela direito basilar e essencial para o atingimento das personalidades e dignidade humanas. A duas porque serve de ponte para uma plêiade de outros direitos igualmente essenciais para a dignidade do ser humano.

As raízes do mínimo existencial remontam mais uma vez à jurisprudência alemã. Andreas Krell lembra que a Corte Constitucional alemã construiu a teoria de um “mínimo de existência” a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, da Lei Fundamental de Bonn), combinado com os direitos à vida e à integridade física, e mediante interpretação sistemática com o princípio do Estado Social (art. 20, I, LF). Na mesma toada, a Corte sedimentou que esse “padrão mínimo indispensável” não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como “sistema acabado de solução”. Deveria, isso sim, realizar-se através de uma “casuística gradual e cautelosa”¹⁶⁴. Para Krell a teoria do mínimo existencial tem como função dotar o indivíduo de um direito subjetivo oponível ao Poder Público em casos de flagrante diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna.

¹⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 1991, p. 439.

¹⁶⁴ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In *Direitos & Deveres – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas*, Ano III, n. 5 jul./dez 1999, p. 144-145. Krell lembra que a Lei Fundamental alemã de 1949 não contemplou normas que conferem direitos subjetivos a prestações. Isso se deve em grande parcela às frustrações proporcionadas pela baixa eficácia que os direitos sociais gozaram sob a égide da Carta de Weimar (1919), ineficácia esta que fortaleceu os movimentos de extrema direita e esquerda política que antecederam a 2ª Grande Guerra.

Lôbo Torres, de outra ponta, narra que o mínimo existencial constitui um direito fundamental e prende-se às ideias de sobrevivência, dignidade humana, condições materiais da existência, dos quais nem mesmo prisioneiros, doentes mentais e indigentes podem ser privados. O citado núcleo basilar de direitos fundamentais (ou mínimo existencial) seria uma das feições da liberdade humana, afinal, para que o homem possa ser considerado livre ele precisa usufruir de condições materiais mínimas¹⁶⁵.

Em terras de além-mar, o mestre J. J. Canotilho enuncia que:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucionais e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, “o rendimento mínimo garantido”, as “prestações de assistência social básica”, o “subsídio de desemprego” são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito¹⁶⁶.

Prosseguindo na tentativa de desvendar os contornos do referido mínimo existencial, vale recorrer ao escólio de Ingo Sarlet, para quem a noção de mínimo existencial compreende o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos. Sarlet sugere que o conceito de mínimo existencial é mais amplo que a concepção liberal de mera sobrevivência ou mínimo vital. Abarca o ideal de vida digna, isto é, de condições materiais aptas a proporcionar uma vida digna¹⁶⁷.

¹⁶⁵ TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do RJ*, n. 42, 1990, p. 69.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006, p. 455-456.

Esta tese encampada por Sarlet contraria o entendimento de outros doutrinadores de relevo, os quais defendem que o mínimo existencial deve ser visto de modo restritivo, atrelado às condições indispensáveis à subsistência. Nessa linha, merece realce Ricardo Lôbo Torres, entre os pensadores brasileiros, e John Rawls entre os nomes estrangeiros. Com efeito, para o professor Lôbo Torres o direito a um *standart* social mínimo não deve ser confundido com outros direitos econômicos ou sociais (direitos fundamentais sociais), sendo estes últimos apoiados na ideia de Justiça social e não de subsistência.

Com vistas a uma melhor compreensão das ideias articuladas por Ricardo Lôbo Torres, convém reproduzir a explanação que se segue:

Status negativus: os direitos de liberdade exibem o *status negativus* que se traduz no poder de autodeterminação do indivíduo, a sua liberdade de ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado.

Trazendo a noção de *status negativus* para o campo tributário, Lôbo Torres menciona o caso do imposto de renda, que, em regra, não onera os valores reputados como elementares à sobrevivência do declarante, tampouco as quantias necessárias à subsistência de seus dependentes (faixa de isenção). Cuida-se de uma modalidade de “imunidade” do mínimo existencial¹⁶⁸.

