

A Análise Econômica do Direito aplicada à judicialização de políticas públicas de acesso à educação infantil pública

Allan Thiago Barbosa Arakaki

<http://orcid.org/0000-0001-7105-8371>

Ricardo Pinha Alonso

<https://orcid.org/0000-0002-4535-4721>

Sandro Marcos Godoy

<http://orcid.org/0000-0001-8749-395X>

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal identificar se a judicialização de políticas públicas de acesso à educação infantil pública encontra guarida dentro das premissas da Análise Econômica do Direito, máxime, em relação aos conceitos de eficiência econômica de Pareto ou de Kaldor-Hicks. Para tanto, utiliza-se da pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e qualitativa, fazendo o emprego do método dedutivo, uma vez que é o mais adequado para atingir os propósitos do presente artigo. Parte-se então aqui da premissa maior com o intuito de contextualizar o leitor, por meio da oferta de informações a respeito do que seja a Análise Econômica do Direito. Após, ingressa-se no direito à educação como direito humano e fundamental, bem como na respectiva judicialização. Por derradeiro, adentra-se ao objetivo deste trabalho, identificando se a judicialização das políticas públicas de acesso à educação infantil encontra eco ou não na Análise Econômica do Direito. A pesquisa, por seu turno, mostra-se relevante, uma vez que cuida de um assunto que chega corriqueiramente à análise do Poder Judiciário, gerando grandes questionamentos a respeito da atuação daquele Poder. Por fim, emprega-se o referencial teórico da Análise Econômica do Direito, focando, por conseguinte, no efeito e nas consequências da judicialização da educação infantil pública.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito à educação infantil pública; vagas em creche; judicialização de políticas públicas; educação básica obrigatória.

Law and Economics applied to the judicialization of public policies of access to public early childhood education

Abstract: The main objective of this article is to identify whether the judicialization of public policies of access to public early childhood education finds shelter within the premises of the Law and Economics, especially in relation to the concepts of Pareto or Kaldor-Hicks economic efficiency. To this end, a bibliographical, jurisprudential and qualitative research is used, employing the deductive method, since it is the most appropriate to achieve the purposes of this article. It starts here from the major premise in order to contextualize the reader by offering information about what is the Law and Economics and, after that, it goes into the right to education as a human and fundamental right, as well as the respective judicialization. Finally, we move on to the objective of this work, identifying whether or not the judicialization of public policies of access to early childhood education finds echoes in the Law and Economics. The research, in turn, proves to be relevant, since it deals with a subject that is routinely brought to the attention of the Judiciary, generating great questions about the actions of the Judiciary. Finally, the theoretical framework of the Law and Economics is employed, focusing, therefore, on the effect and consequences of the judicialization of public early childhood education.

Keywords: Law and Economics; Right to public early childhood education; day care vacancies; judicialization of public policies; compulsory basic education.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo principal identificar se a judicialização de políticas públicas de acesso à educação infantil pública encontra guarida dentro das premissas da Análise Econômica do Direito. Assim, são trabalhados conceitos como de eficiência econômica de Pareto ou de Kaldor-Hicks e se a judicialização promoveria a criação de um outro custo de transação ou não. Enfim, trata-se aqui de um estudo formulado sob o pálio de uma proposta mais utilitarista e pragmática.

Utiliza-se neste trabalho, para tanto, da pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e qualitativa, fazendo o emprego do método dedutivo. Este, por seu turno, mostra-se como o mais adequado e didático para atingir os propósitos do presente artigo, possibilitando então contextualizar o leitor nas premissas gerais até se atingir a premissa concreta e específica, cenário em que se analisará o objetivo principal deste artigo.

Com efeito, parte-se da premissa maior com o intuito de contextualizar o leitor por meio da oferta de informações a respeito do que seja a Análise Econômica do Direito e, após, ingressa-se no direito à educação como direito humano e fundamental. Dentro do tópico referente à educação infantil, inicia-se a abordagem da judicialização de políticas públicas de acesso a ela.

Por derradeiro, adentra-se ao objetivo deste trabalho, identificando se a judicialização das políticas públicas de acesso à educação infantil encontraria eco ou não na Análise Econômica do Direito, buscando apurar se tal instrumento seria, por si só, eficiente sob o enfoque econômico.

A pesquisa, em igual sentir, é relevante, posto cuidar de um assunto que chega corriqueiramente à análise do Poder Judiciário, gerando grandes questionamentos a respeito da atuação daquele Poder, bem como é nitidamente atual, inspirando diversos debates e críticas. Longe de debates lastreados apenas no hermetismo das normas positivadas, o corrente estudo difere em razão do enfoque baseado no *Law and Economics*.

Por fim, emprega-se o referencial teórico da Análise Econômica do Direito, tratando, por conseguinte, do efeito e das consequências da judicialização da educação infantil pública. Utilizam-se ainda noções de eficiência econômica e de custos de transação, típicos daquele referencial teórico, o que denota a necessidade da realização de alguns apontamentos gerais sobre ele a fim de contextualizar o leitor.

Notas sobre a Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito busca desenvolver o Direito e a Economia em uma leitura conjugada e global¹. Em outras palavras, o Direito não seria visualizado, sob esse signo, de forma isolada e hermética, como defendiam os positivistas, mas sim por intermédio de um filtro dentro do qual se parte de uma premissa voltada eminentemente ao caráter pragmático e utilitarista, conforme lembrava Richard Posner².

É cediço que a Análise Econômica do Direito demanda do intérprete um enfoque de pontos voltados aos aspectos consequenciais da ação. Não implica, obviamente, com isso qualquer demérito ao Direito, enquanto ciência, por meio do rompimento do hermetismo clássico, o qual por muito tempo perdurou nas lições dos positivistas clássicos. Não há então nenhum prejuízo ao Direito ou à Economia, enquanto ciências autônomas, com especificidades próprias, o desenvolvimento de uma linha de raciocínio, igualmente científica, porém, cuja *ratio* se relaciona a aspectos mais consequencialistas.

Aliás, a respeito do *Law and Economics*, identifica-se que tal referencial teórico: “[...] agrega uma visão mais rica e plural de determinado fato e ato, perpassando pelos vieses do Direito e da Economia”³. Não se trata de um instrumento aplicável apenas a um ramo específico do Direito e muito menos figura como uma novidade dentro da leitura do Direito, porquanto é possível identificar sua utilização, principalmente a partir de 1960, difundindo-se posteriormente a diversos segmentos do Direito.⁴

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁵ apontam que, na realidade, as diretrizes rudimentares do *Law and Economics* podem ser consideradas desde os estudos de Maquiavel, Hobbes, Locke e do movimento intelectual europeu, durante o século XIX, que pugnou por uma união entre Direito e Economia. Obviamente que a visão que se tinha àquela época era mais singela e precária, contudo, desde séculos passados, já pendia uma necessidade comunicacional entre o Direito e a Economia.

