



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA LUÍSA BORGES CARNEIRO

**A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À
EDUCAÇÃO**

SANTA RITA
2021

ANA LUÍSA BORGES CARNEIRO

**A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À
EDUCAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Profa. Dra. Werna Karenina Marques de Sousa

SANTA RITA

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C289i Carneiro, Ana Luísa Borges.

A interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito à educação / Ana Luísa Borges Carneiro. - Santa Rita, 2021.

50 f.

Orientação: Werna Karenina Marques De Sousa.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Direito à Educação. 2. Políticas Públicas. 3. Omissões Estatais. 4. Separação dos Poderes. 5. Reserva do Possível. I. Sousa, Werna Karenina Marques De. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

ANA LUÍSA BORGES CARNEIRO

**A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À
EDUCAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
como exigência parcial para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Profa. Dra. Werna Karenina
Marques de Sousa

Banca examinadora:

Data de aprovação: _____

Profa. Dra. Werna Karenina Marques de Sousa
(Orientadora)

Profa. Dra. Alessandra Danielle Carneiro dos Santos Hilário
(Examinadora)

Profa. Dra. Wania Claudia Gomes Di Lorenzo Lima
(Examinadora)

RESUMO

A presente monografia cumpre o objetivo de investigar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em matéria de concretização do Direito à Educação. Tendo em vista, sobretudo, a Educação constituir um Direito Humano e, também, um Direito Fundamental Social – como bem explicado nas linhas deste trabalho – que, por assim ser, exige efetivação. Desse modo, para além do reconhecimento formal do direito em comento, faz-se necessário compreender as questões do acesso à Educação. Adentra-se, então, na discussão relativa à necessidade de prestações estatais positivas e à implementação de Políticas Públicas pelo Estado, as quais, por sua vez, são as ações práticas que pretendem promover o supramencionado acesso, sendo compreendidas pela doutrina como o objeto primário de satisfação dos Direitos Sociais, entre os quais o Direito à Educação. Ocorre que não raramente os Poderes Executivo e Legislativo, competentes para a efetivação do Direito à Educação, inclusive a partir da implementação de Políticas Públicas, são omissos, gerando possíveis lesões a esse Direito Fundamental. Nestes casos, há a judicialização da Educação e, conseqüentemente, discute-se o controle judicial de Políticas Públicas vinculadas à concretização do referido bem da vida devido a posturas estatais omissivas. Neste recorte, buscar-se-á compreender até que ponto a interferência do Poder Judiciário é legítima. Desde logo, compreende-se que a discussão, neste norte, aprofunda-se e leva em consideração questões como o princípio da Separação dos Poderes, o que, em muitos casos, é o principal argumento para embasar posicionamentos omissivos do Executivo e do Legislativo que desprestigiam a realização do Direito à Educação. Outrossim, ao debater sobre os limites de atuação do Judiciário, fala-se em reserva do possível, a partir da reflexão do seu significado e da sua aplicação pelo órgão jurisdicional. Ademais, para o desenvolvimento deste trabalho, realizou-se uma pesquisa de abordagem qualitativa, de natureza básica e, no que diz respeito aos objetivos, exploratória, por meio do método hipotético-dedutivo. Ainda, quanto aos procedimentos, foi feita uma pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito à Educação; Poder Judiciário; Políticas Públicas; Omissões Estatais; Separação dos Poderes; Reserva do Possível.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS PLANOS INTERNACIONAL E NACIONAL.....	7
2.1 DIREITO À EDUCAÇÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA, A PARTIR DA NORMATIVA INTERNACIONAL	7
2.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO	21
3.1 DIREITO À EDUCAÇÃO E A NECESSIDADE DE PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS.....	21
3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS: MEIO PRIMÁRIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO	23
4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO	29
4.1 MUDANÇA NA CONCEPÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	29
4.2 IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DIANTE DAS OMISSÕES ESTATAIS.....	33
4.3 OBSERVÂNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO PODER JUDICIÁRIO	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

1 INTRODUÇÃO

A afirmação dos direitos humanos compreende, inevitavelmente, a valorização da educação. Trata-se de elemento indispensável à construção de uma sociedade consciente e preocupada com o seu desenvolvimento, seja civil, político, econômico, social ou cultural; a educação perpassa por todas esses âmbitos. Em vista disso, traçou-se o reconhecimento histórico da sua fundamentalidade.

Nesse sentido, a educação está positivada tanto na normativa internacional, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, quanto na ordem constitucional dos Estados; dessa positivação e da indissociabilidade com a dignidade da pessoa humana, é possível depreender que o referido bem da vida é um direito fundamental, necessário, inclusive, ao exercício dos demais direitos. Ainda, é de se notar que a educação constitui o principal meio de emancipação da pobreza e, conseqüentemente, da redução das desigualdades sociais, bem como desempenha papel imprescindível na formação da cidadania.

No Brasil, o art. 6º da Constituição Federal de 1988 insere a educação entre os direitos fundamentais sociais. Além disso, nos artigos 205 a 214 do texto constitucional estão esboçados vários aspectos relacionados à realização desse direito. Encontram-se, por exemplo, os princípios que o orientam, as atribuições de cada ente da Federação, a estrutura dos sistemas de ensino do Brasil e os percentuais mínimos da receita resultante de impostos a serem aplicados pelos referidos entes na manutenção e no desenvolvimento do ensino. O legislador e o administrador público, portanto, devem observância a esses parâmetros, também entendidos como comandos constitucionais. Outrossim, as legislações infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, também dispõem sobre o direito à educação.

Percebe-se que o direito em comento é significativamente formalizado pela normativa internacional e nacional. Entretanto, analisando-se a natureza social dele, faz surgir questionamentos quantos aos meios de efetivação. Nesse ponto, discute-se sobre a indispensabilidade de prestações estatais positivas, adentrando, ainda, na questão da implementação de políticas públicas, entendidas como objeto primário de satisfação dos direitos sociais. Ressalte-se o conceito de política pública apresentado

neste trabalho, qual seja: política pública é um programa de ação governamental formado através de uma série de processos complexos.

Compreendidos esses tópicos, levanta-se, então, o problema das omissões dos Poderes competentes – Executivo e Legislativo – para a realização das ações concretas capazes de efetivar o direito à educação, incluindo a implementação de políticas públicas, visto que nem sempre eles atuam de forma preventiva e espontânea. Entende-se que tal situação pode gerar lesões ao referido direito, ensejando a provocação do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, o trabalho aborda alguns aspectos importantes quando se discute a possibilidade de participação do Judiciário no âmbito da efetivação do direito à educação, quais sejam: a separação dos Poderes, a inafastabilidade da jurisdição e a reserva do possível.

Portanto, tendo em vista que os comandos constitucionais voltados à concretização do direito à educação são dirigidos, precipuamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, a presente monografia intenta desenvolver respostas aos seguintes questionamentos: é possível haver interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito à educação? Se sim, até que ponto é legítima a atuação do referido Poder e quais os argumentos que a justificam? Essa atuação não constituiria violação ao princípio da separação dos Poderes?

Ademais, no que diz respeito à metodologia do presente trabalho, pode-se afirmar que foi feita uma pesquisa, quanto à natureza, básica e, em relação ao objetivo, exploratória. Ademais, para a construção das hipóteses e das respostas às perguntas apresentadas anteriormente, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, bem como foi realizada pesquisa bibliográfica – por meio da análise da literatura científica publicada em forma de livros, revistas, etc. – além de pesquisa documental, empreendida através do exame de leis e normas. Cumpre notar que também foi considerada a jurisprudência pátria.