Outro exemplo seria relacionado às entidades de assistência social que são imunes a impostos em função de seus fins filantrópicos (art. 150, VI, “c” CF). A imunidade seria, neste caso, uma ferramenta de proteção negativa ao mínimo existencial. Ao tributar menos a renda de pessoas ou entidades carentes, o Estado estaria, ainda que por via transversa, suprindo uma prestação positiva deficiente. Ou seja, ao invés de tributar e, num segundo momento, prover com alguma prestação social, deixa-se de tributar *ab initio*.

Status positivus libertatis X *status positivus socialis*: O *status positivus libertatis* compreende as prestações estatais necessárias à garantia do mínimo existencial.

¹⁶⁸ TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do RJ*, n. 42, 1990, p. 71.

Ditos direitos prestacionais são, na ótica de Lôbo Torres, subsidiários, sendo que o Estado somente estará obrigado a fornecê-los na eventualidade de o sistema previdenciário público ou privado falhar em sua missão, assim como quando o indivíduo não dispuser dos meios indispensáveis à sua sobrevivência¹⁶⁹.

Cabe aqui ressaltar a peculiaridade do pensamento de Lôbo Torres, notadamente no que tange à faceta meramente subsidiária dos direitos prestacionais. Segundo ele, somente quando comprovada a falta de recursos do cidadão para fazer frente a suas necessidades “indispensáveis à sobrevivência” é que este faria jus a um dispêndio estatal.

Lôbo Torres elenca alguns exemplos de prestações estatais classificáveis no âmbito do mínimo existencial: assistência a saúde, ainda quando não for vinculada à previdência social, celebração de casamento civil, assistência judiciária gratuita e imunidade de taxas públicas. O autor repisa que se trata aqui de garantir condições de liberdade, segurança jurídica e personalidade do cidadão e não de prover justiça social.

Não se confunde, destarte, o *status positivus libertatis*, típico do mínimo existencial, que pressupõe direitos públicos subjetivos do cidadão, com o *status positivus socialis*, formado pelas prestações estatais entregues para proteção dos chamados direitos fundamentais sociais ou econômicos e sociais¹⁷⁰.

Torres não desmerece os direitos prestacionais sociais, porém ressalva que estes não são obrigatórios, sendo concebidos através de ideários de Justiça e subordinando-se às limitações inerentes à situação econômica conjuntural – “reserva do possível” ou até mesmo à conformidade orçamentária. Diversamente dos direitos tidos como vitais, estes derradeiros direitos econômicos e sociais só se opõem à Administração mediante prévia previsão legal que os consagre¹⁷¹.

¹⁶⁹ TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do RJ*, n. 42, 1990, p. 71.

¹⁷⁰ TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do RJ*, n. 42, 1990, p. 72.

¹⁷¹ TORRES, Ricardo Lôbo. O Mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do RJ*, n. 42, 1990, p. 72.

Não raro, esta acepção de subsidiariedade do Estado ganha adeptos. Deparando-se com pedido de suspensão no fornecimento de medicamento, lastreado em decisão judicial, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, fez consignar que a particular requerente não dispunha de recursos para efetuar a compra dos remédios pleiteados¹⁷². Apesar de não ter sido este, *prima facie*, o fundamento determinante para a manutenção do *decisum*, denota-se que exerceu influência para o resultado. Decerto, acaso houvesse prova nos autos de que a parte demandante tinha condições de adquirir o tratamento, sem a mediação estatal, muito provavelmente a demanda teria outra sorte.

Dando continuidade à busca de uma definição para o nominado mínimo existencial, Ana Paula de Barcellos propõe que estes devem envolver quatro frentes, a saber, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça, sendo este último um elemento instrumental indispensável à dignidade plena¹⁷³.

