

Desenvolvimento e inclusão às avessas: uma análise dos fundamentos de decisões do STF sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen

*Development and inclusion upside-down: an analysis
of the ratio decidenda of the brazilian supreme
court's decisions on public policies in light of John
Rawls and Amartya Sen*

Samuel Mendonça*
Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas – SP, Brasil

Josué Mastrodi Neto**
Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas – SP, Brasil

Lais Teixeira Barbosa Sak***
Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas – SP, Brasil

1. Introdução

O presente artigo¹ analisa se, dentre os fundamentos usados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas decisões sobre políticas públicas relacionadas ao direito da educação, foram adotadas, direta ou indiretamente, a teoria de justiça de John Rawls e a teoria de desenvolvimento de Amartya Sen. Optou-se por se concentrar a reflexão no Poder Judiciário, sobretudo pelo contexto atual de intensificação da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial. Apesar de tais práticas, em

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado e Doutorado, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Bolsista Produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Doutor em Educação pela Unicamp (2009). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2918-0952>.

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Acadêmico, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2008). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4834-0170>.

*** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2021). Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2545-9478>.

¹ O artigo resulta de pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, Bolsa Produtividade de Pesquisa, Processo 311111/2017-3.

tese, não consistirem formalmente em criação, tampouco em implementação de políticas públicas – já que, em razão da teoria da separação de poderes, tal função é atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo –, tais decisões, muitas vezes, inovam a decisão executiva, ou fazem escolhas públicas, tendo, inclusive impactos sobre o planejamento orçamentário.

Considerando que o Poder Judiciário tem sido chamado a decidir sobre políticas públicas², tendo assumido, em algumas situações, uma posição ativista e que, nestes casos, exorbita os poderes judiciários típicos, parte da doutrina considera que tais decisões constituem, na verdade, uma forma atípica de criação e implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em violação à separação de poderes³. Nesse contexto, embora bem intencionadas em promover o direito à educação na esfera do processo específico, é possível que tais decisões ocasionem uma inclusão e desenvolvimento às avessas. Quer dizer, por falta duma revisão crítica de seus fundamentos pautada em paradigmas de justiça como equidade e desenvolvimento com liberdade, com reflexão de sua aplicação à sociedade como um todo, é possível que tais as decisões judiciais tenham, dentre seus efeitos práticos na sociedade, ocasionado uma inclusão pouco inclusiva, acessível pela judicialização o que obstrui o desenvolvimento pela perspectiva humana, e quiçá econômica. Portanto, considerando que na prática o Judiciário pode estar atipicamente tomando decisões sobre políticas públicas, é possível entender que, ao menos indiretamente, o Judiciário tenha a corresponsabilidade de considerar os parâmetros das teorias de John Rawls e Amartya Sen em suas decisões, de modo a promover uma justiça como equidade, e que suas decisões sejam aptas a um desenvolvimento com liberdade. A partir desse ponto é que partiu a iniciativa deste trabalho, que visa, por conseguinte, esquadrihar se o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da jurisdição e guardião da Constituição, tem-se valido de noções destas teorias para a tomada de suas decisões.

O desenvolvimento deste artigo, pois, terá como condutora a relação entre os tópicos “Direito”, “desenvolvimento” (e “direito ao desenvolvimento”), “inclusão”, e “teoria da justiça”. Embora esses tópicos estejam no núcleo das notícias cotidianas de qualquer jornal de grande audiência, a reflexão sobre o tema no âmbito acadêmico do Direito não se encontra esgotada.

Durante os meses de maio e outubro de 2019, foi feita uma revisão sistemática da literatura sobre o tema para levantar as produções científicas (artigos, teses e dissertações) publicadas em revistas de alta reputação (indexadas pela CAPES com Qualis B1 ou superior no estrato Direito) com indexação internacional, por meio dos seguintes portais: SciELO, Portal da CAPES (Portal da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), e BTB (Biblioteca

² Para este trabalho, considerou-se como políticas públicas, o conceito de BUCCHI, 2002, p. 241, para quem estas correspondem aos programas governamentais determinados politicamente que têm objetivos socialmente relevantes. A partir deste conceito, pode-se dizer que as ações governamentais de concretização de direitos fundamentais, dentre os quais o direito à educação, são feitas por meio de políticas públicas.

³ Nesse sentido, Trindade e Moraes: “[...] com a judicialização política[...]”, os tribunais estão protagonizando competências simultâneas com as dos demais Poderes, assim, por meio de suas decisões, intrometem-se no território atribuído ao Executivo e Legislativo, intervindo sobre “[...] as políticas públicas e, conseqüentemente, os orçamentos públicos[...]” (TRINDADE; MORAES, 2011, p. 155).

Digital de Teses e Dissertações)⁴. Este levantamento culminou na conclusão de que há baixo índice de produções científicas que relacionem a judicialização ou a função judiciária com a teoria de justiça como equidade de John Rawls e/ou a teoria de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen.

Optou-se por pesquisar pelo descritor “judicialização” em vez de “ativismo judicial” porque aquela compreende o direcionamento de diversos tipos de problemas sociais para o Poder Judiciário, abrangendo o ativismo judicial. O ativismo judicial tem um conceito específico, qual seja, a manobra pela qual o Poder Judiciário ultrapassa “os [seus] limites constitucionais (...), com a inversão, por parte dos julgadores, das funções típicas de outros poderes”⁵. Desta forma, o estudo abrange tanto as decisões estritamente conforme as normas jurídicas, quanto as decisões pelas quais o Poder Judiciário estende o conteúdo da norma, inovando-a como se legislador fosse, e as que estende o seu poder para fazer escolhas públicas que caberiam ao Poder Executivo ou ao Legislativo.

Com relação ao conteúdo abordado nos trabalhos encontrados, constatou-se que ou abordam a judicialização de políticas públicas ou as teorias de Amartya Sen e/ou de John Rawls isoladamente. Na maioria dos resultados, as citações a estes autores foram feitas de forma pontual, sem abordar suas teorias como fio condutor do trabalho. Apenas 2 trabalhos relacionaram a teoria de um desses autores ao papel do Poder Judiciário, ambos em caráter genérico, sem análise sobre a temática da judicialização de políticas públicas. Foi encontrado 1 resultado apenas que mencionou pontualmente um dos autores enquanto analisava sobre judicialização de políticas públicas⁶. Esse resultado teve como objeto debater sobre a inserção da judicialização no ciclo de políticas públicas, tema que, em razão de sua complexidade, será abordado de forma transversal neste artigo. Por último, nas abordagens sobre judicialização de políticas públicas, o tema mais recorrente foi o direito à saúde⁷.

A análise da judicialização de políticas públicas à luz da teoria de justiça de John Rawls e da teoria de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen tem relevância não apenas acadêmica, como também pragmática. A judicialização de

⁴ Este levantamento foi realizado em 4 fases, empregando-se, em todas, filtros para concentrar a análise em produções na área do Direito (tais como “law”, “Direito”, e “jurídico”), sendo usados os seguintes descritores, em cada fase: (i) “judicialização” e “políticas públicas”, “desenvolvimento”, e “justiça”, em que se pretendeu usar os termos relacionados às teorias dos autores pesquisados; (ii) “judicialização”, “políticas públicas”, “Amartya Sen” e “John Rawls”, em que não foram encontrados quaisquer resultados com tais descritores em conjunto, donde se decidiu segmentar a pesquisa por cada autor; (iii) “judicialização”, “políticas públicas” e “Amartya Sen”; e (iv) “judicialização”, “políticas públicas” e “Amartya Sen”. Em nenhuma das fases foi encontrado qualquer resultado no portal da Scielo. As fases (iii) e (iv) culminaram em poucos resultados na área do Direito; no Portal de Periódicos da CAPES, por exemplo, foram encontrados 8, 0, 4 e 2 resultados em cada fase respectivamente, e alguns desses resultados tratavam dos mesmos artigos; após a leitura destes, foram selecionados apenas 4, cuja temática aborda em maior ou menor grau acerca do papel do Judiciário ou judicialização, políticas públicas, e/ou fazem referência a Amartya Sen ou John Rawls. É importante mencionar que apenas 2 dos resultados de fato usam a teoria de um dos autores como fio condutor de sua pesquisa e, nos demais, a citação ao autor é meramente superficial.

⁵ AMORIM, 2015, p. 16.

⁶ BARREIRO, 2015.