2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS PLANOS INTERNACIONAL E NACIONAL

Primeiramente, será demonstrado como a educação deve ser considerada um direito fundamental da pessoa humana, tendo como base a sua afirmação em documentos normativos internacionais. Feito isso, passa-se, então, a analisar as principais legislações brasileiras relativas ao direito à educação, com destaque para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

2.1 DIREITO À EDUCAÇÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA, A PARTIR DA NORMATIVA INTERNACIONAL

Ao longo da história, por meio da positivação de instrumentos normativos internacionais e das Constituições nacionais, desenvolveu-se a percepção de que a educação é um direito fundamental da pessoa humana. Nesse contexto, antes de discutir a inclusão da educação em tais diplomas normativos e a sua consequente integração aos direitos fundamentais, faz-se necessário entender a definição desses direitos, também chamados de direitos fundamentais do homem ou direitos fundamentais da pessoa humana:

No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. (SILVA, 2016, p. 180).

Importante ressaltar que a doutrina comumente diferencia “direitos fundamentais” de “direitos humanos”. É amplamente aceito que os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, considerando que o titular desses direitos é invariavelmente o ser humano (SARLET, 2019). No entanto, existe divergência doutrinária quanto à abrangência conceitual envolvendo cada um dos termos. Muitos autores adotam uma posição mais positivista e restrita, entendendo direitos fundamentais (espécie) apenas como os direitos humanos (gênero) que estão positivados na Constituição do Estado nacional, enquanto os direitos humanos são somente aqueles que foram reconhecidos como tal na normativa internacional, é o que argumenta Ingo Wolfgang Sarlet:

De acordo com o critério aqui adotado, o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal. (SARLET, 2019, p. 390- 391).

Contudo, há quem defenda uma concepção mais extensiva acerca do tema. Para Fábio Konder Comparato (2013) os direitos humanos são inerentes à própria condição humana, independentemente de reconhecimento oficial pela autoridade competente. Nesse sentido, embora seja inegável a segurança que tal reconhecimento confere às relações sociais, o fundamento para a vigência dos direitos humanos reside na consciência ética coletiva (COMPARATO, 2013). Sobre a distinção elaborada pela doutrina jurídica germânica entre direitos humanos e direitos fundamentais, o supramencionado autor descreve:

Estes últimos [direitos fundamentais] são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior do Estado quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. (COMPARATO, 2013, p. 112).

Nessa mesma linha, ao tratar sobre o direito à educação, Monica Herman Salem Caggiano expressa:

É direito fundamental porque, de uma banda, consubstancia-se em prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da exigência de dignidade, e, de outra, porque é reconhecido e consagrado por instrumentos internacionais e por Constituições que o garantem. (CAGGIANO, 2009, p. 22).

Desse modo, tendo como referência tal abordagem sobre o alcance dos direitos fundamentais, isto é, direitos que salvaguardam a dignidade do ser humano e estão positivados no plano nacional e internacional, é possível demonstrar que o direito à educação é, além de um direito humano, um direito fundamental, tendo em vista não unicamente a sua inserção na Constituição de determinado Estado, mas também em documentos normativos de direito internacional.

Assim, pode-se trilhar a evolução do interesse do homem em relação à sua educação, até a inclusão desta na categoria de direito fundamental, a partir da análise dos instrumentos normativos internacionais, pontuando alguns marcos da trajetória

histórica dos Direitos Humanos, vez que esta é uma indicadora da clara preocupação dos mais conscientes dos homens com a sua instrução, como bem observa Caggiano (2009). Nessa perspectiva, a autora (2009) faz menção ao preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no qual já se observa a importância conferida à emancipação intelectual e política do homem.

Outrossim, a Constituição Francesa de 1848 trata, de forma mais direta, sobre a educação, a exemplo do seu art. 13, que aborda o ensino primário gratuito e a educação profissional: “A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito, a educação profissional [...]” (COMPARATO, 2013, p. 320), embora, aduz Comparato (2013), a orientação do ensino público seja voltada para o mercado de trabalho, e não para a formação do cidadão.

Ainda, a Constituição da República Alemã de 1919, também chamada de Constituição de Weimar, conhecida por ser a precursora do constitucionalismo social junto com a Constituição Mexicana de 1917, devido à inclusão dos direitos de segunda geração (ou dimensão)¹ em seu texto, prevê expressamente o direito à educação. O Capítulo IV é dedicado ao tema “Educação e escola”, contendo nove artigos, e faz parte do Livro II, que cuida dos “Direitos e Deveres do Cidadão Alemão”.

Ademais, em 10 de dezembro de 1948 foi adotada e proclamada, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da resolução 217 A (III), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), instrumento normativo de extrema importância para a afirmação dos direitos da pessoa humana, aí incluído o direito à educação. Como ensina Maria Creusa de Araújo Borges (2015), a Declaração de 1948 representa o registro histórico, político e jurídico de aversão às atrocidades violadoras dos direitos humanos cometidas por Estados totalitários no âmbito da Segunda Guerra.

Nessa linha, a Declaração supra assinala a construção de uma nova ordem mundial, fundamentada na garantia dos direitos da pessoa humana e baseada

¹ São os direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem uma prestação positiva do Estado. Fernando Borges Mânica elucida: “Os direitos de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Foram consagrados a partir da influência da doutrina socialista e da teoria social da Igreja, como consequência da grave crise social advinda do período de industrialização, no século XIX. Partem das noções de igualdade e liberdade formais, trazidas pela primeira dimensão de direitos fundamentais, e traduzem primordialmente os direitos que, para serem concretizados, impõem ao Estado o dever de atuar positivamente, de modo a intervir na ordem econômica e social. Por isso são também denominados de direitos prestacionais, os quais são classificados pela doutrina em (i) direitos à proteção, (ii) direitos à organização e procedimento e (iii) direitos prestacionais em sentido estrito ou, simplesmente, direitos fundamentais sociais.” (MÂNICA, 2007, p. 175).

juridicamente na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU)², a qual orienta o processo de formulação dos instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos. Assim, a DUDH deve ser assimilada a partir dos princípios, objeto e propósitos sustentados na Carta da ONU (BORGES, 2015). Dito isso, é importante frisar que, não obstante a Carta demonstrar clara preocupação com a promoção e proteção dos direitos humanos, ela não os definiu, tratando-os de maneira genérica. Diante disso, a Declaração de 1948³ foi responsável por sanar tal problema, explicitando quais seriam esses direitos humanos salvaguardados na Carta de São Francisco.

Outro ponto sobre a DUDH que merece destaque é a sua natureza jurídica. Como mencionado anteriormente, a Declaração foi constituída sob a forma de resolução, o que provoca debate doutrinário quanto à sua força jurídica, vez que, em regra, os instrumentos de direito internacional com força obrigatória são, segundo Borges (2015), os tratados, as convenções e os pactos, não as resoluções. Estas costumam ter um caráter apenas recomendatório e, portanto, não vinculante. Jorge Miranda aborda o assunto e apresenta algumas teorias da doutrina:

Em si, como acto [sic] de Direito Internacional, o valor da Declaração Universal não sofre dúvidas. Não é um tratado ou convenção, pois aprovada sob a forma de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, não vinculativa para os Estados (art. 10º da Carta). O que resta saber é se o conteúdo da Declaração não pode ser desprendido dessa forma e situado noutra perspectiva.

Parte da doutrina contesta tal possibilidade, por não atribuir às cláusulas da Declaração senão o valor de recomendação. Outros, pelo contrário, vêm [sic] nela um texto interpretativo da Carta, pelo que participaria da sua natureza e força jurídica. E há ainda aqueles que perscrutam nas proposições da Declaração a tradução de princípios gerais de direito internacional. (MIRANDA, 2008, p. 17-18).

A primeira teoria, que considera o valor das normas contidas na Declaração Universal como meramente recomendatório, é rechaçada por grande parte da doutrina, tendo em vista, sobretudo, a relevância mundial desse documento. Para Borges (2015), não se pode minimizar o valor jurídico da Declaração de 1948:

A interação interpretativa entre a Declaração e a Carta da ONU e outros instrumentos constitutivos de organizações internacionais e de base convencional, além de sua incorporação nos ordenamentos jurídicos estatais,

² Tratado, de natureza *sui generis*, que fundou as Nações Unidas, tendo entrado em vigor em 24 de outubro de 1945.