Considerando-se a vagueza que os conceitos de educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça podem ensejar, Ana Paula de Barcellos discorre acerca do que se deve inferir a partir de tais tópicos. Eis, em síntese, o seu pensamento:

- Educação fundamental (*vide* art. 208, § 1º, da CF/88): requisito básico para o exercício da cidadania (v.g., voto consciente, exercício de direitos básicos, como do consumidor, alfabetização) e ingresso no mercado de trabalho (igualdade de oportunidades). Eleito pela Constituição como direito público subjetivo. No caso da educação básica não há sequer margem para tergiversações, afinal a própria

¹⁷² "(...) a requerente declara não possuir condições de arcar com o custo do tratamento, orçado em R\$ 162.707,16 (cento e sessenta e dois mil, setecentos e sete reais e dezesseis centavos) mensais". STF STA n. 278-6/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes. Decisão disponibilizada no sítio eletrônico <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA278.pdf>. Acesso em: 25 out. 2008, 17:10. *Decisão pendente de publicação na data da pesquisa.*

¹⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258

Carta Federal estatui se tratar de direito subjetivo, inclusive com a responsabilização direta do Administrador Público (art. 208, § 2^o);

- Saúde básica (art. 196, CF/88): está ligada às quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição – serviço de saneamento (arts. 23, IX; 198, II; 200, IV); atendimento materno-infantil (art. 227, I); ações de medicina preventiva (art. 198, II) e ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II);
- Assistência aos desamparados (art. 203, CF/88) – seu conteúdo é dado pelas condições mais elementares que se exigem para a subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo.
- Acesso à Justiça (arts. 5^o, LXXIV, e 134): ganha importância na medida em que sua inexistência pode tornar inócua as demais. Os indivíduos precisam ter acesso a uma autoridade capaz de provê-los de suas necessidades e direitos.

Note-se que significativa fração do que se convencionou pertencer ao conjunto de direitos “existenciais” foi sufragada pela própria Constituição Cidadã de 1988. Ao legislador infraconstitucional coube tão somente conformar e complementar o que foi esculpido pelo Constituinte. De fato, basta folhear a Carta Fundamental para se deparar com uma ampla gama de direitos básicos dos indivíduos.

Independentemente disso, qualquer que seja o viés adotado, o direito à educação básica encaixa-se na proposta de mínimo vital. A ilação a ser extraída é que a reserva do possível tem aplicação extremamente mitigada no que toca ao direito social à educação.

O julgador precisa estar atento para que o Poder Público não se valha da “reserva do possível” para esquivar-se, indiscriminadamente, de seus deveres de efetivação dos direitos sociais. Comumente os gestores públicos arguem a cláusula da reserva do possível, no afã de se eximir do múnus constitucionalmente conferido. No mais das vezes, suscitam a falta de recursos de forma vaga e genérica. Como será descortinado nesta dissertação, constitui ônus do Estado comprovar casuisticamente, a impossibilidade material de promover a política pública vindicada.

Paralelamente à limitação material, o ente estatal costuma trazer à tona empecilhos jurídicos, para se exonerar de mandamentos prescricionais. O principal deles é a inexistência de previsão orçamentária.

Os obstáculos de índole orçamentária serão estudados em apartado, em subitem à frente.

3.6.1. Da reserva do possível segundo o Supremo Tribunal Federal

* O tema da reserva do possível foi objeto de profícuo exame por parte do Excelso Pretório, mais precisamente pelo Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADPF 45 (DJ 04/05/2004 p. 00012), do qual se extraem as seguintes passagens, que se autoexplicam:

DECISÃO: (...) 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 (...) 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 deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York). notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. 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 inviabi-

lizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (...) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

(grifos apostos)

Infelizmente, circunstância externa impediu que a brilhante exposição do Ministro Celso de Mello fosse submetida ao crivo do colegiado do STF. Acontece que o Poder Executivo se antecipou ao julgamento da ADPF e encaminhou novo projeto de lei, ulteriormente convocado na Lei n. 10.777/2003, revigorando o dispositivo anteriormente vetado. Depois disso, esvaziou-se o conteúdo da ação constitucional, a qual restou extinta, sem resolução de mérito.