Os referidos autores pontuam ainda que o *Law and Economics* recebeu grande desenvolvimento e propulsão nos Estados Unidos da América, podendo ser descritas quatro fases específicas: a) o lançamento, durante o lapso de 1957 a 1972; b) a aceitação do modelo, entre 1972 e 1980; c) o confronto e debate das bases do referencial teórico mencionado, entre 1980-1982; d) a ampliação do movimento e sua difusão, ocorrida a partir de 1982.⁶

A partir da difusão da Análise Econômica do Direito e sua assimilação paulatina, no Brasil, é possível compreender que, atualmente, encontram-se os seus fundamentos irradiados por diversos segmentos do universo jurídico. Assim, por exemplo, é plenamente possível ler o Direito Penal à luz de uma visão

¹ GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 4, n. 1, pp. 79-102, jan./jun., 2013, p. 81; ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmitificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, pp. 49-68, jul./dez. 2006, p. 50.

² POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 100.

³ ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ROSSIGNOLI, Marisa. O mínimo existencial na promoção do estado de bem-estar social em tempos de pandemia da COVID-19. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, pp. 171-190, 2021, p. 178.

⁴ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 55.

⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2020, p. 8.

⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2020, p. 9.

econômica, como trabalham Renato Maia de Faria⁷ e Gustavo André Olsson⁸, sem qualquer demérito no seu fundamento científico.

Em igual sentir, é possível ler o Direito Privado, sobretudo, os contratos, e o funcionamento do próprio Judiciário e das demais instituições sob o apanágio de um filtro econômico, como destacam Luciano Benetti Timm⁹, Michele Alessandra Hastreiter¹⁰ e Luciana Yeung¹¹. Enfim, é latente que a Análise Econômica do Direito encontra-se em expansão dentro do Direito brasileiro, sendo incorporada gradativamente aos diversos segmentos.

A Análise Econômica do Direito propõe, máxime, a partir dos estudos sobre os custos de transação, falhas de mercado, eficiência econômica, depurar o que seria passível de ser esperado ou não de um determinado indivíduo, grupo social a partir de um cenário declinado¹². O referencial teórico, embora tenha contornos abertos e relacionados ao pragmatismo, predicados atávicos da Economia, possui ele também viés jurídico, o qual não pode ser ignorado.

Vinicius Klein e Guilherme Grando¹³, ao discorrerem sobre a incorporação do raciocínio utilitarista no Direito, asseveram: “No contexto atual, a questão não é mais da incorporação ou não dos argumentos econômicos no raciocínio judicial, mas sim de como o argumento econômico será trabalhado na argumentação judicial”. Inexistem dúvidas, destarte, da importância dos argumentos econômicos na análise judicial, o que leva inevitavelmente à necessidade de uma composição do Direito e da Economia.

Nesse sentido, o princípio fundamental daquele referencial teórico é a teoria da escolha racional, mediante a qual se presume que “os indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, ou, como fizeram os economistas, maximizarem a sua utilidade”¹⁴. Significa dizer que os indivíduos agem para salvaguardar seus interesses pessoais, ou seja, por intermédio de incentivos e desincentivos, o que garante certo grau de previsibilidade das interações sociais.

Imersa na ótica da teoria da escolha racional, depreende-se a própria Teoria dos Jogos, pressupondo a interação de ações entre os participantes, mediante a previsibilidade das vantagens e desvantagens que cada um pode haurir dentro de determinado contexto¹⁵. Para se existir então o jogo, dentro da lógica proposta, parte-se da premissa da possibilidade de interação social e da composição, ainda que parcial, dos respectivos interesses.

Inexiste espaço para a aplicação da Teoria dos Jogos em um contexto de puro conflito, ou seja, em um cenário conflitivo, sem qualquer viabilidade, efetiva ou potencial, de equilíbrio entre os interesses

⁷ FARIA, Renato Maia de. **Teoria econômica do crime: uma visão da Análise Econômica do Direito sobre a criminalidade no Brasil**. Florianópolis: Habitus Editora, 2022, p. 93.

⁸ OLSSON, Gustavo Andre. **Análise Econômica do Direito Penal e Teoria Sistêmica**. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 29.

⁹ TIMM, Luciano Benetti. Função social do contrato. In: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 67-68.

¹⁰ HASTREITER, Michele Alessandra. Ordem Privada. In: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 95-97.

¹¹ YEUNG, Luciana. Jurimetria. In: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 135-136.

¹² POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 57.

¹³ KLEIN, Vinicius; GRANDO, Guilherme. Os argumentos econômicos na argumentação judicial. In: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 143.

¹⁴ CARVALHO, Cristiano; MATTOS, Ely José de. **Análise econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: um caso concreto**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2008, p. 6.

¹⁵ ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. A Análise Econômica do Direito e seus impactos na (in)aplicação do princípio in dubio pro societate. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 24, n. 47, jan./jun., 2022, p. 68.

envolvidos¹⁶. A Teoria dos Jogos, fundada na escolha racional dos indivíduos, pressupõe a possibilidade da composição dos interesses dos indivíduos envolvidos, trabalhando, nesse espaço, com os incentivos e desincentivos às condutas humanas.

Ademais, outros elementos integrantes da própria Análise Econômica do Direito são os conceitos de custo de transação e de eficiência econômica, ambos imprescindíveis na compreensão do referencial teórico aqui abordado. Embora inexista uma noção singular para os custos de transação, podem eles ser compreendidos como “os custos do contrato privado e alguns dos custos para criar e operacionalizar soluções governamentais para problemas”¹⁷.

Sob esse aspecto, José Matias e Ricardo de Arruda¹⁸ lembram que os custos de transação pressupõem a existência de uma relação econômica entre os agentes envolvidos, seja ela real, seja hipotética. Implica compreender, enfim, que os custos de transação se relacionam à busca de um equilíbrio dos interesses dos indivíduos/jogadores, identificando o impacto econômico e, sobretudo, o ônus de determinada conduta analisada.

É possível então observar, dentro da dinâmica do *Law and Economics*, que os custos de transação assumem papel relevante e determinante nas deliberações dos agentes econômicos e dos demais envolvidos, o que interfere, por conseguinte, no remanejamento dos recursos financeiros¹⁹. Levando em consideração a teoria da escolha racional, mostra-se evidente que os custos que implicam determinada conduta e os efeitos esperados ou não dela são imprescindíveis na Análise Econômica do Direito.