⁷ Por exemplo, no Portal de Periódicos da CAPES, dos 55 resultados, 9 tratam de direito à saúde, enquanto 2 sobre o direito à saúde. No entanto, o que se observou é que o maior número de resultados se concentra em políticas públicas de direitos sociais em abstrato (11 resultados), sem estudos com base em decisões sobre um mesmo direito.

políticas públicas pode trazer três problemas principais que igualmente representam uma inclusão e desenvolvimento às avessas, mas que podem ser evitados ou mitigados caso o Poder Judiciário passe a aplicar as teorias acima.

O primeiro problema da judicialização de políticas públicas é de o julgador decidir conforme a forma mais literal da lei, desvinculando-se da complexidade dos fatos que lhe foram confiados. Apesar de o processo legislativo ter o objetivo precípuo de solucionar problemas sociais, este processo não é apto a acompanhar a evolução fática e social desses problemas, ou seja, quando se elabora uma norma, faz-se uma fotografia estática do problema, portanto, é possível que uma decisão literal não considere tal evolução, tampouco as nuances do caso específico. Por exemplo, na seara da saúde, periodicamente tem-se novos medicamentos mais eficazes, sendo alguns de alto custo; caso não sejam criadas políticas públicas para permitir a disponibilização destes medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS), é possível que uma pessoa individualmente recorra ao Judiciário para coagir o Poder Executivo a conceder-lhe tal medicamento. Neste exemplo, caberá ao juiz escolher pela decisão literal, pela qual negaria o acesso ao medicamento, posto que não previsto no rol das normas aplicáveis, sem analisar a complexidade do caso concreto, ou escolher pelo ativismo, por meio do qual concederia o medicamento, ainda que não haja previsão normativa para tanto.

O segundo problema destas decisões é que o próprio julgador pode vir a cometer uma injustiça por falta de análise dos efeitos concretos irradiantes que sua decisão terá. No exemplo acima, a concessão de um medicamento de alto custo a um indivíduo que esteja em uma situação de saúde vulnerável e de extrema dependência daquele medicamento parece, à primeira vista, a melhor decisão por de fato concretizar o direito à saúde daquela pessoa, que lhe fora obstruído pelo Poder Executivo. Todavia, de forma paradoxal, esta mesma decisão tem o condão de obstar ao Poder Executivo a concretização de outros direitos. É possível, pois, que dentre os efeitos irradiantes do ativismo judicial, no exemplo acima sobre medicamento de alto custo, haja a redução de verba para que o Poder Executivo possa promover políticas públicas a diversos tratamentos médicos menos custosos a um número maior de pessoas. Ou, em um segundo exemplo, ao determinar que o Município contrate novas pessoas qualificadas para proporcionar educação especial para crianças com deficiência, este custo pode significar a impossibilidade da criação de muitas outras vagas para muitos outros alunos. Não há mágica no dinheiro público, visto que o dispêndio de uma despesa por ocasião de uma decisão judicial certamente implicará na redução orçamentária para outros propósitos.

O terceiro problema da judicialização de políticas públicas deriva do segundo. O julgador, analisando os fatos concretos, está sujeito ao risco de decidir conforme um critério individual de justiça, isto é, de decidir com base naquilo que ele considera ser justo para aquele caso concreto – em vez de julgar conforme critérios institucionais de justiça.

No contexto do ativismo judicial sobre políticas públicas, o pesquisador e atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso⁸, expõe que o ativismo judicial pode traduzir-se como um comportamento legítimo quando visa “proteger grupos historicamente vulneráveis (...), a atuação expansiva do Judiciário para assegurar

⁸ BARROSO, 2018, p. 2183.

seus direitos fundamentais contra discriminações é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade”; e como um comportamento ilegítimo se o tribunal “em lugar de aplicar o direito vigente, ignora-o ou contorna-o de maneira artificial, com o propósito de promover os seus próprios valores, crenças ou preferências políticas”, que abrange o terceiro problema acima.

Apesar disso, esclarece-se que o presente trabalho não nega que a judicialização das políticas públicas tenha grande valia social, posto que, indubitavelmente, serve para concretizar a muitas pessoas o acesso a direitos que não lhe foram substancialmente conferidos, porém, o tema deve ser cautelosamente avaliado para impedir que produza seus efeitos às avessas.

Considerando o acima, pretende-se, neste estudo, trazer elementos para a reflexão dos impactos irradiantes que tais decisões podem ter na sociedade como um todo, sobretudo no que diz respeito à justiça com equidade e ao desenvolvimento como liberdade. Este tema, no entanto, transversa a análise de outros dois pontos: o primeiro ponto seria o da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ativismo judicial à luz do princípio de separação dos poderes; e o segundo ponto, da análise dos efeitos irradiantes da decisão judicial ativista sobre o ciclo da política pública: a partir da teoria de justiça como equidade e a da teoria do desenvolvimento como liberdade de, respectivamente, Rawls e Sen, pode-se entender que, quaisquer que sejam as escolhas públicas tomadas, estas devem ser decididas criteriosamente. Não obstante tal conexão, este trabalho não abordará as questões concernentes à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ativismo judicial, tampouco seus impactos sobre o ciclo de políticas públicas que, devido à sua complexidade, será objeto de um segundo estudo.

A pergunta central que o presente artigo pretende responder é a seguinte: as decisões do STF sobre políticas públicas de educação fundamentam-se em teorias robustas de justiça e desenvolvimento, ou revelam uma justiça e desenvolvimento às avessas pautadas em uma percepção individual? A hipótese adotada é de que a resposta para esta pergunta é negativa, isto é, as decisões em judicialização das políticas públicas, apesar de calcadas em critérios normativos, contêm alicerces em noções individuais de justiça, sem referenciar teorias de justiça aplicáveis a instituições, sem analisar critérios para a implementação de políticas públicas e sem considerar os impactos irradiantes dessas mesmas decisões (isto é, as consequências dessas decisões para além das pessoas envolvidas no processo judicial).

Apesar de ser possível analisar a jurisprudência sobre os mais diversos direitos sociais, preferiu-se concentrar a pesquisa em casos diferentes sobre um mesmo direito, o direito à educação, posto que, se fossem analisadas decisões sobre direitos sociais diversos, não seria possível a reflexão dos efeitos que a judicialização de políticas públicas pode trazer sobre a concretização de um mesmo tipo de direito. Considerando, portanto, a questão da inclusão no âmbito educacional, concentrou-se a pesquisa sobre cotas para ingresso nas universidades públicas, educação especial para pessoas com deficiências (PcDs), e educação de reeducandos, para efeitos desta exposição. Poderiam ser abordadas outras

decisões, tais como sobre acesso a creche e a transporte escolar, porém, a análise jurisprudencial deste trabalho tem caráter qualitativo, isto é, pretende-se analisar os fundamentos de algumas decisões, não sendo necessário esgotar todas as decisões do STF sobre políticas públicas de educação.

Para tanto, o presente artigo será dividido em 2 partes, além da introdução e da conclusão, conforme a seguir: a primeira abordará uma revisão da teoria de justiça com equidade de John Rawls, bem como da teoria de desenvolvimento de Amartya Sen; e a segunda terá como enfoque as políticas públicas e decisões judiciais, em que são abordadas breves considerações sobre o que as políticas públicas são e como deveriam ser criadas, e finalmente analisadas as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre políticas públicas na área de educação à luz das teorias acima e, por fim, trazidas decisões do STF sobre outros assuntos em que há menção expressa às teorias acima.

Durante o curso da pesquisa, em muitas decisões, os Ministros do STF mencionaram que estariam impedidos de analisar provas e mérito das decisões recorridas⁹, o que foi um obstáculo para verificar quais os critérios de justiça e de desenvolvimento como liberdade foram usados para suas decisões. Não obstante, em razão de não analisar a situação fático-probatória, somente a jurídico-constitucional, o STF estaria concordando tacitamente pela correção do julgamento *a quo*. A partir desta consideração, decidiu-se também analisar as decisões tomadas pelo tribunal *a quo* sobre o assunto levado ao STF. Como resultados, confirmaram-se as hipóteses de que não são consideradas direta ou indiretamente a teoria de justiça por equidade de Rawls, tampouco aspectos de desenvolvimento como liberdade de Sen. Ademais, a análise de tais decisões indica que estas têm promovido uma inclusão e desenvolvimento às avessas, restrita àqueles que judicializaram o direito. Neste sentido, por exemplo, dentre os resultados da pesquisa, não foram encontradas decisões judiciais que versassem sobre educação dos reeducandos, tampouco que considerassem os impactos que poderiam ocasionar sobre este aspecto. As condições de insalubridade e superlotação de penitenciárias ainda é o maior desafio a ser superado, já que coloca os reeducandos em uma situação degradante de vida, isto é, em uma condição sub-humana. Apesar disso, a educação dessas pessoas é um instrumento indispensável à sua liberdade substantiva, e especialmente importante à reintegração dos reeducandos, sendo tal reintegração um dos objetivos da execução penal conforme os artigos 1º e 25º da Lei de Execuções Penais.