3.7. Das amarras orçamentárias e do controle jurisdicional sobre políticas públicas para educação infantil

O tema atinente ao controle judicial de políticas públicas atrai uma indagação de complexa resposta: pode o Judiciário exigir da Administração a elaboração e execução de programas governamentais que importem em desembolsos públicos, à revelia das regras orçamentárias em vigor?

Muito se discutiu ao longo desta dissertação a propósito do controle jurisdicional de políticas públicas, sobretudo com olhos a realizar o direito fundamental à educação infantil. Demonstrou-se, por outro lado, que a concretização da educação básica depende de atuação positiva e material do Estado. Demais disso, a atividade pública encontra-se condicionada por ditames legais, inclusive de cunho orçamentário.

Os arts. 165 *usque* 169 da Carta Política de 1988 são categóricos ao prescreverem que nenhuma despesa pública poderá ser efetivada em desarmonia com a lei do plano plurianual (PPA), com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), tampouco em desarrajo com a lei orçamentária anual (LOA).

Na verdade, num Estado Democrático de Direito, onde o governante não está autorizado a gastar indiscriminadamente os bens públicos, o orçamento é peça essencial para a gestão das políticas públicas. Por meio do orçamento, os Poderes Executivo e Legislativo definem *a priori* as prioridades públicas e o grau de concretização dos direitos sociais durante certo lapso temporal. O Chefe de Governo tem ampla liberdade para idealizar suas diretrizes políticas. No entanto, antes de pô-las em prática, faz-se imperioso afiná-las com as leis orçamentárias e, por via oblíqua, submetê-las ao crivo do Legislativo. Em suma: é

livre ao Poder Executivo elaborar programas políticos¹⁷⁴, sendo que a consecução destes deve pautar-se pela legislação orçamentária.

Ao mesmo tempo em que as normas orçamentárias consubstanciam uma garantia à sociedade, constituem fator limitador à atuação do Estado. Eventualmente pode comprometer até a efetivação de direitos sociais. Se por um lado as amarras de origem orçamentária consubstanciam uma segurança e um avanço para a sociedade, por outro são frequentemente usadas pelo Estado para justificar sua inércia no campo dos direitos sociais. É aqui que começa a sua relevância para a judicialização de políticas públicas.

As leis e atos orçamentários encerram atos legislativos e administrativos e, como tais, são passíveis de controle jurisdicional.

Por certo que ao ser instado a se pronunciar sobre querela judicial, mirando no fornecimento de creches e pré-escolas, o ente estatal colocará no tablado as dificuldades orçamentárias, que supostamente inviabilizariam a demanda. Dentre as restrições legais à formulação de políticas públicas avulta a lei de responsabilidade fiscal (LC n. 101/2000). A LC n. 101/2000 veda as realizações de despesas sem prévia dotação orçamentária. Eduardo Appio assinala, todavia, que a mesma lei de responsabilidade fiscal que inibe a realização de desembolso sem previsão antecipada, entrevê uma “porta” através da qual se revela possível a ingerência do Poder Judiciário. Esta permissiva encontra respaldo no art. 5^ª da LC n. 101/2000, lapidado nos seguintes dizeres: “[...] III – conterá (o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias) *reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao: [...] b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos*”¹⁷⁵.

Eduardo Appio registra que o gestor prudente e responsável deve se antecipar a riscos decorrentes de ações judiciais já anunciadas. Há,

¹⁷⁴ Além das questões orçamentárias, a liberdade do Estado deve obviamente estar em conformidade com a legislação e os princípios norteadores da Administração Pública

¹⁷⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba. Juruá, 2005, p. 92-93.

aliás, previsão de que a LOA contenha um “anexo de riscos”, para atender a este desiderato¹⁷⁶.

Em situações excepcionais o magistrado poderá compelir o gestor público a lançar mão desta reserva de contingência. Com amparo no *decisum* judicial, o Administrador não precisará temer quaisquer represálias disciplinares, cíveis ou penais. Tampouco o Judiciário estará transgredindo a LC n. 101/2000, afinal o próprio legislador teve a sensibilidade e prudência de conceber instrumentos manejáveis em situações emergenciais.