³ A Declaração foi elaborada, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos, por um comitê de redação composto por oito membros, quais sejam: Austrália, Chile, China, Estados Unidos da América, França, Líbano, Reino Unido e União Soviética.

indica a posição de destaque da DUDH no sistema normativo internacional e nacional relativo aos direitos humanos. (BORGES, 2015, p. 224).

Comparato vai além, considerando os direitos previstos na DUDH como normas *jus cogens*:

Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). (COMPARATO, 2013, p. 417).

Importa saber que, independentemente da teoria adotada, com exceção da teoria da recomendação, ao longo das décadas, a sociedade internacional avançou para não mais considerar as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos como meras recomendações, sem qualquer valor normativo, conferindo a esse instrumento internacional força juridicamente vinculante (PEREIRA; FREITAS, 2018). Atualmente, é indiscutível a importância da Declaração para a internacionalização dos direitos da pessoa humana.

Feitas essas breves considerações, necessárias para demonstrar a relevância da DUDH, passamos a analisar como ela prevê o direito à educação, matéria deste trabalho. Nos artigos 22º a 26º estão presentes os direitos econômicos e sociais, “exigências elementares de proteção às classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados” (COMPARATO, 2013, p. 421), entre os quais o direito à educação. O artigo 26º dispõe:

Artigo 26º

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos. (ONU, 1948, online).

Destaque-se o reconhecimento da titularidade do direito à educação a todo ser humano, a gratuidade da educação, ao menos nos graus elementares e fundamentais, a obrigatoriedade da instrução elementar, além da igualdade de acesso aos estudos superiores. Outra disposição importante é referente às finalidades da instrução, como o pleno desenvolvimento da personalidade humana, o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais e o auxílio nas atividades das Nações Unidas

em prol da paz. Ainda, a presença da família é observada quando a Declaração confere prioritariamente aos pais a escolha do gênero de instrução que seus filhos receberão.

Outro marco importante para a afirmação do direito à educação no plano internacional foi a adoção, em 14 de dezembro de 1960, da Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino⁴, pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura (UNESCO). Tem-se, então, um documento normativo internacional sob a forma de convenção, o qual foi elaborado à luz da Constituição da UNESCO e da Declaração de 1948.

Nesse sentido, atentando-se para os preceitos da DUDH, mormente à proclamação da educação como um direito de todos, a Convenção regulamenta, entre outras disposições:

Artigo IV

Os Estados Partes na presente Convenção comprometem-se além do mais a formular, desenvolver e aplicar uma política nacional que vise a promover, por métodos adaptados às circunstâncias e usos nacionais, a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de ensino, e principalmente:

a) tornar obrigatório e gratuito o ensino primário; generalizar e tornar acessível a todos o ensino secundário sob suas diversas formas; tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais; assegurar a execução por todos da obrigação escolar prescrita em lei;

b) assegura em todos os estabelecimentos públicos do mesmo grau um ensino do mesmo nível e condições equivalentes no que diz respeito à qualidade do ensino dado;

[...].

Artigo V

Os Estados Partes na presente Convenção convêm em que:

a) a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais e que deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações. Todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades nas Nações Unidas para a manutenção da paz;

[...]. (UNESCO, 2003, p. 4).

Outrossim, em 1966, foi aprovado, pela Assembleia Geral da ONU, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁵. Esse instrumento internacional tem como base os princípios enunciados na Carta da ONU e os ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dessa forma, o direito à

⁴ No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto legislativo nº 40, de 1967, e promulgada pelo Decreto nº 63.223, de 6 de setembro de 1968.

⁵ Oportuno dizer que o Pacto foi ratificado pelo Brasil, em 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

educação também é contemplado pelo PIDESC, abrangendo, inclusive, aspectos não enfatizados na DUDH (BORGES, 2015).

Além dos instrumentos já citados, o direito à educação encontra previsão em vários outros documentos internacionais, a exemplo da Recomendação sobre a Educação para a Compreensão, a Cooperação e a Paz internacionais e a Educação relativa aos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 1974; da Convenção sobre os Direitos da Criança⁶, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989; e da Declaração Mundial sobre Educação para Todos, aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos em 1990.

Por todo o exposto, depreende-se que a normativa internacional reconhece a educação como um direito pertencente a todos, essencial ao pleno desenvolvimento do indivíduo e à convivência em sociedade. Sendo assim, é possível considerá-lo um direito fundamental da pessoa humana, pois, além de positivado na esfera constitucional dos Estados, entre os quais o Brasil, como será discutido mais adiante, também é amplamente garantido em documentos de direito internacional.

2.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Demonstrada a fundamentalidade do direito à educação a partir da normativa internacional, iremos agora analisar como a ordem constitucional brasileira trata do assunto. Interessante observar que a “Constituição Cidadã”, como é chamada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é a mais robusta no tocante à proteção e à promoção do direito à educação. Com efeito, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

Relembre-se que a educação foi merecedora de expressa previsão constitucional já na Carta Imperial de 1824, que, no seu art. 179, XXXII, previa o direito à instrução primária e gratuita para todos os cidadãos. Embora a supressão de tal direito do texto constitucional em 1891, a contar de 1934 o direito à educação passou a figurar de forma contínua e progressiva, em termos quantitativos e qualitativos, nas demais Constituições, ainda que com alguma variação, até alcançar, pelo menos em termos de quadro evolutivo nacional, o máximo nível de regulação constitucional na atual Constituição Federal. (SARLET, 2019, p. 857).

⁶ A referida Convenção foi ratificada pelo Brasil, em 24 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

De fato, a educação é reconhecida como um direito fundamental social no art. 6º da Constituição de 1988⁷ e encontra regulamentação nos arts. 205 a 214. O art. 6º do texto constitucional faz parte do capítulo II, que cuida dos direitos sociais e integra os direitos e garantias fundamentais. A seu turno, os arts. 205 a 214 constam no capítulo III do título relativo à Ordem Social. É de se destacar a relevância do direito à educação ser reconhecido como um direito fundamental pela Constituição nacional:

Tal como nos documentos internacionais que serviram de inspiração à Constituição de 1988, deve ser ressaltada a relevância dos direitos fundamentais como um todo na ordem jurídica vigente, reconhecidos como valores supremos da ordem constitucional, fonte legitimadora e razão de ser do próprio sistema jurídico. (DUARTE, 2007, p. 695).

Também vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais, dentre os quais a educação, têm como base o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o art. 1º, III, da Lei Maior. Ainda, a efetivação do direito à educação guarda forte relação com os objetivos fundamentais prescritos no art. 3º, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) (BRASIL, 1988), por exemplo, é necessário que seja oportunizado àqueles que a constituem uma adequada educação.

Ademais, o art. 205 da CRFB/88 consagra a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, além de impor à sociedade a colaboração na sua promoção e de definir a sua finalidade, qual seja: “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988, online). Cabe sublinhar que o constituinte não se preocupou apenas com a formação do indivíduo para o mercado de trabalho, mas também com o desenvolvimento integral das suas capacidades e com a sua preparação para o exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, fator indispensável para uma apropriada inserção na vida pública.

Em seguida, o art. 206 elenca os oito princípios norteadores do ensino:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

⁷ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).” (BRASIL, 1988, online).

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
 V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
 VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
 VII - garantia de padrão de qualidade.
 VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
 IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020). (BRASIL, 1988, online).

Tais princípios detêm muita importância, “pois são os verdadeiros alicerces que mantêm ordenados todos os níveis da educação nacional, bem como dão sustentação e validade a todas as políticas públicas educacionais” (BRADBURY, 2013, p. 53). Assim, são esses princípios constitucionais da educação brasileira que justificam a implementação de ações governamentais responsáveis por exteriorizar medidas concretas em defesa do direito à educação.