2. Políticas públicas de inclusão à educação servem ao desenvolvimento?

Para a reflexão sobre como as políticas públicas de educação podem contribuir para o desenvolvimento, e a relação deste tema com judicialização de políticas públicas, é necessário abordar preliminarmente outros temas, quais sejam, a conceituação e os contornos da: (i) teoria de desenvolvimento como liberdade (e direito ao desenvolvimento) de Amartya Sen; (ii) teoria de justiça como equidade de John

⁹ Nos casos em que os Ministros do STF não analisaram o mérito das decisões recorridas, fora interposto recurso extraordinário que, de acordo com a Súmula 279 do STF, não admite reexame de provas, donde os Ministros se abstiveram de analisar o mérito.

Rawls, e seus impactos sobre medidas de distribuição (tais como ações afirmativas). Esses tópicos serão aprofundados nesse subitem e, subsequentemente, serão trazidos casos concretos para analisar a fundamentação que os juízes têm empregado para implementar políticas públicas de inclusão.

O desenvolvimento tem sido tema nuclear, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, tendo o conteúdo semântico deste tema sofrido uma considerável mudança em razão de fatores históricos. Se no contexto da primeira e segunda revoluções industriais falava-se em desenvolvimento tecnológico e econômico¹⁰, posteriormente, sobretudo no contexto dos anos após a segunda mundial, agregou-se questões sociais à discussão sobre desenvolvimento. Nos anos imediatamente após a segunda guerra mundial, as discussões internacionais concentraram-se nos direitos humanos basilares, considerados de primeira dimensão – tal como o direito à vida –, que foram objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e trataram o desenvolvimento econômico, como assunto apartado e distinto dos direitos humanos. Após o Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o debate internacional sobre desenvolvimento se intensificou. Os países encontravam-se segmentados em desenvolvidos e subdesenvolvidos, tendo no plano internacional uma série de discussões sobre o que se consistiria o direito ao desenvolvimento¹¹, sendo inclusive debatido se o direito ao desenvolvimento consistiria em empregar os meios que os países desenvolvidos usaram para alcançá-lo (tais como pouca preocupação com poluição ambiental, violação a direitos trabalhistas, concorrência desleal). Com a Declaração do Direito ao Desenvolvimento em 1986, começou-se a falar não mais em desenvolvimento *per se*, mas em direito ao desenvolvimento¹².

Para essa construção, foi de extrema valia a contribuição de Arjun Sengupta, que atuou como especialista independente à Comissão de Direito ao Desenvolvimento e Direitos Humanos das Nações Unidas entre as décadas de 1980 e 2000. Sengupta viajou por diversos países subdesenvolvidos (inclusive ao Brasil, Chile e Argentina) para levantar dados e trazer soluções para o desenvolvimento¹³. Em seus relatórios de 1990, 2000 e 2001, considerou o direito ao desenvolvimento

¹⁰ Com a primeira revolução industrial (século XVIII), a Inglaterra viu-se apta a substituir o trabalho artesanal pela manufatura – o que lhe gerou o progresso econômico suficiente para torná-la a potência mundial. Seguida dessa primeira fase, a segunda revolução industrial (séculos XVIII e XIX) foi mais ampla territorialmente, englobando outros países europeus (de forma mais acentuada, Alemanha e França) e, na América, os Estados Unidos, e correspondeu a uma série de inovações tecnológicas, sobretudo novas fontes de energia (petróleo, energia elétrica e, mais tardiamente, energia atômica) – o que também culminou para o progresso econômico desses países. Essa luta pela inovação tecnológica e hegemonia culminou nas primeira e segunda guerras mundiais. Foi a partir desses eventos, e dos efeitos avassaladores que tiveram sobre as populações em geral, que se iniciou uma preocupação institucional com a dignidade da pessoa humana, sendo inclusive o termo reconhecido e aclamado pelos países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) logo após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). A Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948, apesar de ser uma mera declaração dos Estados-membros da ONU, isso é, apesar de não ter caráter vinculante, elevou os direitos humanos como paradigma das sociedades modernas. SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005.

¹¹ SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 62.

¹² SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 63-74.

¹³ Uma de suas propostas foi a de criação de um pacto de desenvolvimento, pelo qual os países desenvolvidos deveriam contribuir financeiramente com o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos. SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005.

como um direito humano¹⁴, cuja finalidade estaria atrelada à concretização dos direitos humanos internamente. Isso é, o direito ao desenvolvimento estaria configurado não pelo crescimento econômico *per se*, todavia, sua natureza, como proposto por Sengupta, transversa os princípios de justiça e equidade aos menos favorecidos, e ao bem-estar social¹⁵.

Essa concepção de direito ao desenvolvimento representa uma ruptura paradigmática, por introduzir uma teoria de justiça baseada em equidade. Primeiro, rompe com a noção de desenvolvimento exclusivamente como crescimento econômico. Segundo, rompe com a ideia de que os recursos deveriam ser divididos igualmente, ou na medida da meritocracia¹⁶. Terceiro, porque traz ao núcleo do desenvolvimento os princípios de equidade e justiça, isso é, propõe que os Estados analisem a complexidade dos problemas e desigualdades sociais para a criação de suas políticas internas de desenvolvimento econômico-social. Nesse sentido, de acordo com Sengupta, um país estará em processo de desenvolvimento desde que proporcione aos menos favorecidos melhor qualidade de vida e lhes aumente a capacidade de melhorar sua posição. Quer dizer, deve facilitar e capacitar a realização de todas as liberdades e direitos fundamentais, expandindo as capacidades e habilidades dos indivíduos para usufruírem de seus direitos – e almejar uma igualdade de oportunidades¹⁷.

Com este mesmo posicionamento de que o desenvolvimento seria um processo, Amartya Sen¹⁸ também trouxe a perspectiva de que o desenvolvimento não deveria ser medido exclusivamente pelo crescimento econômico, mas também pelo desenvolvimento humanístico. Sen concebe uma teoria sobre o desenvolvimento com o pressuposto de que este está atrelado à democracia, porquanto teria a liberdade como principal fundamento e, concomitantemente, como fim primordial.

Como fundamento, o desenvolvimento deve garantir os direitos afetos à liberdade, tais como liberdades civis e políticas em iguais condições a todas as pessoas (independentemente de gênero, raça, cor, religião e outros fatores). Apesar de existirem teorias no sentido de que Estados totalitários, onde esses tipos de direitos estão ausentes, poderiam ter um crescimento econômico mais rápido ou acentuado, de acordo com Sen, não há comprovação por evidências da eficácia dessas teorias; pelo contrário, de acordo com o seu entendimento, haveria mais evidências de que o crescimento econômico estaria atrelado a um ambiente econômico amigável no qual haja segurança das relações, e não a ambientes políticos hostis¹⁹.

¹⁴ SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 64.

¹⁵ SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 848.

¹⁶ O debate entre meritocracia e justiça distributiva será levantado novamente no tópico terceiro, quando da análise de cotas para ingresso em universidades públicas.

¹⁷ NWAUCHE; NWOBIAKE, 2005, p. 11.

¹⁸ Amartya Sen (1933 - presente data) é um economista indiano de influência internacional. Tendo cursado a graduação e mestrado em Economia na Índia, realizou seu doutorado no Trinity College, em Cambridge, Inglaterra. Foi professor em universidades de reputação mundial como Oxford, Harvard, Berkeley, Stanford, Cornell e MIT, dentre outras. Sua obra é amplamente marcada por tentativas de soluções à pobreza que, embora não a tenha vivenciado, conviveu com ela em seu país natal. Amartya Sen ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1998, devido ao seu trabalho sobre economia e bem-estar.

¹⁹ SEN, 2010, p. 16.