Noutro giro, o art. 9º, § 2º, da Lei Complementar n. 101/2000 preceitua que as despesas obrigatórias do Estado, previstas em Lei ou na Constituição não poderão ser tolhidas. O art. 17 da mesma Lei Complementar considera compulsória, *verbi gratia*, a despesa de caráter continuado derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. Não há que se falar em contingências orçamentárias em relação a estas. Trata-se de irrefutável sinalização para prioridades orçamentárias.

No caso específico da educação infantil, sabe-se que esta constitui, *ex vi legis*, prioridade para o Estado. O art. 4º da Lei n. 8.069/90 guindou o direito à educação à condição de prioridade pública. Na alínea “c” do parágrafo único do mesmo art. 4º, o legislador esclarece que a garantia de prioridade compreende, inclusive, a preferência na formulação e na execução de políticas públicas sociais.

As despesas “carimbadas” que se façam prementes diante de decisão judicial podem ser satisfeitas por meio das verbas de contingências ou dos excedentes de arrecadação. Neste caso, o Administrador não pode arguir que estará desviando recursos necessários para concretização de despesas insertas no orçamento.

Quando o cumprimento da ordem judicial demandar abertura de créditos suplementares, o Ministério do Planejamento, Orçamento

¹⁷⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 181.

e Gestão (MPOG) deve ser notificado, eis que a competência para tal é dele, por meio da Secretaria de Orçamento Federal¹⁷⁷.

Ao determinar uma injunção com repercussões econômicas, o Juiz não detém competência, tampouco conhecimentos técnicos para apontar a fonte de custeio, além de ser matéria de competência privativa do Legislativo. Por isso, sói de todo conveniente que a parte demandante indique, sempre que possível, a fonte dos recursos para consecução da medida postulada.

Nesse sentido, vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

(...) Embora *inquestionável* que resida, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, *revela-se possível*, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, *determinar*, especialmente nas hipóteses de políticas públicas *definidas* pela própria Constituição, *sejam estas implementadas*, sempre que os órgãos estatais competentes, *por descumprirem* os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, *vierem a comprometer*, com a sua omissão, a *eficácia e a integridade* de direitos sociais e culturais *impregnados* de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina¹⁷⁸.

Como se vê, o Poder Judiciário pode e deve agir, em grau de excepcionalidade, em face da omissão dos demais “Poderes”, de modo

¹⁷⁷ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 182.

¹⁷⁸ AI/677274. DJ de 1º-10-08. Rel. Min. Celso de Mello.

que assegure o acesso à educação infantil, ainda que isso implique ditar políticas públicas, desprovidas de previsão orçamentária.

Com o fito de facilitar a compreensão do tópico, convém perscrutar as diversas modalidades de controle judicial dos orçamentos. A depender do momento em que exercido, o controle pode ser preventivo, concomitante ou repressivo.

3.7.1. Do controle preventivo

O controle preventivo do orçamento antecede a lei orçamentária anual. Pretende impedir uma ação ou omissão que contamine a licitude da peça orçamentária. Processualmente, afina-se com a tutela inibitória coletiva. Tem lugar: (i) para garantir o cumprimento do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias; (ii) para fiscalizar a correta vinculação de verbas; e (iii) para elidir eventuais problemas com o orçamento vindouro.

Por meio do controle prévio pode-se cotejar a previsão de despesas com as metas e objetivos traçados na LDO e no PPA. Constatado o descompasso entre o projeto orçamentário e as leis de diretrizes orçamentárias e plano prurianual, o controle judicial é acionado, produzindo obrigações de fazer ou não fazer.

Este mecanismo de controle mostra-se especialmente apropriado no plano dos direitos sociais para educação. Contribui para isso o fato de que o ordenamento pátrio atrela múltiplas fontes de receita para investimento na área educacional.