Outrossim, os incisos do art. 208 contemplam as garantias a serem cumpridas pelo Estado quando da efetivação do seu dever com a educação, a exemplo da obrigatoriedade e da gratuidade da educação básica dos quatro aos dezessete anos de idade, assegurada sua oferta àqueles que não tiveram acesso na idade própria (inciso I) (BRASIL, 1988). Aliás, antes da Emenda Constitucional nº 59, de 2009, a obrigatoriedade se estendia apenas ao ensino fundamental, com a referida emenda foi que o ensino obrigatório passou a compreender a educação básica dos quatro aos dezessete anos de idade. Destaque-se que, de acordo com o art. 4º, I, a, b, c da Lei nº 9.394, de 1996, com redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013, a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade abrange a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio (BRASIL, 1996)

Ainda no art. 208, o § 1º qualifica o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como um direito público subjetivo, o que significa dizer, nas palavras de Clarice Seixas Duarte:

Trata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo). O interessante é notar que o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder

estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve. (DUARTE, 2004, p. 113).

Desse modo, o detentor de um direito público subjetivo tem a capacidade de exigir do Poder Público a prestação desse direito. Além disso, cuida-se de um direito individual vinculado ao bem comum, isto é, um interesse individual em harmonia com o interesse público. No caso do ensino obrigatório e gratuito, o interesse público se traduz, especialmente, no fato da educação constituir “um meio de inserir as novas gerações no patrimônio cultural acumulado pela humanidade, dando-lhe continuidade” (DUARTE, 2004, p. 115).

Ademais, quando o direito público subjetivo a ser exigido é relativo ao campo educacional, tem-se, além de um direito individual, um direito social, o que requer especial atenção. Sobre o tema, Duarte explica:

É evidente que se as condições de efetivação dos direitos sociais dependem de ações estatais concretas, sem as quais o programa social neles contido não se realiza, isso significa que a sua plena satisfação extrapola o nível da satisfação individual do direito (a determinação judicial da abertura de uma vaga em uma escola pública, por exemplo). [...]. A figura do direito público subjetivo, quando utilizada para proteger um bem que é ao mesmo tempo individual e social, deve se prestar à exigibilidade do caráter coletivo de tais direitos, ou seja, à exigibilidade de políticas públicas. (DUARTE, 2004, p.115-116).

Portanto, defende-se que o ensino obrigatório e gratuito pode ser cobrado individualmente, visando atender à necessidade de determinada pessoa, mas, em razão do seu cunho social, também é possível demandar do Estado o cumprimento ou a implementação de medidas direcionadas à coletividade, materializadas por meio de políticas públicas⁸. Ainda, ressalte-se que, por expressa previsão constitucional, o não-oferecimento ou a oferta irregular do ensino obrigatório pelo Poder Público importará a responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º) (BRASIL, 1988).

Dando continuidade ao exame dos dispositivos da Constituição Federal, o art. 211, *caput*, estabelece o regime de colaboração para a organização dos respectivos sistemas de ensino da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. À União compete a organização do sistema federal de ensino e o dos Territórios, bem como o financiamento das instituições de ensino público federal (art. 211, § 1º). Também cabe à União exercer função redistributiva e supletiva, para garantir a

⁸ Essa discussão sobre a participação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas é complexa e será melhor abordada mais adiante.

equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino, por meio de assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, § 1º). Quanto aos Estados e ao Distrito Federal, estes atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º). Os Municípios, por sua vez, atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º) (BRASIL, 1988).

O art. 212, *caput*, c/c art.167, IV⁹, por sua vez, fixa o percentual mínimo da receita resultante de impostos, incluída a proveniente de transferências, a ser aplicado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios na manutenção e desenvolvimento do ensino. Para União, tal percentual é de dezoito por cento; para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de vinte e cinco por cento (BRASIL, 1988). A vinculação constitucional de receita é importante para a efetivação do direito à educação, pois, na qualidade de direito social, ele requer uma prestação positiva do Poder Público, o que demanda recursos. Ainda, quando se estabelece um percentual mínimo da receita para aplicação nas ações em prol do ensino, força-se, até certo ponto, os entes federativos a cumprirem com seu dever em relação a essa matéria.

Além disso, as competências legislativas também merecem destaque. A União possui competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CRFB/88) e competência concorrente à dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação, fazendo-o por meio de normas gerais (art. 24, IX, § 1º, da CRFB/88) (BRASIL, 1988). Nesse contexto, Nina Beatriz Stocco Ranieri (2009) observa que a competência legislativa dos Estados e dos Municípios é restrita, pois remanescente, visto que esses entes federativos apenas baixam normas complementares para os seus sistemas de ensino. Entretanto, considerando que os Estados legislam sobre a educação concorrentemente com a União, em caso de inexistência de lei federal sobre normas gerais, eles poderão exercer competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades (art. 24, § 3º, da CRFB/88) (BRASIL, 1988).

Expostos esses pontos acerca da previsão constitucional do direito à educação, faz-se necessário comentar sobre duas legislações infraconstitucionais de extrema relevância para a área educacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),

⁹ O referido dispositivo excetua a vedação constitucional de vinculação de receita de impostos no que se refere à destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino.

Lei nº 8.069/90, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9.394/96.

O ECA, ou a Lei nº 8.069/90, destina-se à proteção da criança e do adolescente, estando em consonância com o art. 227 da Carta Magna, como é possível perceber:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (BRASIL, 1988, online).

Sobre o direito à educação, este é previsto no *caput* do art. 53 do Estatuto, o qual, no mesmo sentido do texto constitucional, estabelece como finalidade da educação o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, o preparo para o exercício da cidadania desses indivíduos e a qualificação para o trabalho. Destaque-se que a referida lei não apenas reafirma o disposto na Constituição de 1988, mas também traz novas garantias, como o acesso à escola pública e gratuita próxima à residência do educando (art. 53, V, da Lei nº 8.069/90) (BRASIL, 1990).

Outra novidade proporcionada pelo ECA é a criação do Conselho Tutelar, que, segundo definição do art. 131 da Lei em comento, “é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei” (BRASIL, 1990, online). No tocante à educação, o órgão pode, por exemplo, requisitar serviços públicos (art. 136, III, “a”) (BRASIL, 1990). Nessa perspectiva:

[...] o Conselho Tutelar, atuando administrativamente, sem a necessidade de intervenção do aparato judicial, dispõe de competência legal para garantir o direito à educação, no que tange ao acesso e permanência na escola. Por se tratar de um órgão que representa a própria sociedade, que inclusive escolhe os conselheiros que irão atuar pelo período de quatro anos (artigo 132), supõe-se que se trate de instituição muito mais acessível do que o Poder Judiciário e mesmo o Ministério Público. (MOREIRA; SALLES, 2015, p. 188).

Assim, para além do Poder Judiciário e do Ministério Público, tem-se um órgão capaz de contribuir para a efetivação do direito à educação. Porém, como explicam Moreira e Salles (2015), se a atuação administrativa do Conselho Tutelar não for suficiente para concretizar os direitos educacionais protegidos pelo Estatuto, ele próprio prevê a possibilidade de reclamá-los judicialmente, mediante todas as

espécies de ações pertinentes (art. 212, *caput*) (BRASIL, 1990). Nesse sentido, podemos citar as ações de responsabilidade, cabíveis, de acordo com o art. 208 do ECA, em caso de não oferecimento ou oferta irregular:

- [...]
 I - do ensino obrigatório;
 II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
 III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)
 IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
 V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental.
 [...]. (BRASIL, 1990, online).

Vale destacar que o art. 208, § 2º, da Constituição Federal¹⁰ também estabelece a responsabilização das autoridades competentes diante do não oferecimento ou da oferta irregular do ensino obrigatório, mas se limita a ele, sem abranger as demais opções vislumbradas na Lei nº 8.069/90 (MOREIRA; SALLES, 2015). Em linhas gerais, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um importante instrumento quando se fala em reconhecimento do direito à educação na legislação brasileira. Além de corroborar com as disposições constitucionais, essa Lei acrescenta novos mecanismos e garantias relativos à materialização do direito educacional.