Outro conceito utilizado pelo *Law and Economics* e merecedor de apontamentos, ainda que brevemente, é o de eficiência econômica. Esta implica a identificação e a procura do melhor resultado possível, rememorando a fórmula clássica de obter o máximo de proveito com o menor custo diante das alternativas possíveis. É identificável ainda sua assimilação sob o enfoque de duas perspectivas diferentes: a eficiência econômica de Pareto e a eficiência econômica de Kaldor-Hicks.

Nesse passo, a eficiência econômica de Pareto importa a observância de melhorias a todos os *players* envolvidos, inexistindo assim o benefício de um sujeito (indivíduo ou grupo social) em detrimento da situação de outro²⁰. Já, na eficiência econômica de Kaldor-Hicks, segundo Rachel Sztajn²¹: “as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas”.

Veja-se que, na eficiência econômica de Kaldor-Hicks, procura-se o benefício a uma maior quantidade de *players*, ao passo que, na eficiência econômica de Pareto, foca-se o benefício a todos os envolvidos. Evidente que o ideal, sempre que possível, seria a identificação do ótimo de Pareto, o que dependerá, contudo, dos interesses e das circunstâncias envolvidas²².

¹⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2020, p. 45.

¹⁷ MATIAS, João Luís Nogueira; ARRUDA, Ricardo José Brito Bastos Aguiar. Custos de transação como metapolítica pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, vol. 9, nº 1, p. 276-291, abr., 2019, p. 279.

¹⁸ *Ibid.*, p. 283.

¹⁹ POHLMANN, Marcelo Coletto; AGUIAR, Anderson Braga de; BERTOLUCCI, Aldo; MARTINS, Eliseu. Impacto da especificidade de Ativos nos Custos de Transação, na estrutura de Capital e no valor da empresa. **Revista Contabilidade & Finanças**, São Paulo, Edição Especial, p. 24-40, jun. 2004, p. 26.

²⁰ ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. A Análise Econômica do Direito e seus impactos na (in)aplicação do princípio in dubio pro societate. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 24, n. 47, jan./jun., 2022, p. 67

²¹ SZTAJN, Rachel. *Law & Economics*. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

²² ARAKAKI; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 67.

Implica dizer, destarte, que a depender do contexto e da dinâmica envolvida, a eficiência projetada não é necessariamente a de Pareto, dentro da qual todos os players se beneficiam de uma conduta, mas sim a de Kaldor-Hicks, ou seja, a procura de uma maior utilidade a um maior número de beneficiários possíveis.

Tendo em vista que não é objetivo deste artigo exaurir os fundamentos e noções do *Law and Economics*, mas meramente trazer apontamentos para contextualizar o leitor, passa-se a discorrer sobre o direito à educação como direito humano e fundamental – e mais do que isso – verificar se a efetivação do direito à educação encontraria ou não fundamento na Análise Econômica do Direito.

O direito à educação como direito humano e fundamental

O art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, datada de 1948, demonstra o caráter de direito humano do direito à educação. O diploma internacional aponta que toda pessoa possui o direito à educação, além do dever de ela ser gratuita e obrigatória, sem prejuízo da atuação dos pais na participação da educação dos filhos, consoante se depreende do art. 26, §1º, 3º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na linha da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 591/92, estatui o direito humano à educação, fixando ainda a educação primária (educação infantil) como obrigatória e acessível, de forma gratuita, a todos.

Ainda, no plano internacional, verifica-se que a ODS 4 (Objetivo de Desenvolvimento Sustentável) da Agenda 2030, da ONU, promove alusão à educação inclusiva, equitativa e de qualidade. Imperioso observar que a diretriz fixada na Agenda 2030 não trata de qualquer direito humano à educação, ou seja, em um aspecto abstrato e genérico, mas sim de uma educação que satisfaça os predicados concernentes à inclusão, à equitatividade e, principalmente, à qualidade²³.

Na Carta Constitucional brasileira, datada de 1988, estabeleceu-se a educação como direito fundamental no art. 6º. Além disso, previu uma seção específica, dentro do tecido constitucional, para abordar o direito fundamental à educação, o que foi feito a partir do art. 205 e seguintes na CF/88. Na linha do art. 205 da CF/88, fixou-se que se cuida de um direito de todos e dever do ente público e da família, estabelecendo o ensino obrigatório e gratuito dos 4 aos 17 anos (art. 208, I, da CF/88).

Ademais, a Carta Republicana brasileira de 1988 estipula a educação infantil para as crianças até 5 anos (art. 208, V, da CF/88). Significa dizer, por conseguinte, que as crianças menores de 5 anos fazem jus ao direito público subjetivo de acesso às creches públicas a fim de cumprirem o ciclo obrigatório da educação infantil, segundo o texto constitucional (art. 208, §1º, da CF/88).

A propósito, no Recurso Extraordinário 1008166, julgado em 22 de setembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo”²⁴. Logo, é inegável o relevo do direito à educação, dentro do qual está o direito

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Objetivo de desenvolvimento sustentável 4. Educação de qualidade. Brasília, DF: Nações Unidas Brasil, c2022.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1008166**. 1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 22 de setembro de 2022.

ao acesso às creches e à pré-escola, como direito fundamental, protegido como cláusula pétrea, na forma do art. 60, §4º, IV, da CF/88²⁵.

É preciso, nesse ponto especificamente, atentar-se que a efetivação do direito fundamental à educação, em seu aspecto substancial, bem como a estipulação dele em diversos documentos nacionais e internacionais, não digladia com as premissas da Análise Econômica do Direito. Com efeito, inegável que os direitos, sejam eles de qual natureza forem, implicam custos, os quais não se restringem ao impacto orçamentário, mas também a um valor social²⁶.

Implica compreender que alguns direitos, apesar de demandarem custos orçamentários altos, ampliam a riqueza social, passível de tributação pelo ente público²⁷. Sob esse aspecto, figura-se relevante um direito à educação reconhecido e previsto constitucionalmente, em que se busque impelir, dentro de um contexto de razoabilidade e proporcionalidade, o ente público a lhe dar concretude.

A começar, é por intermédio da concretude do direito à educação que se permitirá a edificação de uma sociedade mais justa, solidária e com menor desigualdade social (art. 3º, I, da CF/88). É por meio do direito à educação que, possibilitando às pessoas o acesso a melhores qualificações, empregos e rendas, o ente estatal poderá tributar mais.