Tomando-se por partida a Carta Magna, verifica-se que o art. 212, *caput*, preconiza que a União destinará no mínimo dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o piso de vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos para manutenção e desenvolvimento do ensino.

Na esteira do indigitado art. 212, o art. 60 do ADCT responde por nova afetação dos recursos públicos para educação. Prevê o direcionamento de parcela do montante estipulado no art. 212 para o FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, sucessor do FUNDEF e concebido pela Emenda Constitucional n. 53/06.

O citado art. 60 do ADCT traça amiúde a vinculação de receitas. O FUNDEB é alimentado, por exemplo, por 20% (vinte por cento) da arrecadação dos seguintes tributos: (i) impostos estaduais sobre transmissão *causa mortis* e doações, IPVA e ICMS (incisos I, II e III do art. 155, da CF/88); (ii) parcela estadual sobre imposto novo, fruto da competência residual tributária da União (inciso II do *caput* do art. 157, CF/88); (iii) receitas municipais decorrentes do ITR, IPVA e ICMS (incisos II, III e IV do *caput* do art. 158, CF/88); e (iv) repasses para Municípios e Estados sobre o IR e IPI (alíneas *a* e *b* do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, CF/88). Tais valores devem ser distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2^a e 3^a do art. 211 da Constituição Federal.

Outra vinculação constante no inciso XII do art. 60 do ADCT: “proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) de cada Fundo referido no inciso I do *caput* deste artigo será destinada ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica”.

Além disso, o art. 60 do ADCT impõe à União o dever de complementar o Fundo com aportes de 2 a 4,5 bilhões de reais anuais. O não cumprimento do disposto no art. 60 do ADCT resultará em crime de responsabilidade da autoridade competente.

Note-se que a própria Carta Republicana de 1988 estatui rígida vinculação de recursos públicos para financiamento da educação básica. O Estado precisa necessariamente injetar nos projetos orçamentários políticas públicas para educação, com estimativas de gastos compatíveis com aqueles desenhados no Texto Constitucional. Não há margem para discricionariedade administrativa. Uma vez configurado o desrespeito ao modelo constitucional, cumpre ao Judiciário emitir tutela preventiva e idônea a saná-lo.

O Poder Judiciário, como poder fiscalizador dos ditames constitucionais e legais, tem o poder-dever de auditar o cumprimento das parcelas vinculadas no corpo constitucional. Denunciado o desvio de tais diretivas, impingirá ao Juiz ordenar a correção, mesmo que implique modificação nas peças orçamentárias. Neste caso, o Judiciário não

está se arvorando de decisões políticas, porém velando pelo cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Ademais, os diversos atores da sociedade civil podem bater às portas do Judiciário para se insurgir contra omissões e/ou imperfeições juridicamente relevantes estampadas nos planos orçamentários. Ora, se a Constituição e a legislação infraconstitucional nitidamente elencam prioridades e metas para educação básica, sói de todo plausível que o Judiciário possa analisar a materialização destas políticas no projeto de lei orçamentária.

Factível também seria imaginar que o Judiciário pudesse aferir a inclusão de dotação orçamentária para atender a determinado decisório judicial, pendente de cumprimento por falta de verbas. Se o Ente Público foi condenado, por exemplo, a suprir a falta de creches em dada localidade, deverá consignar em orçamento os recursos correspondentes, sob pena de ensejar a intervenção judicial. As entidades interessadas na satisfação do *decisum* devem estar atentas, inclusive para a possibilidade de impugnação judicial. A inserção na peça orçamentária tende a facilitar o cumprimento do decisório.

Como se sabe, o Poder Judiciário não atua *ex officio*. A pessoa legitimada a promover medida judicial intentando o controle prévio do orçamento deve munir o Magistrado de elementos comprobatórios dos desvios inquinados. Ou seja, se há um erro na vinculação de receitas, ou até mesmo omissões indevidas, incumbe à parte demandante demonstrá-los.