A liberdade teria dois papéis relevantes: um papel constitutivo, como fim primordial do desenvolvimento, e um papel instrumental, como principal meio do desenvolvimento. Nesse contexto, em ambos os papéis, a liberdade não seria entendida exclusivamente como o direito à liberdade (e suas diversas espécies); diferentemente, Sen traz uma nova dimensão ao assunto ao propor que o desenvolvimento de um país pode levar a população menos favorecida à liberdade, no sentido que teria uma melhor qualidade de vida, e meios de exercer seus direitos fundamentais. Assim, o desenvolvimento seria entendido como um “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”²⁰.

No que tange ao papel constitutivo desta liberdade, o desenvolvimento deve expandir a liberdade substantiva, por exemplo, erradicar a pobreza, e ampliar o acesso à educação para fins de usufruto de liberdades civis e políticas²¹. Essa expansão das liberdades substantivas, por sua vez, resulta na participação das pessoas na política e, conseqüentemente, no próprio processo de desenvolvimento²². A liberdade constitutiva não depende exclusivamente do poder econômico: mesmo uma pessoa muito rica, que seja privada de se expressar por motivos de limitação ao direito de liberdade de expressão, ou que, por falta de educação formal, não consiga expressar-se de forma a reivindicar adequadamente seus direitos, está restrita de sua plena liberdade.

No que tange ao papel instrumental da liberdade, conforme Sen, as liberdades civis e políticas e outras liberdades substantivas são também meios para se contribuir com o progresso econômico. A liberdade como instrumento ao desenvolvimento é compreendida a partir da análise de como os direitos, oportunidades e o conjunto entre dotações (heranças materiais e imateriais recebidas gratuitamente) e perspectivas de desenvolvimento pessoal a que tem acesso – o que ele, a exemplo de Rawls, denomina “*entitlements*”²³. Nessa perspectiva, Sen entende que há cinco tipos de liberdades instrumentais, quais sejam, as liberdades civis e políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias e transparências e segurança protetora.

As liberdades políticas compreenderiam os direitos civis e políticos, ou seja, referem-se à oportunidade de se decidir soberanamente sobre a estrutura social, definir regras de convivência, escolher seus governantes, bem como fiscalizar e criticar seus mandatários. As facilidades econômicas estariam ligadas às oportunidades desfrutadas pelos indivíduos para uso dos recursos econômicos com o fim de consumo, produção e comércio²⁴; no que tange à facilidade econômica dos indivíduos, seria intuitivo entender que o desenvolvimento econômico expandiria as liberdades políticas; porém, como aponta Sen, essa relação não é

²⁰ SEN, 2010, p. 52.

²¹ SEN, 2010, p. 16, p. 53.

²² SEN, 2010, p. 16, p. 53.

²³ Na redação original em inglês, o autor usa o termo “*entitlements*”, que não possui uma tradução precisa para o português. Como tentativa de aproximar o leitor ao contexto original, o termo fora empregado para englobar tudo aquilo que uma pessoa recebeu de bens materiais e oportunidades imateriais de seus pais (dotações ou herança em sentido amplo), bem como todas as novas oportunidades a que tem acesso em razão disso. SEN, 2000, p. 54. Em certo sentido, podemos traduzir o termo ora como direitos subjetivos, ora como direitos adquiridos.

²⁴ SEN, 2010, p. 55.

direta nem linear, o crescimento econômico pode concentrar-se nas mãos de poucas pessoas, sem necessariamente ser distribuído ao restante da população. Ou seja, crescimento econômico não necessariamente leva a uma melhor capacidade de compra da população em geral, tampouco expande as demais liberdades aqui referidas.

As oportunidades sociais, por sua vez, correspondem às circunstâncias criadas para a sociedade em geral ter acesso ao desenvolvimento, que são importantes não apenas para a vida particular dos indivíduos, mas também para a sua participação civil e política. É no contexto de liberdades instrumentais de oportunidade social que o direito à educação se insere. Sen traz o exemplo do analfabetismo, cuja superação é determinante para a participação política e para um trabalho digno. Mais adiante, serão abordados aspectos concretos sobre o assunto.

As garantias de transparência diriam respeito à confiança que os indivíduos têm uns com os outros e com as instituições. Por isso, são indispensáveis para o combate à corrupção, à irresponsabilidade financeira e outras irregularidades. Finalmente, a última liberdade seria a de segurança protetora, pela qual caberia aos Estados proporcionarem uma rede de segurança social, com o objetivo de impedir que a população afetada por situações de vulnerabilidade seja reduzida à miséria – o que englobaria, por exemplo, medidas assistenciais, como assistência continuada a pessoas com deficiência que não tenham meios de subsistência próprios ou familiares.

O texto de Sen é elaborado a partir da compreensão do direito ao desenvolvimento em âmbito internacional, portanto, trata diretamente de macroescolhas dos países em caráter abrangente; todavia, sua reflexão também pode ser aplicável às decisões públicas internas e, por óbvio, na construção de políticas públicas. Como mencionado acima, Sen propõe que o desenvolvimento deve ser apto a proporcionar a liberdade substantiva da população, e que sua concretização deve fundamentar-se na justiça – e nesse ponto evidencia a complexidade e a limitação da decisão do administrador público quando da definição da agenda da política pública, isto é, do que é prioritário e será objeto de política pública. Como exposto por Sen, o administrador pode seguir dois caminhos decisórios principais, quais sejam, o do utilitarismo ou do libertarismo.

Pelo caminho do utilitarismo, toma-se a decisão pública com base em critérios de utilidade, critérios estes que podem variar de acordo com a linha utilitarista adotada, podendo ser, por exemplo, a ideia de felicidade – como proposta quantitativamente por Jeremy Bentham²⁵ ou qualitativamente por John S. Mill²⁶. Sen apresenta três características principais dessa perspectiva, assim

²⁵ Bentham define como princípio do utilitarismo: “[...] o princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer referida felicidade”. BENTHAM, 1984, p. 4.

²⁶ Para Mill, o utilitarismo teria base na felicidade conforme a seguir: “[...] a felicidade que constitui o padrão utilitarista daquilo que está certo na conduta não é a felicidade do próprio agente, mas a de todos os envolvidos. Quanto à escolha entre a sua própria felicidade e a felicidade dos outros, o utilitarismo exige que ele seja tão estritamente imparcial como um espectador benevolente e desinteressado” MILL, 2005, p. 58. É preciso registrar os estudos sobre John Stuart Mill de Mauro Cardoso Simões, com destaque para: SIMÕES, 2008.

como problemas delas decorrentes. A primeira característica seria que as escolhas devem ser avaliadas conforme os fins a que se destinavam (consequencialismo), excluindo o argumento de que os princípios adotados para uma escolha pública poderiam ser avaliados independentemente de seus resultados. A segunda corresponde ao *welfarismo*, pelo qual se restringe a avaliação das decisões com base em suas utilidades nos respectivos Estados²⁷, sem se atentar para a fruição ou violação de direitos e deveres. E a terceira é o que Sen chama de “ranking pela soma”²⁸, pelo qual os medidores de índices sociais consideram a soma de todos os resultados, sem se atentar para a distribuição desse resultado.

O utilitarismo foi basilar para a criação de políticas públicas de bem-estar social, que teriam como finalidade a felicidade, o bem-estar da população em geral. Apesar de serem aptas a proporcionar melhores condições de vida, as políticas públicas baseadas nessa linha utilitarista têm três problemas apontados por Sen²⁹.

Primeiro, não se considera o caráter distributivo das políticas públicas, ou seja, o importante é ter indicadores de redução de analfabetismo e de atingimento de pleno emprego ou de elevação de outro direito social, não se dando importância a saber se esse crescimento econômico foi distribuído (muitas vezes, sequer há previsão sobre como realizar tal distribuição). Isso quer dizer, por exemplo, que se deve considerar como correta a política pública federal que tenha como objetivo melhorar a qualidade de vida dos brasileiros em geral, apesar de eles terem resultados substanciais melhores para os paulistas do que para os amazonenses.

Segundo, não considera relevante se, para esse crescimento acontecer, cause a violação de outros direitos e deveres. Isso quer dizer, por exemplo, que as políticas públicas seriam justificáveis se resultarem em crescimento econômico mesmo se diminuíssem ou extinguissem certos direitos trabalhistas, por exemplo, aumentando a jornada de trabalho de 8 horas para 12 horas.