Quanto à Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, também é possível encontrar similaridades com a Constituição Federal de 1988. Da mesma forma que a Lei Maior, a LDB reconhece, em seu art. 2º, a educação como um dever do Estado e da família, que tem por finalidade “o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996, online). Além disso, os princípios do ensino nacional também se fazem presentes na supracitada Lei (*vide* art. 3º), a maioria, inclusive, no mesmo sentido dos previstos no art. 206 da Constituição Federal.

Um ponto importante do Estatuto diz respeito ao título V. Ele dispõe sobre os níveis e modalidades de educação e ensino, regulando desde a educação básica, formada pela educação infantil (creche e pré-escola), ensino fundamental e ensino

¹⁰ Lembrando: “Art. 208. [...] § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.” (BRASIL, 1988).

médio (art. 21, inciso I), até a educação superior, passando, ainda, pela educação especial (BRASIL, 1996).

Outra questão abordada pela LDB diz respeito aos recursos financeiros, o art. 68 expõe as fontes dos recursos públicos que serão destinados à educação. O art. 69, *caput*, por sua vez, reafirma os percentuais mínimos da receita resultante de impostos, os mesmos dos delimitados no art. 212, *caput*, da CRFB/88, que deverão ser aplicados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Em suma, não pretendemos esgotar a análise dos dispositivos da Lei nº 9.394/96, tendo em vista que várias são as áreas, dentro do campo educacional, regulamentadas por ela. O importante, nesse momento, é que ficou evidenciado o forte respaldo legal do direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as disposições da Constituição Federal de 1988 em conjunto com as principais leis infraconstitucionais sobre o tema. Também foi possível perceber que várias são as obrigações relativas a esse direito impostas aos entes da Federação.

3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Neste capítulo será melhor demonstrada a consequência prática do reconhecimento da educação como um direito fundamental social. Aborda-se, inicialmente, a necessidade de prestações estatais positivas. Outrossim, por dizer respeito a um direito de todos e que requer essa atuação proativa do Estado, impõe-se a necessidade de ações coordenadas. Discute-se, então, sobre políticas públicas, objeto primário de concretização dos direitos sociais.

3.1 DIREITO À EDUCAÇÃO E A NECESSIDADE DE PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS

Primeiro, cumpre destacar que a Constituição, ao reconhecer o direito à educação como um direito fundamental, vincula o Estado à sua efetivação, o que faz surgir uma situação jurídica. Há, assim, uma relação obrigacional entre o Estado e o cidadão, titular de um direito subjetivo (CANELA JUNIOR, 2010).

Compreendido isso, note-se que o direito à educação está inserido, especificamente, no rol de direitos (fundamentais) sociais, o que provoca algumas implicações próprias dessa categoria de direitos. Nessa perspectiva, ao se referir aos direitos sociais, Silva (2016, p. 288) explica: “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”. Percebe-se, portanto, que a existência desse caráter prestacional no campo dos direitos sociais está atrelada a uma atuação positiva (ou a uma conduta comissiva) do Estado, sem a qual tais direitos não se concretizam.

É importante observar que a efetivação dos direitos sociais possibilita às pessoas desfrutarem de fato e de forma menos desigual dos direitos individuais. Apenas através do acesso a direitos garantidores de condições de existência digna aos grupos mais vulneráveis, como é o caso dos direitos sociais, é que os direitos básicos de liberdade irão alcançar a todos. Nessa linha, Silva aborda o assunto:

[Os direitos sociais] tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que,

por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2016, p. 288-289).

Maria Paula Dallari Bucci (2006) também discute o tema e exemplifica como o direito à educação, na qualidade de direito social, proporciona a realização do direito individual à livre manifestação de pensamento, veja-se:

[...] os direitos sociais [...] são, se assim se pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações constitucionais o direito à educação. (BUCCI, 2006, p. 3).

Além disso, como comentado anteriormente, a própria Constituição de 1988, em seu art. 205, anuncia a educação como um direito de todos e um dever do Estado, o que, coadunado com a implicação do reconhecimento do direito à educação como um direito fundamental social, não deixa dúvidas quanto à necessidade de prestações estatais positivas, com vistas à plena efetivação desse direito. Nessa lógica:

A norma, assim explicitada – “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]” (arts. 205 e 227) –, significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); [...] e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. (SILVA, 2016, p. 317).

Ainda, Clarice Seixas Duarte (2007) chama atenção para o acolhimento pela ordem constitucional brasileira de objetivos e princípios próprios não só de um Estado Democrático de Direito, mas também de um Estado Social, tais quais a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que estão entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 1º, III e IV, da Constituição de 1988. Além disso, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais constituem objetivos fundamentais da República, conforme o art. 3º, III (BRASIL, 1988). A autora argumenta que a recepção desses pressupostos de natureza social pela Constituição brasileira dita: “não apenas o respeito aos direitos individuais (liberdade de expressão, direito de voto, direito de ir e vir), como também a realização de direitos sociais” (DUARTE, 2007, p. 694).

Na mesma esteira, Ingo Wolfgang Sarlet explica:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. (SARLET, 2012, p. 62).

Mais à frente, o referido autor conclui o pensamento e afirma o que vem sendo defendido aqui.

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. (SARLET, 2012, p. 62).

Pelo exposto, inegável a necessidade de intervenção estatal proativa, não no sentido de tolhimento dos direitos de liberdade, e sim para permitir a fruição dessa categoria de direitos a todos, a partir da igualdade real proporcionada pela efetivação dos direitos sociais. Desse modo, sabendo a importância dos direitos sociais, tanto para a concretização dos direitos individuais quanto para a realização do modelo de Estado Social e Democrático de Direito que a Constituição brasileira instituiu, além da própria natureza jurídica dos direitos sociais, isto é, de direitos fundamentais, é preciso colocá-los em prática.

3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS: MEIO PRIMÁRIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Já que uma postura abstencionista do Estado não é suficiente para a realização dos direitos sociais, surge a necessidade de criação e implementação de políticas públicas. Nesse sentido:

Assim, como decorrência da adoção do modelo de Estado social, impõe-se aos poderes públicos uma série de tarefas tendentes à realização de finalidades coletivas – as quais não se limitam à produção de leis ou normas gerais (como ocorre no Estado de direito liberal); tampouco à garantia de participação popular no processo de tomada de decisões (exigência do Estado democrático de direito). No Estado social de direito, é a elaboração e a implementação de políticas públicas – objeto, por excelência, dos direitos sociais – que constituem o grande eixo orientador da atividade estatal, o que pressupõe a reorganização dos poderes em torno da função planejadora, tendo em vista a coordenação de suas funções para a criação de sistemas públicos de saúde, educação, previdência social etc. (DUARTE, 2007, p. 694).

Assim, um Estado constitucionalmente comprometido com a justiça social realiza políticas públicas, vez que estas funcionam como um meio primário de concretização de direitos sociais, entre os quais o direito à educação. Nessa lógica, Bucci (1997, p. 90) afirma: “O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, [...], que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado”.

Dito isso, faz-se necessário conceituar políticas públicas. Primeiro, porém, é preciso comentar que esse tema se reveste de caráter interdisciplinar. Logo, as áreas que estudam a temática terão diferentes abordagens ao tentar construir um conceito. Aliás, em razão da complexidade do assunto, existem, dentro do próprio meio jurídico, entendimentos variados. Em que pese tal variação, “de modo geral, os estudiosos do direito tratam as políticas públicas como meios para a efetivação de direitos de cunho prestacional pelo Estado (objetivos sociais em sentido lato)” (FONTE, 2015, p. 48).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021, p. 931) conceitua políticas públicas como “metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger.” Fernando Borges Mânica também se direciona para esse caminho, isto é, de compreender políticas públicas como instrumentos de ação. Para ele: “Política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos.” (MÂNICA, 2007, p. 169).