Com uma tributação maior, aumenta-se a arrecadação do ente público, possibilitando a efetivação da agenda constitucional e o suprimento das despesas públicas²⁸. A respeito da importância de investir nas áreas sociais que aumentem a base de renda tributária, Stephen Holmes e Cass Sustein sintetizam²⁹:

[...] O investimento público na proteção desses direitos ajuda a aumentar a base tributária da qual depende também a proteção ativa de direitos em outras áreas. É óbvio que o valor de um direito não pode ser avaliado levando-se em conta somente sua contribuição positiva para o produto nacional bruto [...].

A Análise Econômica do Direito, em igual sentir, não foca apenas na questão aritmética, até porque não teria o mínimo de sentido pugnar por um Estado repleto de riquezas econômicas em seus cofres, enquanto a sociedade vivenciasse a penúria extrema. O Estado, como é sabido, não pode e não é um fim em si mesmo. A Análise Econômica do Direito, com sua visão utilitarista, demonstra a necessidade de balanceamento entre os benefícios e os prejuízos envolvidos no cenário.

A partir de um confronto entre os benefícios sociais e os eventuais prejuízos existentes, obviamente, que, ao se estipular uma agenda constitucional voltada à educação, os ganhos suplantam os custos, desde que consolidado nos moldes do que a própria Carta Constitucional reza. Inexiste então qualquer oxímoro em defender a efetividade de um direito fundamental à educação pública, inserido nela a educação infantil, ainda que implique custos ao erário.

Obviamente que, acaso se proveja tal direito na esfera privada, não haveria qualquer imbróglio a ser tratado, posto que não teria lesão ao direito fundamental à educação infantil. O problema surge quando, diante da impossibilidade familiar de providenciar a vaga na esfera privada, tenha ela que ser provida dentro

²⁵ VIEIRA, Andréa Fioroti Zacarias. **O direito à educação básica na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 81-87.

²⁶ HOLMES; Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 10.

²⁷ *Ibid.*, p. 11.

²⁸ ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. Política Fiscal e Extrafiscal como forma de promoção da Justiça Social. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 22, n. 44, pp. 87-101, jul./dez., 2020, p. 91-92.

²⁹ HOLMES; SUSTEIN, *op. cit.*, p. 11.

do ente público respectivo, máxime quando este não as possua em número suficiente para suprir a demanda local existente.

Sob esse aspecto, não se pode olvidar que o art. 211, §2º, da CF/88 estabeleceu a prioridade de atuação dos Municípios na educação infantil, porém não exclusiva. É fato que, embora se pudesse visualizar que o federalismo cooperativo, delineado pela Carta Republicana de 1988, demandasse uma atuação conjugada dos entes federados, quanto aos ciclos da educação básica, o texto constitucional estabeleceu faixas de atribuição de cada ente, o que, contudo, não exclui a atuação dos demais.

Nina Ranieri³⁰ sintetiza: “A partir da ênfase à competência genérica comum, é que se dá a indicação dos níveis de ensino de atuação prioritária, mas não exclusiva para cada esfera de governo, à exceção do federal”. Implica dizer que a atuação de determinado ente na faixa que lhe cabe não exclui a do outro. Enfim, a atuação do Município, no que concerne aos ciclos da educação infantil, não veda ou impossibilita qualquer tipo de colaboração quanto aos demais entes federados³¹.

Apesar de ser compreensível que a atuação de cada ente em uma faixa do ciclo da educação básica não é excludente, o fato é que o art. 211, §2º, da CF/88 tem permitido que a atuação fique apenas nas mãos do ente que deveria agir prioritariamente. Pouco se fomenta do compartilhamento efetivo de ações nas três esferas federadas, com vistas à concretude do direito à educação, sobretudo, do acesso às vagas nas creches e pré-escolas quando a demanda é maior do que o município seja capaz de suprir.

Sob esse vértice, mostra-se imperioso verificar que, diante do cenário do direito à educação como direito fundamental, resta minada a aplicação da Teoria dos Jogos quando se constata a ausência de cooperação efetiva entre os entes federados, o que não se evidencia como benéfico. Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau³² advertem que a dinâmica dos jogos de puro conflito não interessa ao Direito, porquanto não há perspectiva de composição. É necessário então que houvesse um interesse mínimo de satisfação das demandas dos ciclos educacionais obrigatórios de forma compartilhada, inclusive, com assunção de responsabilidades exigíveis.

Aliás, mais do que mero discurso retórico, é crucial tornar o direito à educação efetivo, cujas razões podem ser encontradas na Análise Econômica do Direito. Para tanto, seria desejável que houvesse incentivos na colaboração efetiva entre os entes federados, como ocorre, por exemplo, no jogo da caça ao cervo³³. Neste, os *players* são incentivados a colaborarem para a obtenção de um resultado mais útil, que seria o cervo em razão deste possuir mais carne³⁴.

Veja-se que a dinâmica da caça ao cervo permite que cada caçador aja individualmente, quando então cada um poderia caçar lebres (menos carne) e, por conseguinte, obter um resultado com menor utilidade³⁵. Logo, a cooperação para o resultado mais útil seria o ideal e desejável.

Trazendo essa ideia ao rateio para a atuação dos entes federados, é imprescindível, de fato, reler a distribuição de faixa dos ciclos da educação básica, principalmente, a infantil, a fim de não chancelar as

³⁰ RANIERI, Nina. O direito à educação e as competências dos poucos entes federados no Brasil: complexidade, pouca colaboração, baixa coordenação. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TEREOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 269.

³¹ PUCCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva do possível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 188.

³² Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2020, p. 45).

³³ OLIVEIRA, Fernando Nunes. A caça ao veado e o erro de Waltz. **Revista de Filosofia da Universidade Federal do Piauí**, Teresina, vol. 10, nº 19, pp. 74-89, 2019, p. 87.

³⁴ OLIVEIRA, Fernando Nunes. A caça ao veado e o erro de Waltz. **Revista de Filosofia da Universidade Federal do Piauí**, Teresina, vol. 10, nº 19, pp. 74-89, 2019, p. 87.

³⁵ OLIVEIRA, *loc. cit.*

omissões atávicas, sobretudo, da União, cujo papel de ente uniformizador e central é inegável na qualidade de ente nacional.

O cenário de ausência de um incentivo colaborativo entre os entes federados, além de explicar diversos problemas na efetivação do direito à educação básica pública, evidencia o imbróglio da insuficiência de vagas nas creches, em diversos Municípios. Tal prática institucionaliza as filas administrativas de espera e abre espaço para a judicialização da política pública de acesso à educação básica infantil para aqueles que não se contentam na espera pela resolução administrativa.

Não sendo possível a conquista da vaga da educação infantil nas creches e pré-escolas, parte-se então para a via judicial, submetendo ao crivo do Poder Judiciário, sob o argumento da busca da concretude do direito à educação, a decisão final da política pública educacional. Enfim, feitos os apontamentos sobre a educação, enquanto direito humano e fundamental, discorrido sobre o dever dos entes federados na sua consolidação, mister se faz analisar se a judicialização da política pública de acesso à educação infantil encontra amparo no *Law and Economics*.