Terceiro, possui um caráter muito abstrato, que não é apto a considerar as diferenças pessoais, o que é de sobremaneira acentuado no utilitarismo *benthamista*, que aplica a felicidade como métrica principal. Ora o que traz felicidade a uma pessoa pode não ter o mesmo resultado para outra. Por exemplo, se as políticas públicas de educação se concentrarem nas áreas tecnológicas, por razões estratégicas de produção industrial, isso representará felicidade para aqueles que se identificam com profissões relacionadas, mas certamente não aos que se identificam com as ciências sociais.

Com essa crítica ao utilitarismo em mente, Sen filia-se ao segundo caminho das decisões públicas, qual seja, o do libertarismo. Neste contexto, como mencionado anteriormente, sua teoria propõe que a liberdade seja o meio e o fim do próprio desenvolvimento baseado em uma teoria da justiça.

²⁷ E, nesse caso, pode-se fazer uma analogia já que, com relação às políticas públicas, estas são avaliadas com base nos resultados que proporcionaram no respectivo âmbito de abrangência, sem compará-la com outras políticas adotadas por outros entes para resolver o mesmo problema.

²⁸ SEN, 2000, p. 78.

²⁹ SEN, 2000, p. 81.

Nesse mesmo caminho está o entendimento de John Rawls³⁰ (no qual Sen se baseia). Para conceber uma teoria da justiça baseada em equidade, Rawls propõe a ideia de posição original, pela qual as pessoas deveriam estar originalmente sob um véu de ignorância (isto é, sem ter conhecimento das particularidades de cada um) e nessa condição escolheriam os princípios para reger as instituições sociais básicas que melhor atendessem aos interesses comuns. Este pressuposto é necessário para que ninguém escolhesse uma instituição conforme seus interesses pessoais. Com esse pressuposto, cria dois princípios de justiça³¹ que não são aplicáveis às relações pessoais, mas às instituições. Estes princípios podem ser usados para as escolhas públicas relacionadas a políticas públicas em geral.

O primeiro princípio, da liberdade, refere-se ao direito de todos à mesma e igual liberdade, tendo por pressuposto a igualdade formal e a isonomia. O sentido de liberdade usado por Rawls refere-se ao direito a liberdades básicas, tais como direito de propriedade, liberdade de expressão, liberdade de consciência e liberdade política³². Como a liberdade é um pressuposto de sua teoria de justiça, o tema de violação desse direito não é amplamente abordado por Rawls, o que lhe causa uma série de críticas³³.

O segundo princípio, da igualdade, refere-se diretamente aos direitos sociais, posto que pressupõe desigualdade social e econômicas. Conforme Rawls, as desigualdades podem ser consideradas lícitas, desde que sejam concomitantemente consideradas vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e adstritas à igualdade de condições e oportunidades. Com base nesse segundo princípio, políticas públicas serão justas quando forem aptas a satisfazer os princípios de justiça escolhidos por pessoas morais, livres e iguais³⁴. No entanto, Rawls afirma sua teoria dentro de uma matriz de pensamento liberal, no sentido de impor a prioridade do primeiro princípio em relação ao segundo, de modo que, em absolutamente nenhuma situação, o princípio da diferença possa ser aplicado de modo a violar ou impedir o exercício dos direitos que decorrem do princípio da igualdade.

No que tange ao tema de políticas públicas de inclusão em geral, o primeiro princípio da justiça de Rawls fundamenta a igualdade formal entre as pessoas a quem se destina primordialmente uma certa política, e as que por ela são excluídas. No exemplo de contratação de professores e auxiliares para fins de educação especial a um aluno com deficiência, cujo custo para o Estado é maior do que o de outros alunos, Rawls consideraria a situação deste aluno com deficiência em igualdade formal em relação aos demais. O segundo princípio, por sua vez, impor a eliminação ou mitigação da desigualdade, exigindo a criação da política pública

³⁰ Este artigo usou para fins de referência o livro “Uma teoria da Justiça” conforme sua tradução para o português mais popular pela editora Martins Fontes RAWLS, 2010, para facilitar o acesso do leitor a este livro. No entanto, foi considerada também a versão original em inglês para fim de melhor entendimento dos sentidos empregados pelo autor RAWLS, 1999.

³¹ RAWLS, 2010, p. 333.

³² RAWLS, 2010, p. 64.

³³ Dentre os críticos de Rawls, destaca-se Robert Nozick, 1974, cujo posicionamento é de que a teoria de justiça com equidade teria como resultado um Estado muito interventor na vida das pessoas, e propõe um Estado que regule o mínimo possível. Destacamos o trabalho de Ubiratan Trindade, 2015, que reúne os detalhes das principais críticas à Rawls.

³⁴ RAWLS, 2010, p. 64.

para desenvolvimento do aluno que, sem tal política, não teria igualdade de oportunidade em relação aos demais. Isso porque, tendo novamente como exemplo a educação especial, a formulação da agenda dentro do ciclo da política pública deveria considerar que aquela política pública seja apta a, concomitantemente, trazer a maior vantagem para todos dentro dos limites de razoabilidade e de forma a trazer igualdade de oportunidades – e isso deveria ser auferido com relação ao aluno com deficiência, para os alunos não deficientes que já estão matriculados na escola, bem como para todos os que porventura não puderem ter acesso à educação em razão dos custos operacionais.

A teoria de justiça de Rawls, é importante observar, é alvo de críticas, sobretudo em razão da grande abstração da posição original, que não é muito apta a resolver as concretas disputas de interesses³⁵. No entanto, apesar de imperfeita, traz subsídios para um desenvolvimento baseado em equidade, daí ser usada para a criação e avaliação de políticas públicas de inclusão, como também podem servir de subsídio para compreensão das chamadas “escolhas trágicas” da administração pública.

Resumindo, os principais pontos que serão indispensáveis para os próximos tópicos são: primeiro, que atualmente a ideia de desenvolvimento abrange questões sociais; segundo, que o desenvolvimento leva à liberdade substancial das pessoas, e que as políticas públicas devem ser instrumento tanto ao desenvolvimento quanto à liberdade substantiva conforme Sen; e terceiro, que as políticas públicas, à luz da teoria de Rawls, devem pautar-se na equidade, que pode ser caracterizada mediante a observância de seus dois princípios de justiça, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade. Esses fundamentos teóricos podem ser de grande valia para as escolhas trágicas dos gestores públicos, quais sejam, as escolhas pelas quais, em razão de limitação orçamentária ou de outra ordem, o gestor público se vê na encruzilhada entre fazer valer o direito de um (ou de alguns) e eliminar ou violar o direito de outro(s). De forma semelhante, o Judiciário é também chamado a tomar decisões trágicas em que, embora bem-intencionado em promover o direito individual ou coletivo em comento no processo, no meio da encruzilhada, pode encontrar-se cego aos efeitos avessos de sua decisão

3. Políticas públicas de educação decididas pelo Supremo Tribunal Federal

Apesar de existir um dissenso sobre o conceito e objeto das políticas públicas (o que dificulta a sua forma de planejamento), é recorrente o entendimento de que as políticas públicas são ações governamentais que devam ser criadas pelo Poder Executivo³⁶, para atender objetivos socialmente relevantes e determinados³⁷ - e

³⁵ Com esse mesmo referencial teórico CHAVES, 2018, o referido autor realizou uma pesquisa sobre “O recrutamento dos magistrados e a inclusão de pessoas com deficiência: uma reflexão à luz da teoria da justiça”.

³⁶ Sobre o procedimento de criação de políticas públicas, a teoria mais difundida é a do ciclo de políticas públicas de Secchi apud SOUZA, 2006, que identifica 6 etapas para tanto: 1) identificação do problema; 2) formulação da agenda; 3) formulação das alternativas; 4) tomada de decisão; 5) implementação; e 6) avaliação.

³⁷ Para Buchi: “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

que não devem ser criadas pelo Poder Judiciário³⁸. Considerando o acima, as ações governamentais para implementação da educação seriam feitas por políticas públicas e caberiam ao Poder Executivo.