Felipe de Melo Fonte, por sua vez, conceitua políticas públicas da seguinte forma:

[...] políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito (e.g., Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (e.g., os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (e.g., o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições de professor em estabelecimento de ensino, etc.). (FONTE, 2015, p. 57).

Ainda, Ana Paula de Barcellos ensina:

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

(e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependem de ações para a sua promoção. (BARCELLOS, 2007, p. 11).

Cumpra notar como a conceituação de política pública não está atrelada a algo uno, mas sim a um conjunto de elementos. É um dos motivos pelos quais o estudo das políticas públicas se mostra tão complexo.

Ademais, no presente trabalho, adotaremos, principalmente, o conceito proposto por Bucci, qual seja:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 39).

Segundo esse entendimento, portanto, o Poder Público, atentando-se para os interesses públicos socialmente relevantes, fórmula programas – os quais estabelecem objetivos concretos, os recursos a serem utilizados para a persecução desses objetivos, sem deixar de considerar a razoabilidade e a proporcionalidade, as expectativas de resultado e o lapso temporal em que se deseja obter o resultado pretendido – com vistas à efetivação de direitos, especialmente os direitos fundamentais sociais. Para isso, atua de maneira estratégica, com a participação de: “diversos Poderes (especialmente o Legislativo e o Executivo), esferas da Federação (União, Estados e Municípios) e órgãos de governo (Ministérios, Secretarias, Conselhos de Direito das mais diversas áreas etc.)” (DUARTE, 2013, p. 21).

No mesmo sentido, Duarte aborda a complexidade envolvendo o processo formador das políticas públicas:

A concretização das políticas públicas é tarefa complexa, que demanda a intervenção racional do Estado, em um conjunto de ações que envolvem, além da escolha de prioridades, a implementação de medidas legislativas, administrativas e financeiras. O processo de elaboração de uma política pública deve ser equacionado, pois, levando-se em conta os ditames constitucionais, os compromissos assumidos internacionalmente e os espaços deixados à discricionariedade do administrador, envolvendo diferentes etapas: planejamento, fixação de objetivos, escolha dos meios adequados, definição dos métodos de ação e destinação dos recursos. (DUARTE, 2007, p. 707).

Nessa concepção, a máquina estatal precisa se movimentar de forma racional e articulada durante a elaboração e a implementação da política pública. Esse processo envolve não só a tomada de decisão política, como também medidas

administrativas, econômicas, legislativas. Outrossim, para que uma política pública seja considerada legítima, é necessário que o seu processo formador siga os parâmetros legais e constitucionais; são eles que fornecem a estrutura institucional responsável por guiar o Poder Público na realização de políticas públicas. A partir disso, será possível conferir expressão formal e vinculativa ao programa de ação governamental (BUCCI, 2006).

É de se destacar que esse programa de ação, fruto de um conjunto de medidas coordenadas, que chamamos de política pública, possui diferentes formas reconhecíveis pelo sistema jurídico, isto é, diversos suportes legais, segundo Bucci (2006, p. 11): “Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público”. Percebe-se que não necessariamente uma política pública tem por suporte uma lei em sentido estrito.

Vale ressaltar que esse suporte legal não é a política pública em si. Em realidade, o que devemos analisar é justamente o conteúdo material, a finalidade e o processo percorrido até se chegar ao programa de ação concreto, ou seja, se é possível identificar os fatores que envolvem o que foi apresentado aqui como política pública. Mânica compartilha desse entendimento:

As políticas públicas podem se encontrar consubstanciadas em leis ou atos normativos, mas com eles não se confundem, pois decorrem do conjunto de atos e/ou de normas que implementam valores e objetivos albergados pelo ordenamento jurídico. (MÂNICA, 2007, p. 170).

Outrossim, um ponto interessante quando se fala em políticas públicas voltadas à concretização do direito à educação é a discussão sobre a aplicação progressiva desse direito. O anteriormente citado Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, e, portanto, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB/88¹¹ – em seu artigo 2º, alínea I, “estabelece que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, até o máximo dos recursos disponíveis de cada Estado.” (DUARTE, 2007, p. 698). Nesse sentido:

¹¹ “Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988, online).

Artigo 2º.

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” (BRASIL, 1992, online).

Contudo, tal disposição, no que toca à estipulação de progressividade na realização dos direitos reconhecidos no Pacto, entre os quais o direito à educação, tem sido interpretada pelos Estados-partes de forma a protelar o cumprimento de obrigações positivas. Esse posicionamento é digno de crítica.

O importante é ficar claro que a noção de progressividade dos direitos sociais não pode ser confundida com a possibilidade de sua não aplicação. De acordo com o que está previsto no próprio Pacto, cabe aos Estados adotar medidas até o máximo de seus recursos disponíveis (art. 2º), o que significa o dever de executar avanços concretos em prazos determinados. (DUARTE, 2007, p. 700).

É certo que, “via de regra, prevalece a discricionariedade dos Estados quanto ao momento de implementação de medidas concretas.” (DUARTE, 2007, p. 700). Porém, não se deve deixar de agir de todo; mesmo que os Estados não possam realizar imediatamente o exercício integral dos direitos, eles devem sim adotar medidas, visando a concretização desses direitos, ao invés de se manterem quase que completamente inertes. Por progressivo, deve-se entender que os avanços estão sendo ativamente buscados.

Outro quesito de extrema importância ao se discutir a implementação das políticas públicas diz respeito à iniciativa. O ciclo dessas políticas proposto por Duarte (2013) compreende, entre as primeiras etapas, a reconhecimento dos problemas e demandas sociais, a definição das prioridades, a formulação do programa de ação, com o delineamento de propostas concretas, e, então, a implementação desse programa, como se vê:

(a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas; (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados; (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis; (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e aprovação das leis; (e) fiscalização e controle da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. (DUARTE, 2013, p. 25-26).

Nesse ponto, discute-se a quem compete realizar tais etapas formadoras da política pública:

O Poder Executivo é eleito para definir a política pública, sempre com os parâmetros constitucionalmente estabelecidos. O Poder Legislativo edita normas que vão estabelecer as condições de fruição concreta dos direitos. Podem, também, criar órgão para propor e executar a política, como um Conselho ou autarquia, por exemplo. (DUARTE, 2013, p. 27).

Nessa mesma linha, Osvaldo Canela Junior ensina:

Pela própria natureza dos fins do Estado, precipuamente agregada ao objetivo de igualdade substancial entre os cidadãos, as políticas públicas para a respectiva concretização demandam a concorrência prioritária do Poder Legislativo e do Poder Executivo. As políticas públicas para a satisfação dos direitos fundamentais, portanto, concretizam-se, preponderantemente, por meio de atividades legislativas e administrativas. (CANELA JUNIOR, 2010, p. 86).

Depreende-se que, por excelência, cabem aos Poderes Executivo e Legislativo a definição das prioridades, a formulação e a implementação de políticas públicas. A doutrina é pacífica nesse entendimento. Todavia, o problema da omissão de tais Poderes faz surgir ampla discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade de interferência do Poder Judiciário. Tal questão será discutida no próximo capítulo. Adiante-se, contudo, que a jurisprudência pátria tem entendido ser viável, de forma excepcional, a determinação judicial de implementação de políticas públicas, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o Poder Judiciário determinar, excepcionalmente, em casos de omissão estatal, a implementação de políticas públicas que visem à concretização do direito à educação, assegurado expressamente pela Constituição. (BRASIL, 2017, p. 6).

Diante do que foi apresentado, fica claro que o direito à educação, alinhado com os objetivos do Estado Social e Democrático de Direito consagrado pela Constituição brasileira, requer uma postura estatal positiva. O cumprimento de tal demanda é especialmente percebido quando o Poder Público se movimenta, de maneira coordenada, e executa diversas medidas concretas, a fim de que esse direito seja realizado nos moldes do que a Carta Magna determina.