A judicialização da política pública de acesso à educação infantil e o oxímoro quanto à efetividade

No caso da judicialização da política pública de acesso à educação infantil, é imprescindível observar se, de fato, tal prática efetiva o direito à educação, na lógica da própria Análise Econômica do Direito, objetivo principal deste artigo. Para tanto, mostra-se necessária a fixação de premissas, principalmente, quando relacionadas a um contexto ordinário de funcionamento e gestação de determinada política pública. Assim, em um quadrante comum, o protagonismo na seleção de políticas públicas cabe aos Poderes Executivo e Legislativo.

Em outras palavras, é atribuição do Poder Executivo e Legislativo discutir entre si e implantar políticas públicas sociais, até mesmo porque é para a implantação da agenda de governo que esses Poderes são eleitos democraticamente e de forma periódica. Evidente, a princípio, que o Poder Judiciário, nessa direção, não possui substrato democrático para discutir e implantar qualquer agenda de governo, posto não ser governo eleito, encontrando-se atrelado ao cumprimento das leis.

A liberdade da implantação da agenda de governo, contudo, não implica arbitrariedade. A intervenção judicial, sob esse prisma, de determinar que o Poder Executivo promova uma política pública representa justamente a judicialização de políticas públicas, retirando o protagonismo (seleção) do Poder Eleito para o Poder não eleito³⁶, o que, no caso da educação, ocorre, sobretudo, quando se cuida de vagas na educação básica infantil pública.

Na Judicialização do acesso à educação básica infantil, justifica-se a determinação para o Executivo Municipal cumprir e providenciar as vagas em creches e pré-escolas, ainda que a municipalidade não disponha delas, sob o fundamento de que se deve efetivar o direito fundamental à educação, devidamente previsto nos tratados internacionais e na Carta Constitucional brasileira de 1988.

Nesse passo, oportuno observar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra, com clarividência, além do argumento de uma falsa efetividade do direito à educação, a necessidade do estabelecimento de vagas na unidade de ensino mais próxima à residência do interessado, o que discrepa totalmente da lógica do *Law and Economics*. A título meramente exemplificativo, citam-se os acórdãos abaixo que muito bem refratam a jurisprudência da Suprema Corte:

³⁶ TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Dragone. A judicialização das políticas públicas e o direito à educação infantil. **Eccos Revista Científica**, São Paulo, n° 48, pp. 295-315, jan./mar., 2019, p. 309-310.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.³⁷

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. PROXIMIDADE DA RESIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO ESTATAL. 1. O acórdão do Tribunal de origem revela-se em dissonância com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que tem dado máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição Federal, assegurando à criança vaga em creche ou pré-escola próxima à sua residência. 2. Agravo interno a que se nega provimento.³⁸

Mediante o argumento de que a efetivação do direito à educação não pode ficar à mercê da agenda de governo, o Judiciário interfere na gestão pública ordinária e determina que o Executivo providencie, em um prazo fixado por aquele, a seu talante, a vaga da creche ou pré-escola para o sujeito interessado, em caso de tutela individual, ou várias vagas, em se cuidando de tutela coletiva. Tal fenômeno de judicialização da política pública divorcia do pensamento utilitarista da Análise Econômica do Direito, uma vez que cria uma externalidade, majorando o custo de transação.

Com efeito, ao se deferir medidas desse jaez, cuja organização primária cabe ao próprio ente federado, demonstra-se a desnecessidade de se observar os procedimentos administrativos do próprio ente, pois é possível, acaso se judicialize o pleito, suplantar os procedimentos administrativos burocráticos. Em síntese, a judicialização possibilita ao interessado respectivo, na realidade, burlar a fila administrativa ou de espera, tomando a prioridade respectiva, em detrimento dos demais que aguardam no âmbito da própria Administração Pública³⁹.

Esse fenômeno fomenta, por óbvio, a judicialização e menospreza a capacidade organizacional e gerencial do próprio Poder Público. Isso implica uma criação de uma externalidade e majora os custos de transação, eis que, na realidade, desorganiza o procedimento encampado pela Administração Pública, por mais precário que seja. Ainda, impende destacar que ocorre com tal movimento a ruptura do cenário natural de gestão de política pública, passando dos Poderes Eleitos (Poder Executivo e Legislativo) para o Poder não eleito, sem qualquer discussão e debate.

A assimetria de informações de que dispõe o Judiciário para decidir a respeito de concessão ou não de vagas em creches municipais e em pré-escolas agrava os custos de transação e cria mais externalidades do que resolve, de fato, o problema em si. Aliás, é necessário rememorar que cerca de 2.698 municípios

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 464143 – São Paulo**. Ementa. [...]. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 15 de dezembro de 2009.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo 1322879 – Distrito Federal**. Ementa. [...]. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11 de outubro de 2021.

³⁹ XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. **Revista Brasileira de Ciência Pública**. Brasília, DF, n. 29, pp. 155-188, maio/ago., 2019, p. 179.

possuem 90% ou mais de seus recursos dependentes da transferência da União e Estados, enquanto outros 1.642 Municípios possuem grau de dependência externa de 80 a 90%.⁴⁰

Apenas 42 Municípios possuem arrecadação de impostos de sua competência que representam mais da metade do total de seus recursos financeiros.⁴¹ A insustentabilidade financeira e administrativa dos próprios municípios denota um grave problema federativo e que agrava mais a partir do momento que se possibilita a um dos entes federados competência para legislar, criando mais custos e ônus a outro ente federado, tal como a questão da obrigatoriedade do fornecimento da vaga em creche e pré-escola mais próxima à residência do interessado.

O art. 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente é de clareza solar ao prever à criança o direito da vaga mais próxima à residência e, além disso, acaso sejam irmãos e frequentadores da mesma etapa educacional, ambos possuiriam o direito de frequentar a mesma escola. Embora louvável o intuito da União em privilegiar o vínculo fraternal e o conforto dos alunos, o fato é que repassou os custos e impactos aos cofres dos Municípios, no caso do ensino infantil, sem qualquer contrapartida financeira para tanto.

Essa distrofia do pacto federativo, propiciando que um ente crie ônus a outro, sem qualquer previsão de auxílio, gera uma externalidade e cria mais custos, eis que banaliza a judicialização de políticas públicas de acesso a vagas. Além disso, torna inaplicável qualquer tentativa de aplicação da Teoria dos Jogos, uma vez que gera um cenário conflitivo ao permitir que um ente federado, ainda que enquanto ente nacional, legisle e crie obrigações que impactam no orçamento do outro ente, sem qualquer estudo do impacto – e pior do que isso- sem qualquer instrumento de auxílio efetivo entre os entes federados.