A educação é um dos principais instrumentos para um desenvolvimento que promova a liberdade substantiva de seus cidadãos, isto é, que gera às pessoas uma capacidade de “escolher uma vida que se tenha razão para valorizar” em razão de capacitá-la para ter liberdade de escolha daquilo que pretende fazer de sua vida.³⁹ Apesar de Sen dedicar-se mais à análise da fome e da pobreza extrema, também faz referência a educação como instrumento libertador⁴⁰. E, na mesma linha, inclusive, foi o entendimento defendido pelo educador brasileiro, Paulo Freire, para quem a educação seria a principal forma de libertação. Conforme Freire, o analfabetismo seria uma forma de opressão social: “Descobri que o analfabetismo era uma castração dos homens e das mulheres, uma proibição que a sociedade organizada impunha às classes populares”⁴¹. E, por conta desta opressão, defendeu a pedagogia do oprimido, cujo conteúdo nuclear pode ser resumido a seguir⁴²:

[...] pedagogia do oprimido, como pedagogia humanista e libertadora, terá dois momentos distintos. O 1º em que os oprimidos vão desvelando o mundo da opressão e vão comprometendo-se, na práxis, com a sua transformação; o 2º, em que, transformada a realidade opressora, esta pedagogia deixa de ser do oprimido e passa a ser a pedagogia dos homens em processo de permanente libertação.

O direito à educação é garantido na Constituição como um direito social (artigo 6º), de caráter universal e cujo dever precípua é conferido ao Estado e à família com colaboração da sociedade (artigo 205). Nos termos da atual redação do texto constitucional, o Estado (em sentido amplo) tem o dever de oferecer gratuitamente e de garantir o ingresso das crianças à educação básica, conferindo aos alunos material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Todos os preceitos acima devem vislumbrar, em última análise, a libertação dos cidadãos por meio da educação. Isto é, tem o condão de promover um desenvolvimento libertador. Porém, dentre os cidadãos brasileiros, a legislação elegeu certos grupos focais de políticas públicas nessa seara, dentre os quais, os negros e pardos, os portadores de necessidades especiais (hoje denominados “pessoas com deficiência” - PcD) e reeducandos, que foram eleitos para o desenvolvimento deste tema.

Conforme o artigo 208 da Constituição, é dever do Estado garantir atendimento educacional especializado para PcDs, cuja inclusão social pela

politicamente determinados. Políticas Públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” BUCCI, 2002, p. 241.

³⁸ Nesse sentido, é a teoria de autocontenção judicial, pela qual o Judiciário deve abster-se de interferir nas questões relacionadas a políticas públicas BARROSO, 2018, p. 2183. Este, inclusive, foi o entendimento adotado em algumas das decisões que serão analisadas, pelo qual os ministros mencionaram, correta ou incorretamente, que não estariam adentrando na decisão do Poder Executivo sobre as políticas públicas (conforme será abordado no item subsequente).

³⁹ SEN, 2000, p.19.

⁴⁰ Uma busca na versão digital da obra de Sen revelou 161 resultados do termo “educação”. Veja, por exemplo, BUCCI, 2002, p.19.

⁴¹ FREIRE, 2011.

⁴² FREIRE, 2011, p. 57.

educação tem fundamentação filosófica na justiça distributiva preconizada sobretudo à luz da teoria de justiça de Rawls, bem como se justifica também em razão de evidências:

De acordo com dados oficiais de 2018, 6,7% da população brasileira era portadora de deficiência⁴³, e há disparidade de concretização da educação a essas pessoas. Segundo dados do IBGE, 18,3% dos deficientes são analfabetos, um índice próximo ao dobro da média de analfabetismo no Brasil; 17,67% das pessoas com deficiência no Brasil têm ensino básico completo, contra 73%, se considerada a população brasileira como um todo; e, por último, apenas 6,6% das pessoas com deficiência têm ensino superior completo, ao passo que 15% da população brasileira de até 45 anos conseguiu completá-lo⁴⁴.

Nesse tópico serão analisados, de forma conjunta, dois acórdãos do STF sobre educação especial, que tratam respectivamente sobre a disponibilização no ensino obrigatório de novos profissionais para atendimento e apoio a: a) aluno com deficiência auditiva, portanto, pedia-se um tradutor de libras⁴⁵ e b) aluno com deficiência intelectual (autismo), portanto, pedia-se um grupo de profissionais de apoio (tutores, fonoaudiólogos, terapeuta ocupacional, dentre outros)⁴⁶.

Nos dois casos, os autores concentraram suas alegações no princípio de separação de poderes (e intangibilidade do mérito administrativo) e na cláusula da reserva do possível. As decisões judiciais de 1º e 2º grau rejeitaram os argumentos do órgão competente, com base nos seguintes fundamentos:

QUADRO 1 – ACÓRDÃOS DO STF SOBRE EDUCAÇÃO ESPECIAL

	Fundamentação do acórdão	Ag. Reg. no RE 860979 Distrito Federal (professor especializado em libras)	Ag. Reg. no RE 1.060.961 Distrito Federal (educação especial para autista)
1	Princípio da Separação de Poderes	Improcedente, já que a separação de poderes não inviabiliza por si só a atuação do Poder Judiciário no que tange a políticas públicas constitucionalmente previstas.	Improcedente, já que há entendimento firme no STF no sentido de que o Judiciário pode, sem violar a separação dos poderes, implementar políticas públicas de implementação de direitos fundamentais.
2	Cláusula da reserva do possível	Improcedente. A cláusula de reserva do possível não exime o poder público de garantir o núcleo de intangibilidade dos	Improcedente, porque não pode atingir os direitos fundamentais; na seara dos direitos fundamentais, não se aplica a

⁴³ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou em 2010 que 23,7% da população brasileira seria portadora de deficiência, porém, os critérios internacionais para a classificação de deficiência foram modificados; por isso, em 2018, foi feito um recenseamento, isto é, uma nova análise com base nos dados obtidos para o Censo de 2010. Os números utilizados nesta pesquisa, exceto se de outro modo estiverem expressos, referem-se ao Censo de 2010.

⁴⁴ BRASIL, IBGE, 2019.

⁴⁵ BRASIL, STF, 2015.

⁴⁶ BRASIL, STF, 2015.

		direitos fundamentais tutelados.	discricionariedade administrativa ⁴⁷ .
3	Políticas públicas de inserção de PcD	Apesar de não ter sido objeto dos questionamentos feitos pelo Distrito Federal, os ministros declararam as políticas públicas de inserção de PcD constitucionais e convencionais.	
4	Outros		O Distrito Federal impugnou a proporção de professor/aluno determinada na decisão impugnada. O STF não analisou essa argumentação, porque ao STF não cabe o reexame fático-probatório. No caso em tela, portanto, a decisão com base nessa análise ficou restrita ao tribunal de origem.

Fonte: elaborado pelos Autores, a partir de dados obtidos em BRASIL, STF, 2021.

Em nenhum dos acórdãos acima houve análise, direta ou indiretamente, sobre quaisquer dos pontos principais das teorias de justiça de Rawls e de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Além disso, é possível entender que ambos os acórdãos criaram políticas públicas, isto é, tiveram um caráter ativista judicial⁴⁸. Apesar de acertada no que concerne ao atendimento de um direito à educação especial, delas é possível advirem duas situações de injustiça, configurando, pois, uma inclusão e desenvolvimento às avessas.

A primeira é que se criou uma política pública em caráter privativo, isso é, para o autor da demanda; e, apesar de ser possível estender o entendimento para outros casos semelhantes, uma outra pessoa somente conseguiria fazê-lo valer por meio da jurisdição. A dificuldade de acesso ao Judiciário, nesse caso, não é totalmente mitigável, porque embora seja garantido o acesso para pessoas com baixa renda à Defensoria Pública, no caso de pessoas com deficiência há outras dificuldades relacionadas à deficiência – por exemplo, falta de intérprete de libras

⁴⁷ Conforme descrito no acórdão: “A efetivação do direito ao aprendizado não se encontra adstrita à avaliação de caráter discricionário feita pela Administração Pública. A força vinculante da norma constitucional mostra-se limitadora à discricionariedade político-administrativa, por meio de juízo de conveniência e oportunidade.” BRASIL, STF, 2015.