4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Após o apresentado nos capítulos anteriores, intenta-se, agora, discutir o papel do Judiciário na efetivação do direito à educação, que, como afirmado exhaustivamente ao longo do presente trabalho, trata-se de um direito fundamental social, reconhecido nos âmbitos internacional e nacional. Ao abordar a judicialização desse bem da vida, inevitavelmente, também será examinada a interferência judicial na implementação de políticas públicas.

4.1 MUDANÇA NA CONCEPÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, traz as seguintes terminologias: poder legislativo, poder executivo e poder de julgar. O autor discorre sobre o alcance da liberdade a partir da ideia da separação institucional desses poderes; assim, nessa concepção, impõe-se a separação entre os poderes de fazer as leis, de executar as resoluções públicas e de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 1996). Nesse sentido:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Percebe-se a estreita relação estabelecida entre a liberdade política e a separação dos Poderes. Sabendo disso, ao se discutir a teoria da separação dos Poderes à luz dos ensinamentos de Montesquieu, é necessário ter em mente o período em que ela foi concebida. Como observa Dalmo de Abreu Dallari (2013), tratava-se de um momento histórico em que se buscava uma atuação mínima do Estado, cujo poder devia ser limitado.

Esse sistema, celebrado pelo constitucionalismo liberal, “foi associado à ideia de Estado Democrático” (DALLARI, 2013, p. 218). Todavia, tal associação, que vincula a democracia à aplicação dessa teoria da separação dos Poderes, não é precisa.

[...] argumento importante contra o sistema [de separação dos poderes] é que ele jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado. (DALLARI, 2013, p. 219).

Portanto, é de se notar como a supracitada teoria, nos moldes em que foi idealizada, servia ao liberalismo e suas finalidades, mas não contemplava, de fato, todas as camadas da sociedade, bem como não deve ser considerada sinônimo irretocável de democracia. Ademais, em que pese a teoria da separação dos Poderes jamais ter sido abandonada, houve mudança significativa na sua concepção. Isso ocorreu devido à transição do Estado liberal para o Estado social. Aponta-se como marco dessa transição a Revolução Industrial, por se tratar de um fenômeno histórico “em que as massas operárias assumem relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato” (GRINOVER, 2010, p. 10).

O Estado Social, diferentemente do Liberal, volta-se para o dirigismo estatal. Procura-se alcançar a igualdade material através da garantia e da realização de direitos propícios à diminuição da marginalização de grupos socialmente vulneráveis, são, em essência, os direitos sociais, já discutidos. Em vista disso, o modelo rígido da separação dos Poderes prestigiado pelo Estado Liberal precisou sofrer alterações. Consoante preceitua Osvaldo Canela Junior (2010, p. 72), “com a alteração das finalidades estatais, altera-se igualmente a concepção da teoria da separação dos poderes”. O referido autor (2010) argumenta que as expressões do poder estatal (ou Poderes) têm sim suas funções, mas estas se adequam às finalidades do Estado.

Um ponto significativo nessa virada de concepção acerca da teoria da separação dos Poderes é o surgimento do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário¹². Este deixou de ser um mero aplicador da lei ao caso concreto, a quem,

¹² “No início do século XIX, durante a expansão da Revolução Industrial, iniciou-se um movimento de absorção das questões políticas pelo Poder Judiciário. Algumas questões que, no curso da história, sempre foram consideradas de caráter exclusivamente político, passaram a ser examinadas sob a ótica

na teoria de Montesquieu, não caberia verificar a adequação da norma ao ordenamento jurídico. A análise da constitucionalidade passou a ser realizada pelos órgãos jurisdicionais; inicialmente, tal análise se concentrava apenas nos atos legislativos, mas evoluiu para alcançar os demais atos praticados pelas outras expressões do poder estatal (CANELA JUNIOR, 2010).

No caso da Constituição brasileira de 1988, a separação dos Poderes encontra previsão no art. 2º, que assim estabelece: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988, online). Ainda, o art. 60, § 4º, III, da CRFB/88 consagra o princípio da separação dos Poderes como cláusula pétrea:

Art. 60
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 [...]

 III - a separação dos Poderes;
 [...]. (BRASIL, 1988, online).

É necessário, contudo, fazer algumas ponderações. Para tanto, utilizaremos a explicação de Ana Paula de Barcellos:

A ideia, já registrada pela doutrina e pelo STF, é a de que a cláusula pétrea em questão protege o núcleo de sentido da separação de Poderes, mas não inviabiliza quaisquer mudanças no assunto. O que o núcleo do princípio determina, em síntese, é uma divisão das funções legislativa, executiva e jurisdicional entre órgãos diversos. Em regra, não se cuida de divisão absoluta, mas sim de uma especialização funcional, sem prejuízo da existência de espaços de interseção, que atendem a duas finalidades: i) garantir a autonomia de cada um dos Poderes, evitando que a atividade de um fique na dependência da atuação dos demais; ii) funcionar como mecanismo de controle recíproco, incrementado. Para além desse núcleo, há um certo espaço de indefinição, que admite soluções diversas. (BARCELLOS, 2020, p. 308).

Assim, é o núcleo de sentido do princípio constante no art. 2º que é protegido pela cláusula pétrea, sendo esse núcleo o seguinte: há uma divisão de funções – legislativa, executiva e jurisdicional – entre os órgãos do Estado. Porém, é preciso compreender, sobretudo, que tal divisão de funções se refere a uma especialização funcional, ela não é absoluta. Acrescente-se que, por ser um princípio, a separação dos Poderes “pode ser descrita como tendo um núcleo de sentido e uma área não nuclear, que admite desenvolvimentos diversos.” (BARCELLOS, 2020, p. 308).

do Direito. É o que se convencionou designar como *political questions*, nos Estados Unidos, *acts of State*, na Grã-Bretanha, *actes de gouvernement*, na França, e *justizfreien Hoheitsakte*, na Alemanha.” (CANELA JUNIOR, 2010, p. 73).

Felipe de Melo Fonte também discorre sobre como o princípio da separação dos Poderes não precisa ser interpretado sob uma ótica de extrema rigidez, veja-se:

Sobre a suposta violação ao princípio da separação dos poderes, de há muito se entende que é descabida a afirmação de que as funções estatais sofrem estrita especialização funcional. De fato, regra geral, os poderes devem seguir sua atividade principal, mas nada impede que os mesmos incursionem nas atividades dos demais. O princípio da separação dos poderes não é e nem precisa ser de uma rigidez inquebrantável para servir a sua principal função: conter o arbítrio. Pelo contrário, sua aplicação cega pode acabar tendo função inversa. (FONTE, 2009, p. 16).

Ademais, partindo da noção de que o supramencionado princípio proclama uma especialização de atividades, Osvaldo Canela Junior (2010) defende que tal deliberação intenta, exclusivamente, atender aos fins do Estado; os Poderes funcionam como instrumentos para o cumprimento desses fins, de modo que não devem ser considerados como um fim em si mesmos. O autor comenta, então, sobre a independência dos Poderes, declarada no art. 2º da CRFB/88:

Dentro do âmbito de suas atribuições, as formas de expressão do poder estatal são independentes entre si, ou seja, gozam de autonomia constitucional para o exercício de suas funções. Esta independência, todavia, estará sempre limitada à compatibilização com a Constituição. (CANELA JUNIOR, 2010, p. 86).

Portanto, a independência dos Poderes é relativa à autonomia que eles possuem para exercer as suas funções, mas não se pode ignorar que a Constituição e os fins estabelecidos por ela limitam a referida independência. Desse modo, cumpre lembrar que a Constituição Federal de 1988 consagra um Estado Social e Democrático de Direito, com os seguintes objetivos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, online).