Sem prejuízo do imbróglio federativo que existe na situação em tela, a judicialização da política pública de acesso à educação infantil se lastreia, em geral, em uma efetividade do direito à educação romantizado. Isso porque, considerando que cada ente federado possui orçamento vinculado, aprovado pelo Legislativo no exercício financeiro anterior, mais especificamente na Lei de Diretrizes Orçamentárias, é evidente que a judicialização de determinada política pública implica a realocação de recursos financeiros.

Significa com isso dizer que, ao invés de se fazer a mudança por intermédio da própria lei orçamentária ou outro instrumento equivalente de debate, simplesmente, o Poder Judiciário determinará que se custeie uma política pública. Essa situação logicamente gera uma subtração do orçamento em um setor e a realocação em outro, determinado pelo Judiciário, até mesmo porque o Executivo não conseguiria criar recursos financeiros em tão pouco tempo.

Impende destacar que a dicotomia que é utilizada, dentro da judicialização de políticas públicas de acesso a vagas em creche e pré-escola, é de longe incongruente, como se o indeferimento do pedido de acesso equivalesse a qualquer chancela de inefetividade do direito à educação. De fato, o direito à educação é humano e fundamental, como, aliás, foi abordado ao longo deste artigo, contudo, é necessário rememorar que o contingenciamento de recursos financeiros é uma realidade, decorrente da lógica.

Por mais que se queira negar a realidade, o fato é que os recursos financeiros de que dispõe o erário são limitados e os gastos são amplos e não se cingem à educação, mas sim a diversos direitos sociais, como saúde, lazer, trabalho, cultura, dentre outros. Não há como simplesmente transformar políticas públicas de acesso à educação infantil que deveriam ser gestadas no âmbito ordinário dos Poderes Políticos em algo

⁴⁰ MALI, Thiago. Quase metade das cidades brasileiras dependem 90% ou mais de repasses. **Poder 360**, Brasília, DF, 18 out. 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/quase-metade-das-cidades-brasileiras-dependem-90-ou-mais-de-repasses/>>. Acesso em: 30 set. 2022.

⁴¹ MALI, *loc. cit.*

instantâneo dentro do Judiciário. Enfim, escolas não se constroem em poucos meses e vagas não se criam instantaneamente, sobretudo, em municípios pequenos, com orçamentos comprometidos.

A prova de que a negação da realidade frustra a efetivação do direito fundamental à educação é o que ocorre no Município de São Paulo. A judicialização do acesso a vagas em creches no Município de São Paulo propicia que, quando da decisão que determina que se providencie a vaga, promova-se a inserção do aluno em uma fila administrativa de espera⁴². Observa-se então que a judicialização não gera necessariamente a satisfação imediata da demanda. Ao contrário disso, em alguns municípios, implica apenas a inserção na fila administrativa de espera.

A respeito do assunto, Salomão Ximenes, Vanessa de Oliveira e Mariana da Silva⁴³ sintetizam: “[...] No Município de São Paulo, portanto, as decisões judiciais liminares que obrigam à matrícula de crianças determinadas têm pouco ou nenhum efeito na política pública em si, ou seja, para além da relação processual individualizada entre as partes”.

Evidentemente que, além dos custos processuais e da movimentação da máquina judicial, a mera judicialização, por si só, não equaciona devidamente a questão, ignorando a complexidade do fato que transcende a resposta simplista e enxuta do senso comum, consistente na mera ausência de vontade política.

Nesse vértice, questões atinentes ao fluxo migratório, ao êxodo populacional, à ampliação da capacidade da zona urbana e rural, são circunstâncias complexas e que são ignoradas com a mera judicialização diante da crença superficial de que se resolverá tal imbróglio pela intervenção de um terceiro. Ignora-se a real dimensão da complexidade do assunto que é muito maior do que o dilema entre efetividade do direito fundamental e a escassez orçamentária somente.

Além da situação do Município de São Paulo, podem se citados os casos do Município de São Bernardo do Campo e de Mauá, onde a judicialização da política pública de acesso a vagas de creche propiciou a solução do problema com o aumento do número de alunos por turmas⁴⁴. Isso representou um número maior do máximo de alunos permitido nas turmas e nas unidades escolares, promovendo a superlotação como medida para o cumprimento imediato do provimento judicial.

É necessário observar então que o direito fundamental à educação preconizado nos tratados internacionais referidos e na Carta Constitucional de 1988 não se reduz ao mero acesso à vaga. Cuida-se sim de um direito que está umbilicalmente vinculado à qualidade educacional, conforme, aliás, é expresso no art. 206, VII, da CF/88. Ao discorrer sobre a educação de qualidade, Marcos Maliska⁴⁵ destaca:

A garantia de qualidade impõe tanto um dever à escola de prestar o ensino com qualidade como um dever ao Estado de fiscalização. Ambas as situações geram um direito ao aluno de exigir uma educação escolar de qualidade, com professores capacitados e qualificados, bibliotecas e laboratórios equipados, enfim, o direito de acesso aos meios necessários para que o processo educacional obtenha êxito.

⁴² XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciência Pública*. Brasília, DF, n. 29, pp. 155-188, maio/ago., 2019, p. 179.

⁴³ XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. *Revista Brasileira de Ciência Pública*. Brasília, DF, n. 29, pp. 155-188, maio/ago., 2019, p. 179.

⁴⁴ RODRIGUES, Rayane Vieira; ROCHA, Janaína Ibiapina da; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; XIMENES, Salomão Barros. Efeito da judicialização da educação infantil em contextos locais: casos de quatro municípios paulistas. *Educação: Teoria e Prática*, Rio Claro, SP, v. 31, n. 64 (2021), 2022, p. 14.

⁴⁵ MALISKA, Marcos Augusto. Da educação, da cultura e do desporto. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (org.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 1968.

Apesar de não haver uma regulamentação do que seja a educação de qualidade, o que é uma falha legislativa, visto que permite maior plexo de subjetivismo do intérprete, é clarividente que o número de alunos por sala de aula se relaciona ao aspecto qualitativo educacional.

Ao alertarem para a superlotação das salas de aula como instrumento para cumprir as decisões que obrigavam a matrícula em creches nos Municípios de Mauá e São Bernardo do Campo, Rodrigues, Rocha, Oliveira e Ximenes⁴⁶ esclarecem: “Isso pode gerar a superlotação de salas e diversos problemas pedagógicos, sendo prejudicial tanto para as crianças como para os profissionais”. Soa inviável defender a salvaguarda da real efetividade de um direito fundamental à educação que se contenta meramente no acesso em detrimento da qualidade.