⁴⁸ O Judiciário não é o poder adequado para desenvolvimento de políticas públicas. Ao promover as decisões acima, acabou por adotar uma posição ativista, sem base legal, muito menos orçamentária, tema que é objeto de outra pesquisa no âmbito deste programa de pós-graduação em Direito. De todo modo, nestes dois julgados, os ministros do STF até afirmaram que não estavam sendo ativistas. Mas em que pese a afirmação, na verdade, em ambos os julgamentos, não se considerou o ciclo de políticas públicas para a tomada da decisão, não se considerou qualquer aprovação de orçamento para sua realização, tampouco foram estudadas evidências sociais e concretas sobre o tema, restringindo-se às decisões às provas trazidas pelas partes. Desta forma, não foram considerados os impactos sociais positivos e negativos que essas decisões podem criar em relação à sociedade como um todo - e não apenas às partes daqueles processos.

para comunicar-se com o defensor público. A segunda tem o condão de prejudicar ou impedir outras políticas públicas, em razão dos seus custos. Suponha-se, por exemplo, que o Distrito Federal referido no caso tivesse em mãos cem mil reais para políticas públicas de educação naquele ano, e que teria planejado destinar oitenta mil reais para a criação de 2 novas escolas com capacidade de atendimento de 90% das crianças e adolescentes que não tinham acesso a vagas escolares. Suponha-se, também, que estas decisões do STF analisadas acima impliquem ao Distrito Federal o custo de R\$ 130 mil anuais. Então, isso quer dizer que: a) não será viável inserir 90% dos potenciais alunos em escolas, que são igualmente detentores de direito à educação; e b) R\$ 30 mil reais, necessários para cumprimento das decisões judiciais, serão cortados de outra destinação pública, por exemplo, da saúde, da moradia, ou outro. O ativismo judicial pode, portanto, resultar em uma situação de hierarquização de um direito fundamental apresentado ao juiz sobre outro, de que somente o Poder Executivo tenha conhecimento.

O acesso à educação de reeducandos (isto é, pessoa em situação de cumprimento de pena privativa de liberdade) é considerado como um direito fundamental, posto que o direito à educação é universal nos moldes constitucionais, bem como é expressamente previsto na Lei de Execução Penal (artigo 17 e seguintes). A educação representa para o preso, de forma imediata, o benefício da remição penal, ou seja, uma forma de diminuir a pena conforme o número de horas de ensino. De forma mediata, no entanto, o reeducando pode ter o maior benefício: aumento das chances de sua ressocialização. Conforme Julião⁴⁹, que realizou uma pesquisa empírica em estabelecimentos prisionais na cidade do Rio de Janeiro, os estudos reduzem a chance de reincidência em 39%. Todavia, conforme dados de 2016, apenas 12% dos reeducandos estavam envolvidos em algum tipo de atividade educacional – o que pode demonstrar que não há políticas públicas suficientes para conferir a todos o acesso à educação. Foram feitas pesquisas nos bancos de dados do STF e de outros diretórios de buscas integradas de jurisprudência, porém, não foram encontrados processos que tenham como objeto a criação de políticas públicas para ampliação do acesso dos reeducandos à educação.

Isso não quer dizer que o Poder Judiciário não tenha sido ativista. Tem, de fato, criado políticas públicas em prol dos egressos. O STF, por exemplo, proferiu a decisão no Recurso Especial 592581/RS⁵⁰ pela qual determinou ao Estado de Minas Gerais realizar obras públicas para conferir um espaço físico apto a conferir aos reeducandos um ambiente adequado de higiene e habitação. Porém, a falta de judicialização sobre o ensino dos reeducandos é um reflexo da situação de segregação destes. Neste caso, a inclusão e desenvolvimento às avessas se mostra

⁴⁹ JULIÃO, 2010.

⁵⁰ A decisão do RE 592581 determinou, com base em indícios de evidências veiculados pela mídia (por exemplo, usando-se notícias do site “UOL” e “G1”), que o Judiciário pode impor realização de obras em presídios para garantir direitos fundamentais. Não é preciso dizer que não foram consideradas evidências científicas, tampouco se considerou o ciclo de políticas públicas. Apesar de louvável a defesa dos direitos mais básicos dos reeducandos, como saúde e dignidade, sua decisão deveria ter sido baseada, ao menos, em evidências e análises técnicas, e não em opiniões e reportagens.

claro porque corrobora com o fator de que os direitos estariam acessíveis de forma privativa àqueles que o levaram a cabo ao Judiciário.

O tema de ações afirmativas para ingresso em universidades públicas já foi objeto de diversas decisões judiciais. O presente estudo versará sobre o Recurso Especial (RE) nº 597.285 do Rio Grande do Sul, decidido em 09/05/2012 – portanto, a decisão foi anterior à lei de cotas (2012), e à introdução de PcDs como beneficiários destas (2016). Ela foi trazida à análise por dois motivos: primeiro, porque foi e é paradigmática a outras decisões judiciais; e, segundo, porque nenhum dos acórdãos (do TRF da 4ª Região e do STF) adentrou na análise aprofundada de evidências para verificar a mensuração da proporcionalidade das cotas. Além disso, ela motivou a criação da Lei nº 12.711, de agosto de 2012.

No caso em tela, de forma sintética, o recorrente argumentou: (a) violação ao princípio da igualdade, já que, sem fazer jus a cotas, obteve pontuação superior ao de pessoas que foram admitidas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e (b) o fundamento informacional de ingresso às universidades públicas deveria ser exclusivamente a meritocracia, isso é, basear-se apenas no julgamento objetivo previsto no edital, qual seja, a pontuação obtida na prova.

O juízo de primeiro grau decidiu-se favoravelmente ao autor da ação, no sentido de que as cotas, conforme criadas pela UFRGS, seriam inconstitucionais por serem irrazoáveis e desproporcionais. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a decisão *a quo*, entendendo pela constitucionalidade da decisão, sendo esta confirmada na decisão proferida pelo STF.

A decisão do STF teve como principais pontos: a) com relação a ações afirmativas em abstrato: a.1.) reconheceu a legitimidade das ações afirmativas com fundamento no próprio princípio da igualdade, porque este levaria à “obrigação de diferenciação, em que tratamento como igual significa ‘direito a um tratamento especial’”; a.2.) confirmou que a Constituição não estabeleceu o mérito como único critério de admissão em universidades; e com relação àquela cota específica: b) com base nos dados descritos na decisão impugnada (do TRF da 4ª região), entendeu que a medida seria proporcional, já que a porcentagem de alunos da rede pública de ensino no Estado do Rio Grande do Sul seria de 87% e o cota da UFRGS seria de 30% (que incluiria cotas raciais e alunos de rede pública)⁵¹.

Na fundamentação, apesar de tratar de questões sobre igualdade substancial, não foram abordados pontos centrais da teoria de justiça distributiva, em que o sistema de cotas se baseia. Isto é, não foi esclarecido se aquele sistema de cotas, tal como criado, traria o maior benefício aos menos favorecidos, sem a violação dos direitos dos demais. Tampouco se pensou sobre os impactos que aquela decisão, com repercussão geral (mais uma vez, vinculante a todas as demais decisões

⁵¹ A história desta discussão judicial sobre as cotas da UFRGS é muito semelhante com a discussão havida nos EUA no que se convencionou chamar de caso Bakke, comentada por Ronald Dworkin (discriminação inversa). Allan Bakke, homem branco, questionou a política de ingresso da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, argumentando que sua pontuação, embora baixa para ingresso pelo sistema vestibular, era mais alta que a dos candidatos que concorriam pelo sistema de cotas; portanto, o sistema de cotas era injusto, pois contrariava a meritocracia. Houve decisão judicial favorável em primeira e segunda instância, mantida pela Suprema Corte da Califórnia (que, inclusive, determinou que o critério de raça não fosse utilizado de forma explícita na seleção de alunos para ingresso na universidade). O caso foi aceito pela jurisdição da Suprema Corte dos Estados Unidos que, em 1977, decidiu pela constitucionalidade da política de cotas daquela universidade e pela reforma da decisão da corte californiana DWORKIN, 2000, p. 453.

judiciais que forem proferidas sobre o assunto posteriormente), teria sobre a sociedade, e sobre o desenvolvimento⁵².

4. Conclusão

O presente estudo teve como objetivo avaliar os fundamentos de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre um dos principais instrumentos para a liberdade substantiva segundo Amartya Sen, qual seja, a educação, tendo se concentrado em decisões de inclusão de minorias à educação – especificamente quanto a educação especial para PcDs, reeducandos e beneficiários de cotas para ingresso em universidades públicas federais (PcDs, negros e pardos, e pessoas que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas). Pretendeu-se avaliar se tais decisões consideraram direta ou indiretamente: a) as noções de justiça com equidade de Rawls; e b) os efeitos irradiantes que poderiam ter sobre o desenvolvimento à luz da teoria de desenvolvimento como liberdade de Sen, que são importantes para evitar uma inclusão e desenvolvimento às avessas.