3.7.2. Do controle concomitante

O controle concomitante do orçamento acontece no curso da execução orçamentária. Objetiva rastrear desvirtuamentos no atendimento do orçamento. O desvio de despesa ocorre, por exemplo, quando são destinadas verbas para rubricas consideradas não prioritárias, quando comparadas com outras que são deixadas de lado, em flagrante desrespeito à legislação.

Um dos pontos controversos cinge-se à apregoada desvinculação do orçamento. Sem embargo de suas indiscutíveis utilidades, o orçamento, em inúmeros pontos, reduz-se a “peça de ficção”, de perfil

meramente autorizativo. Os gestores públicos não se sentem compelidos a materializar os programas de ações sufragados nas leis orçamentárias. Por isso, a concretização destas se sujeita aos sabores (ou dissabores) do Poder Executivo.

É certo que, a rigor, o juízo de conveniência acerca das prioridades fica a cargo do Administrador. Isso não quer dizer, contudo, que o Poder Executivo esteja autorizado a alocar os recursos ao seu bel-prazer. Não se revela razoável, *exempli gratia*, que o governo destine expressiva soma de recursos para a propaganda institucional, em desprestígio de obras de caráter social prioritário, como a educação básica. Há despesas de caráter compulsório, inseridas na lei orçamentária, que não podem deixar de ser satisfeitas. A educação infantil seguramente figura no rol das ações governamentais prementes.

O Judiciário pode ser chamado a agir contra deslocamentos orçamentários indevidos, ao arrepio do ensino básico. Aqui o controle é de legalidade e constitucionalidade, e não político. Na seara da educação básica, o próprio ordenamento elege preferências na execução orçamentária. O Administrador não detém discricionariedade para contingenciar recursos vinculados para a educação. Configurada a preterição da educação em prol de outras ações governamentais, o Judiciário tem o poder-dever de interferir.

Note-se que mais uma vez o demandante terá o ônus de trazer a lume as irregularidades na execução orçamentária.

No plano processual, a tutela de urgência assume particular relevância para o controle concomitante do orçamento. Afinal, a “data final” para corrigir distorções coincide com o término do ano financeiro¹⁷⁹. Findo este, o orçamento terá sido executado, não tendo mais execução a salvaguardar.

Se determinada obra pública dirigida à educação infantil foi inserida no orçamento e o gestor deixa de concretizá-la, sob a alegação de contingenciamentos orçamentários, pode o Judiciário instigá-lo a dar cabo ao projeto. Sem embargo de outras escusas circunstanciais,

¹⁷⁹ Data final para o controle concomitante. O término do ano não convalidará, a toda evidência, eventuais responsabilidades.

não há empecilho de ordem orçamentária que ampare uma transgressão a mandamentos constitucionais fundamentais.

É certo que a mencionada incursão judicial orientar-se-á pelos postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Não se está sugerindo um ativismo desmedido, alheio a uma análise detida do caso *in concreto*. Caberá um juízo de ponderação por parte do Togado, que deverá dar preponderância aos mandamentos constitucionais e legais, que enaltecem a relevância da educação. Diante de um caso concreto, o Magistrado poderá aferir, *verbi gratia*, se o Poder Público deve prosseguir com a construção de uma praça, quando tais recursos seriam indispensáveis para execução de projeto ligado à pré-escola. Conquanto possa parecer uma escolha política (e, ao final, termina também sendo), a destinação de recursos no ramo da educação contém componente jurídico. Como diz Dworkin, é uma questão de princípio e não de política.

Ao enfrentar a alegação de ofensa às regras orçamentárias em voga, o Ministro Marco Aurélio assim se pronunciou:

(...) Ao Judiciário cabe fazer valer, no conflito de interesses, a lei e a Carta Federal. *Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, no que voltados à educação*¹⁸⁰.

(destaques apostos)

Veja que o Ministro Marco Aurélio exerceu uma ponderação de valores jurídico-constitucionais. Entre homenagear preceitos voltados à educação e embaraços orçamentários, atribuiu-se maior peso aos primeiros.