Acesso e qualidade educacional não podem ser itens excludentes quando se discorre sobre a efetividade do direito humano e fundamental à educação. Ao contrário disso, inexistente efetividade do direito à educação sem o acesso a ela e muito menos há a efetividade constitucional daquele direito sem assegurar a qualidade. Veja-se que acesso e qualidade educacional, a bem verdade, vivem em um cenário de equilíbrio e de complementaridade.

O *Law and Economics*, conforme descrito alhures, procura a melhor eficiência econômica possível em um cenário de escassez de recursos e aumento da demanda. A eficiência econômica buscada, por óbvio, não implica meramente a superlotação de creches, sacrificando com isso a qualidade educacional. Logo, a superlotação de creches ou pré-escolas, como expediente para cumprir os provimentos judiciais, vai de encontro à efetividade do direito à educação e à eficiência econômica de Pareto e de Kaldor-Hicks.

Consoante declinado anteriormente, a eficiência de Pareto ou ótimo de Pareto não se confunde com a eficiência de Kaldor-Hicks. Enquanto no primeiro critério, melhora-se o nível de bem-estar de alguém sem prejudicar o de outros indivíduos⁴⁷, no segundo critério, alguém ficará prejudicado, embora se procure o benefício a um maior número de indivíduos beneficiários⁴⁸. Veja-se que a diferença entre a eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks guarnece, sobretudo, na existência ou não de prejuízo a demais players ou agentes envolvidos na situação.

Dessa maneira, enquanto no critério de eficiência de Pareto, todos os players são beneficiados, de forma que a melhora da situação de um deles não implicará prejuízo a outro, em outro vértice, no critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a melhora da situação de um grupo ou indivíduo acarretará o prejuízo a outro. Não se cuida, enfim, de que um critério seja melhor ou pior do que o outro, mas sim que cada um deles parte de uma premissa diferente, chegando a um resultado.

Sob esse aspecto, é imperioso observar que a judicialização da política pública educacional em tela não corresponde à eficiência de Pareto ou de Kaldor-Hicks. Ao contrário disso, mostra-se ela totalmente ineficiente em todos os aspectos. Com efeito, a superlotação de salas de aula nas creches afasta-se do ótimo de Pareto, eis que propicia a piora do cenário de todos os agentes envolvidos.

Em outras palavras, os alunos ficam em um ambiente pouco produtivo sob o aspecto pedagógico, o que esvazia a razão, inclusive, de estarem na unidade escolar. Os professores, por seu turno, são submetidos

⁴⁶ RODRIGUES, Rayane Vieira; ROCHA, Janaína Ibiapina da; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; XIMENES, Salomão Barros. Efeito da judicialização da educação infantil em contextos locais: casos de quatro municípios paulistas. **Educação: Teoria e Prática**, Rio Claro, SP, v. 31, n. 64 (2021), 2022, p. 14.

⁴⁷ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 64.

⁴⁸ ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. A Análise Econômica do Direito e seus impactos na (in)aplicação do princípio in dubio pro societate. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 24, n. 47, jan./jun., 2022, p. 67.

a um ambiente de maior desgaste físico e emocional, podendo acarretar mais afastamentos para tratamento de saúde. Latente o divórcio dessa prática, portanto, do ótimo de Pareto.

Ademais, quanto à eventual eficiência de Kaldor-Hicks, em igual sentir, esta não é atingida, eis que, embora aparentemente o município tenha garantido o cumprimento do provimento judicial da disponibilização da vaga em creche, o fato é que a qualidade restará prejudicada. Ora, se uma das funções do direito à educação é justamente possibilitar uma formação melhor do indivíduo e com isso lhe possibilitar acesso à renda, não há sentido prejudicar a qualidade daquele direito, comprometendo o futuro.

A prática de que a mera judicialização salvaguarda a política pública educacional é falaciosa e artificial. Longe de representar tal ação o resguardo do direito à educação, gera uma polarização entre o acesso às vagas e a qualidade educacional como se ambas fossem elementos antagônicos. Enfim, o que se observa com tais práticas não é eficiência, mas sim ineficiência.

Conclusão

O direito à educação é um direito humano e fundamental reconhecido pelos tratados internacionais e pela legislação brasileira. É necessário observar, contudo, que a efetividade do direito fundamental ao acesso à educação, dentro do qual se encontra a educação infantil, sofre restrições orçamentárias, as quais não podem ser ignoradas simplesmente por intermédio da judicialização da política pública de acesso às vagas de creches e de pré-escolas.

Sob esse prisma, a Análise Econômica do Direito permite uma compreensão melhor para observar que a efetividade do direito a acesso às vagas nas creches e nas pré-escolas não vai de encontro com o que é defendido por aquele referencial teórico. De fato, a efetividade do direito à educação não se digladiava com o *Law and Economics*, porquanto é por intermédio da educação que se permite ao indivíduo galgar postos sociais mais qualificados, aumentando a renda.

Com a majoração da renda, permite-se ao ente público maior tributação e, com isso, mais recursos para satisfazer os gastos da máquina pública e, principalmente, ampliar a capacidade de consolidação da agenda constitucional. É possível dizer, destarte, que a efetividade do direito à educação é totalmente coerente com as premissas da Análise Econômica do Direito.

A efetividade do direito à educação não se confunde, por outro lado, com a banalização da judicialização das políticas públicas de acesso às vagas em creches municipais e em pré-escolas. Tal prática destoa de uma efetividade concreta do direito à educação. Isso porque, ao permitir que um Poder não eleito, submeta outros Poderes a uma escolha de prioridade política, muitas vezes, simplifica um debate que é muito mais complexo do que a vã alegação da falta de vontade política do Poder Público.

Sob esse aspecto, deve imperar a gestação da política pública de acesso à educação infantil no âmbito próprio, ou seja, nas instâncias políticas. Com efeito, o estabelecimento de políticas públicas necessita de um debate próprio e de uma análise do Executivo e do Legislativo, o que fica comprometido com a mera determinação judicial para providenciar vagas em creche e em pré-escola, esquecendo toda a complexidade que a matéria demanda.

Ademais, a distrofia do funcionamento do federalismo cooperativo consistente na falta de um quadro que permita a aplicabilidade da Teoria dos Jogos, o fluxo migratório e o êxodo populacional são pontos meramente exemplificativos, porém, demonstram que o problema da ausência de vagas em creches não pode ser sintetizado. Significa dizer que o imbróglcio não pode ser resumido na vontade política, ou melhor, na ausência dela, sobretudo, partindo tal análise do Judiciário.