Conforme exposto acima, nenhuma das decisões mencionou ou analisou quaisquer desses aspectos, sendo que em nenhum desses casos trazidos se ventilou que se estaria criando uma política pública; as decisões consideraram que se estaria concretizando um direito social, e não criando uma política pública. Em que pese ser acertado o acesso ao Judiciário à concretização de direitos em geral, o que inclui direitos sociais, é mister que se reflita sobre os impactos que a judicialização tem para o desenvolvimento.

Apesar de a implementação de direitos sociais (em que se inclui o direito à educação) decorrer da aplicação da ideia de desenvolvimento como liberdade, sua implementação deve, à luz de Sen, ser concomitante ao processo de desenvolvimento em ambientes democráticos, o que imporia aos poderes eleitos – e não ao Judiciário – a idealização e a implementação de políticas públicas. Em qualquer contexto, mas de forma mais acentuada neste de crise político-econômica, todas as escolhas públicas devem ser criteriosas, de forma a assegurar que sua idealização, seu planejamento e sua implementação sejam ao mesmo tempo eficazes e eficientes, e garantam a maximização do desenvolvimento e de sua distribuição. Nesse sentido, a extrema relevância a teoria de justiça de Rawls se faz notar, porquanto traz princípios basilares para a implementação de políticas públicas, quais sejam, seus dois princípios de justiça. Com base nesses princípios, a formulação e a implementação de política pública devem se fundamentar na igualdade formal dos indivíduos, garantir-lhes sua liberdade e, ao mesmo tempo, garantir situações mais vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e adstritas à igualdade de condições a oportunidades. Para fins de concretização de uma justiça equitativa à luz de Rawls, é imperioso que as escolhas públicas também

⁵² Esta decisão inspirou a criação da Lei nº 12.711 de 2012, pela qual as universidades públicas federais devem criar cotas de ingresso de pessoas advindas conforme a seguir: a) alunos que tenham cursado integralmente o ensino médio na rede pública, sendo-lhes destinadas 50% das vagas, sendo que metade dessas vagas é destinada aos alunos cuja família tenha renda mensal de até 1,5 salário-mínimo; b) negros, pardos e indígenas, e desde 2016, para pessoas com deficiência. O artigo 3º da lei determina que o preenchimento das vagas deverá ser feito de forma proporcional à população dessas pessoas de acordo com o último Censo do IBGE.

se atentem a incluir no ciclo de política pública as evidências de sua necessidade e adequação.

As decisões judiciais do STF sobre políticas públicas – sejam as que tenham caráter individual, mas principalmente as que têm repercussão geral –, têm influência e impactos não apenas no sistema jurídico brasileiro (por exemplo, sobre a hermenêutica jurídica quanto a um determinado direito), como também têm impactos concretos na sociedade, direta e indiretamente. Diretamente podem trazer o bem da vida às pessoas que o pediram expressamente. E, indiretamente, as decisões judiciais do STF têm vinculado ou no mínimo influído sobre as escolhas públicas do Poder Executivo acerca da educação, ora expandindo o alcance desse direito, ora diminuindo-o em razão dos efeitos sobre os cofres públicos que as decisões judiciais causam.

Nas decisões trazidas à análise percebeu-se, que nesses casos de judicialização de direitos sociais, o Judiciário não se considerou como corresponsável pela aplicação das teorias de Rawls e Sen. E, como consequência, suas decisões promoveram uma inclusão e desenvolvimento às avessas. No que tange à judicialização de políticas públicas, a confusão ou agregação de poderes (isso é, a tomada de decisão por quem não tem poderes para tanto) pode gerar problemas sociais e, ainda mais, entraves à inclusão e ao desenvolvimento. Isto é, podem, como nos casos trazidos, conceber direito apenas àqueles que têm acesso à via judicial, bloquear a formulação de outras políticas públicas e implementar políticas que não estariam na agenda em caráter prioritário, limitar recursos e impedir de se dar continuidade na implementação de outras pautas⁵³.

⁵³ BARREIRO, 2015, p. 299.

Referências

- AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O protagonismo judicial e as políticas públicas. Rio de Janeiro: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 268-290, jan./jun. 2015 <https://doi.org/10.17808/des.46.784>.
- BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. Rio de Janeiro: *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 2, p. 293-314, mar./abr. 2015 <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612126144>.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: *Revista Direito e Práxis.*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out./dez. 2018 <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luís João Baraúna. São Paulo: Brasil Cultural, 1984.
- BRASIL. STF. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdãos de 2015. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>, acesso em 28 de setembro de 2021.
- BRASIL. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasília: *Censo de 2010*. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/>, acesso em 15 de novembro de 2019.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CHAVES, Luciano Athayde. O recrutamento de magistrados no judiciário brasileiro: uma reflexão sobre reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência à luz da teoria da justiça. Rio de Janeiro: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, p. 177-203, jan./jun. 2018 <https://doi.org/10.17808/des.52.613>
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 50. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Educação*, v. 15, n. 45, p. 529-543, set./dez. 2010 <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782010000300010>.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.
- NWAUCHE, E. S.; NWOBIKE, J. C. Implementação do direito ao desenvolvimento. São Paulo: *Sur, Rev. int. direitos human.*, v. 2, n. 2, 2005, p. 96-117.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Tradução Almiro Piseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SENGUPTA, Arjun. On the theory and practice of right to development. In: SENGUPTA, Arjun; NEGI, Archana; BASU, Moushumi. Right to development: where are we today?

Reflections on the Right to Development. New Delhi: Sage Publications, 2005, p. 61-109 <https://doi.org/10.4135/9788132102144.n2>.

SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill & a liberdade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Porto Alegre: *Sociologias*, v. 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006 <https://doi.org/10.1590/s1517-45222006000200003>.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Curitiba: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 47, p. 137-164, 2011 <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v53i0.30764>.

TRINDADE, Ubiratan. Uma teoria da justiça de John Rawls e seus Críticos. Porto Alegre: *Intuitio*, v. 8, n. 2, p. 66-75, dez. 2015 <https://doi.org/10.15448/1983-4012.2015.2.18945>.

Recebido em 11 de março de 2020.

Aprovado em 14 de março de 2021.

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar os fundamentos de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen, e seus contornos sobre desenvolvimento e inclusão. A Suprema Corte usa, direta ou indiretamente, noções da teoria de justiça de John Rawls e da teoria de desenvolvimento de Amartya Sen na tomada de decisão? Como hipótese, adotou-se que as decisões do STF não usam como fundamentos quaisquer contornos dessas teorias. A metodologia consistiu em pesquisa bibliográfica e se iniciou com revisão de literatura sobre o tema. Além disto, foram também analisadas decisões judiciais do STF proferidas a partir de 2012 em relação ao objeto do artigo. Os resultados revelaram distanciamento de fundamentos de Amartya Sen e John Rawls em relação às decisões daquele Tribunal no que diz respeito às políticas públicas de educação, confirmando a hipótese inicial. A contribuição do artigo está na articulação dos dois teóricos Amartya Sen e John Rawls em relação ao debate sobre políticas públicas em educação, por meio de decisões da Suprema Corte.

Palavras-chave: John Rawls, Amartya Sen, Políticas Públicas de Educação, Desenvolvimento.

Abstract: This work aims to analyze the *ratio decidenda* of the Brazilian Supreme Court (STF) decisions on public education policies in light of John Rawls and Amartya Sen, and their implications on development and inclusion. Does Supreme Court use, directly or indirectly, notions of John Rawls's theory of justice and Amartya Sen's theory of development in decision making? As a hypothesis, it was adopted that the decisions of that Tribunal do not use as grounds any ideas of these theories. The methodology consisted of bibliographic research by literature review on the subject. In addition, the authors analyzed decisions from that Court issued from 2012 related to public policies in education. The results revealed that the *ratio decidenda* of such decisions are aparted from the theory basis of Amartya Sen and John Rawls', confirming the initial hypothesis. The contribution of the article lies in the articulation of the two theorists Amartya Sen and John Rawls in relation to the debate on public policies, through decisions of the Supreme Court on the right to education.

Keywords: John Rawls, Amartya Sen, Public Education Policies, Development.

Sugestão de citação: MENDONÇA, Samuel; MASTRODI NETO, Josué; SAK, Lais Teixeira Barbosa. Desenvolvimento e inclusão às avessas: uma análise dos fundamentos de decisões do STF sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1386>.