3.7.3. Do controle repressivo

Por fim, surge o controle repressivo do orçamento. Como a própria denominação indica, cuida-se de método de controle *a posteriori*. É inexorável que esta forma de sindicância perde em eficácia, quando

¹⁸⁰ STJ; RE-AgR 384201/SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Publicação DJ 2-8-2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2008, 13:30

cotejada com as ferramentas prévias e concomitantes. A obtenção de medidas urgentes (antecipadas ou liminares) torna-se mais improvável (ou incabível), quando esgotado o ano fiscal.

Admite-se, no entanto, a reparação de falhas, pela via judiciária, na confecção e execução do orçamento. Caso concreto: tem-se notícia que foram ajuizadas centenas de ações judiciais por Municípios brasileiros, em desfavor da União, tencionando o repasse de valores devidos pelo FUNDEF. As municipalidades alegam que a União transferiu somas menores que as previstas em Lei, para o financiamento da educação fundamental. Aqui a tutela inibitória cede espaço para contendas reparatórias. Os efeitos econômicos precisam, em regra, aguardar o desfecho final da lide.

Lamentavelmente, observa-se que durante a vigência do FUNDEF a União não honrou corretamente com os repasses de sua alçada. Segundo dados fornecidos pela ONG Campanha Nacional pelo Direito à Educação, o montante devido entre 1996, ano em que editada a Lei n. 9.424, e o ano de 2002 giram em torno de 9 bilhões de reais¹⁸¹.

Por certo que o não cumprimento do orçamento vinculado poderá dar azo a discussões na esfera judicial. Menciona-se, a título de ilustração, o aresto subsequente:

DIREITO FINANCEIRO E PROCESSUAL CIVIL. FUNDEF. COMPLEMENTAÇÃO DE RECURSOS. CÁLCULO DO VALOR MÍNIMO ANUAL NACIONAL POR ALUNO. INTELIGÊNCIA DO ART. 6º, § 1º, DA LEI N. 9.424/96. EXECUÇÃO DO JULGADO. LIQUIDAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 475-A E SEQUINTE DO CPC. VERBA HONORÁRIA.

1. O valor mínimo nacional anual por aluno previsto no § 1º do art. 6º da Lei n. 9.424, de 24.11.1996, é o quociente da divisão da soma dos recursos destinados ao Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF de cada Estado do País e ao do Distrito Federal pela soma de matrículas, no

¹⁸¹ APPIC, Eduardo. Limites à atuação do Poder Executivo na gestão de recursos para educação. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, jul./set. 2004, p. 12. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero26/artigo02.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2008, 18:10, p. 12.

ensino fundamental, no ano anterior, em todos os Estados e no Distrito Federal com a expectativa do total de novas matrículas nessas mesmas unidades da Federação, e não o menor quociente da divisão entre os recursos destinados ao FUNDEF de cada Estado e ao do Distrito Federal pela soma das matrículas no ensino fundamental, no respectivo sistema de ensino, no ano anterior, com a estimativa de novas matrículas.

2. Verificada a fixação, anos seguidos, do valor mínimo nacional anual por aluno com inobservância desse critério, procede a ação de cobrança das diferenças de complementação dos recursos do FUNDEF

3. Tendo sido o valor pleiteado na inicial fixado unilateralmente, sem o crivo do Judiciário, procede-se à execução do julgado mediante liquidação nos termos do art. 475-A e seguintes do CPC.

4. Considerando tratar-se de condenação da Fazenda Pública de elevado valor, fixa-se a verba honorária, com base no art. 20, § 4º, do CPC, em 2% (dois por cento) do valor da condenação.

5. Apelação parcialmente provida¹⁸².

O controle ulterior objetiva, sobretudo, apurar falhas na elaboração e/ou execução do orçamento e, com isso, tentar recompor eventuais perdas.

¹⁸² BRASIL. TRF 1ª Região. 7ª Turma. AC 200333000302155. Rel. Desembargador Antônio Ezequiel da Silva. DJ 4-4-08, p. 312. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2008, 13:30.