Conveniente perceber que a efetividade do direito fundamental à educação não se satisfaz com o mero acesso, mas também com a qualidade. Decisões que determinam a disponibilização das vagas em poucos meses, longe de resolver o cenário, por vezes, agravam a situação, uma vez que há municípios que cumprem a decisão por intermédio da superlotação das salas de aula. Esta, por sua vez, é totalmente ineficiente economicamente, seja no critério de Pareto, seja no de Kaldor-Hicks, vez que implica prejuízo a todos os sujeitos envolvidos.

Mesmo que se pontue o cumprimento formal pela matrícula do menor na creche ou na pré-escola, utilizando-se do expediente da superlotação em sala de aula, continuar-se-á com o descumprimento do direito à educação. Este não se reduz apenas no acesso, mas alberga aspectos qualitativos que deveriam ser considerados, inclusive, judicialmente na análise de casos desse jaez. A pretexto de artificialmente se salvaguardar o direito do interessado, prejudica-se a coletividade quanto à qualidade, o que demonstra a falácia desse argumento.

Figura-se então como imprescindível visualizar o problema da falta de vagas em creches e pré-escolas de forma mais ampla, dentro das instâncias políticas pertinentes, e, principalmente, mediante a adoção de instrumentos de cooperação entre os entes federados que garantam a efetividade, de fato, do direito fundamental à educação.

A releitura do funcionamento do pacto federativo é imprescindível para uma discussão sobre o déficit de vagas na educação infantil diante de municípios sem orçamento para tanto. Imperioso concluir, destarte, que a mera judicialização das políticas públicas de acesso à educação infantil não é a ferramenta adequada para a solução do imbróglio e, na realidade, somente serve para estender o dilema existente e cuja solução demanda uma visão compartilhada dos entes federados nas instâncias políticas pertinentes.

Referências

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. A Análise Econômica do Direito e seus impactos na (in)aplicação do princípio in dubio pro societate. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 24, n. 47, jan./jun., 2022. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo04.pdf?v=47>. Acesso em: 30 set. 2022.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. Política Fiscal e Extrafiscal como forma de promoção da Justiça Social. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 22, n. 44, p. 87-101, jul./dez., 2020. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/44/downloads/revista_completa.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ROSSIGNOLI, Marisa. O mínimo existencial na promoção do estado de bem-estar social em tempos de pandemia da COVID-19. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 4, p. 171-190, 2021.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 64143 – São Paulo**. Ementa. [...] Garantia estatal de vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do poder executivo. Precedentes. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173342/false>>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo 1322879 – Distrito Federal**. Ementa: Agravo interno. Recurso extraordinário com agravo. Acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência do STF. Vaga em creche ou pré-escola. Proximidade da residência. Obrigação estatal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur454635/false>>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1008166**. 1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 22 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>>. Acesso em: 02 out. 2022.

CARVALHO, Cristiano; MATTOS, Ely José de. **Análise econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: um caso concreto**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2008. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/5sb875z8>>. Acesso em: 16 out. 2021.

FARIA, Renato Maia de. **Teoria econômica do crime: uma visão da Análise Econômica do Direito sobre a criminalidade no Brasil**. Florianópolis: Habitus Editora, 2022.

HASTREITER, Michele Alessandra. Ordem Privada. In: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 91-98.

HOLMES; Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun., 2013. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%2079>>. Acesso em: 30 set. 2022.

KLEIN, Vinicius; GRANDO, Guilherme. Os argumentos econômicos na argumentação judicial. In: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 141-148.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2020.

MALI, Thiago. Quase metade das cidades brasileiras dependem 90% ou mais de repasses. **Poder 360**, Brasília, DF, 18 out. 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/quase-metade-das-cidades-brasileiras-dependem-90-ou-mais-de-repasses/>>. Acesso em: 30 set. 2022.

MALISKA, Marcos Augusto. Da educação, da cultura e do desporto. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (org.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 1968.

MATIAS, João Luís Nogueira; ARRUDA, Ricardo José Brito Bastos Aguiar. Custos de transação como metapolítica pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, vol. 9, nº 1, p. 276-291, abr., 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4786>>. Acesso em: 30 set. 2022.

OLIVEIRA, Fernando Nunes. A caça ao veado e o erro de Waltz. **Revista de Filosofia da Universidade Federal do Piauí**, Teresina, vol. 10, nº 19, p. 74-89, 2019.

OLSSON, Gustavo Andre. **Análise Econômica do Direito Penal e Teoria Sistêmica**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, de 10 de dezembro de 1948. Brasília, DF: Nações Unidas Brasil, [2022]. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 30 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Objetivo de desenvolvimento sustentável 4. Educação de qualidade. Brasília, DF: Nações Unidas Brasil, c2022. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>>. Acesso em: 30 set. 2022.

POHLMANN, Marcelo Coletto; AGUIAR, Anderson Braga de; BERTOLUCCI, Aldo; MARTINS, Eliseu. Impacto da especificidade de Ativos nos Custos de Transação, na estrutura de Capital e no valor da empresa. **Revista Contabilidade & Finanças**, São Paulo, Edição Especial, p. 24-40, jun. 2004. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rcf/article/view/34123/36855>>. Acesso em: 30 set. 2022.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2022.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010

POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007

PUCCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O federalismo cooperativo e a reserva do possível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RANIERI, Nina. O direito à educação e as competências dos poucos entes federados no Brasil: complexidade, pouca colaboração, baixa coordenação. *In*: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TEREOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 269.

RODRIGUES, Rayane Vieira; ROCHA, Janaína Ibiapina da; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; XIMENES, Salomão Barros. Efeito da judicialização da educação infantil em contextos locais: casos de quatro municípios paulistas. **Educação: Teoria e Prática**, Rio Claro, SP, v. 31, n. 64 (2021), 2022. Disponível em: <<https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/educacao/article/view/14610>>. Acesso em: 30 set. 2022.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. *In*: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-84.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Dragone. A judicialização das políticas públicas e o direito à educação infantil. **Eccos Revista Científica**, São Paulo, nº 48, p. 295-315, jan./mar.,

2019. Disponível em: <http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-92782019000100295>. Acesso em: 30 set. 2022.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do contrato. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 63-72.

VIEIRA, Andréa Fioroti Zacarias. **O direito à educação básica na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. **Revista Brasileira de Ciência Pública**. Brasília, DF, n. 29, p. 155-188, maio/ago., 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/SHSsGMztRZgS7XxpmpRNcxm/?lang=pt>>. Acesso em: 30 set. 2022.

YEUNG, Luciana. Jurimetria. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: Justiça e desenvolvimento**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 133-140.