Ada Pellegrine Grinover (2010), inclusive, entende que o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, da Carta Magna, deve ser considerado quando se pondera os objetivos do Estado. De toda forma, é certo que os Poderes devem atuar de forma integrada, a fim de que não ocorram conflitos na consecução dos objetivos acima transcritos, por isso a necessidade de harmonia entre as expressões do poder estatal (CANELA JUNIOR, 2010).

Essas ponderações são necessárias para uma melhor compreensão sobre o porquê a atuação do Judiciário na efetivação do direito à educação não representa afronta ao princípio da separação dos Poderes, tendo em vista a frequente arguição do art. 2º da Constituição Federal de 1988 nas defesas contra a atividade jurisdicional em sede de realização do direito à educação por meio de políticas públicas.

4.2 IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DIANTE DAS OMISSÕES ESTATAIS

Compreendido que a razão primeira do princípio da separação dos Poderes diz respeito às finalidades do Estado, passamos agora, considerando o mencionado princípio, a abordar a possibilidade de atuação do Judiciário quando se fala em efetivação de direitos fundamentais sociais – neste trabalho representados pelo direito à educação – e, conseqüentemente, em políticas públicas, objeto primário desses direitos.

Como dito, é consenso que, preponderantemente, a realização das medidas que levam à concretização de políticas públicas, meio de satisfação do direito à educação, são encargos exclusivos dos Poderes Executivo e Legislativo. Nessa linha, Bucci aponta:

Cumpra ressaltar que a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo. (BUCCI, 2006, p. 22).

Todavia, ao passo que o conjunto de processos formadores de políticas públicas cabem, em essência, aos Poderes Executivo e Legislativo, não se pode ignorar que “cumpra ao Poder Judiciário examinar a compatibilização dos respectivos atos com a Constituição, mediante o exercício do controle de constitucionalidade.” (CANELA JUNIOR, 2010, p. 86). Importante destacar que esse controle de constitucionalidade “não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.” (GRINOVER, 2010, p. 14). Nesse sentido:

Como toda atividade exercida pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo deve compatibilizar-se com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado (CF, art. 5º, XXXV), a constitucionalidade respectiva. Aquilo que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas” deverá ser examinado pelo Poder

Judiciário sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (CF, art. 3º). (CANELA JUNIOR, 2010, p. 89).

Além disso, é necessário ter em mente o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, online).

[...] a conjugação dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição impõe ao Judiciário o poder-dever de, exercendo sua atividade típica, qual seja, o controle jurisdicional, o fazer também em relação à administração pública, prestando a tutela jurisdicional devida, para tanto, substituindo-se à vontade das partes, vez que a substitutividade é característica própria da função jurisdicional. (AMARAL, 2005, p. 28).

Assim, quando provocado, o Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, deverá apreciar a matéria controvertida. É esperado que, pautado pela jurisdição, ele atue, tendo em vista a possível existência de lesão ou ofensa a direito. Vale ressaltar, porém, que a atuação do Poder Judiciário quando se está diante de uma conduta comissiva dos demais Poderes é diferente de quando se trata de uma conduta omissiva.

Consoante esclarece Osvaldo Canela Junior (2010), se, na realização de uma política pública, os Poderes Executivo e Legislativo afrontarem normas constitucionais por meio de uma conduta comissiva, o Poder Judiciário utilizará os mecanismos de invalidação dos atos administrativos e examinará a constitucionalidade dos atos legislativos, para tanto, possui instrumentos constitucionais suficientes. Sendo assim, não é o intuito deste trabalho focar em tais condutas comissivas.

A doutrina da invalidade dos atos administrativos e o exame de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo são campos férteis para a solução dos inúmeros problemas oriundos das condutas comissivas dos agentes públicos no exercício de políticas públicas vinculadas à satisfação dos direitos fundamentais sociais.

A jurisdição sempre esteve ambientada com o problema da invalidação dos atos jurídicos administrativos, de maneira que as políticas públicas, sob o prisma da conduta comissiva dos agentes públicos, puderam ser perfeitamente dimensionadas no sistema do Direito Administrativo, fundado nos princípios inscritos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e no sistema de controle de constitucionalidade. (CANELA JUNIOR, 2010, p. 82).

Por outro lado, quando a conduta violadora da Constituição e dos objetivos fundamentais provém de uma omissão, o que se demanda do Poder Judiciário não é a invalidação de atos, e sim atividade de integração. Se o controle judicial de políticas públicas a partir da invalidação dos atos administrativos já é tema controverso, a

possibilidade de atividade jurisdicional integradora provoca ainda mais contestações e enseja questionamentos quanto à violação do princípio da separação dos Poderes.

Vale comentar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) vem considerando que, em casos de omissão estatal, a determinação pelo Poder Judiciário de implementação de políticas públicas, com vistas à realização do direito à educação, não viola o supracitado princípio. Confira-se o que diz o Ministro Luís Roberto Barroso:

[...] o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento no sentido de reconhecer ao Judiciário a possibilidade de, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas a fim de garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. (BRASIL, 2014, p.11).

É certo que, em regra, o Judiciário não deve interferir nos comandos constitucionais e legais que estabelecem os parâmetros de comportamento das políticas públicas¹³, pois são dirigidos às outras expressões do poder estatal (CANELA JUNIOR, 2010). Porém, quando a inobservância de tais comandos pelos Poderes a quem são dirigidos gera lesão ou ameaça de lesão a um direito subjetivo assegurado pela Constituição, é inevitável que o Poder Judiciário, ao ser provocado, exerça a atividade jurisdicional, para a qual é tipicamente competente. Para melhor compreensão de como a atuação do Judiciário ocorre, vejamos:

No exercício da jurisdição constitucional, evidentemente na modalidade difusa de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário irá se concentrar exclusivamente na detecção do direito subjetivo constitucionalmente assegurado (direitos fundamentais em todas as suas “dimensões” ou “gerações”) e na verificação da satisfação, ou não, do bem da vida. Caso o bem da vida reste comprovadamente não satisfeito, estará configurada lesão ao direito fundamental social e, por via de consectário lógico, o provimento jurisdicional determinará a respectiva reparação.

Dentro deste prisma de análise, ao Poder Judiciário cabe o exame da existência da relação jurídica material e da lesão causada em virtude da omissão das formas de expressão do poder estatal. Ora, existindo omissão do Estado, reconhece-se a lesão ao direito, pelo que, surgindo a pretensão do ofendido, nasce o direito de ação em face do Estado. (CANELA JUNIOR, 2010, p. 93).

Portanto, o Poder Judiciário, seguindo o que determina o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, verificando que a educação é um direito assegurado no art. 6º da Carta Magna e, portanto, exigível pela via jurisdicional, irá analisar se tal direito está sendo satisfeito pelo Estado, que deveria fazê-lo espontaneamente,

¹³ No caso do direito à educação, os referidos comandos constitucionais estão presente nos arts. 205 a 214 da CRFB/88.

implementando políticas públicas, a partir da observância das disposições dos arts. 205 a 214 do texto constitucional e das legislações infraconstitucionais, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Se comprovada a lesão ao direito, e observados alguns limites, que serão discutidos mais adiante, o provimento jurisdicional poderá ser a determinação de implementação de políticas públicas.

Ademais, é importante salientar que não se trata da criação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Na realidade, o Judiciário poderá determinar que os Poderes omissos procedam com a implementação de políticas públicas voltadas à efetivação do direito à educação na medida em que apenas por meio do programa de ação e das providências concretas que dele decorrem será possível reparar a lesão ao referido direito. Em que pese tal determinação judicial, os demais processos que envolvem a implementação da política pública ficarão a cargo das expressões do poder estatal competentes para tanto. Tal situação não implicará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois a atuação do Judiciário ocorrerá apenas dentro do âmbito jurisdicional. Nessa lógica:

O equilíbrio de constitucionalidade, pois, é atingido quando o Poder Judiciário, em atividade residual e integradora, dá completude ao sistema, mediante a prolação de sentença, na qual vincula os agentes públicos à satisfação do bem da vida protegido pelo direito fundamental social. Como não interfere arbitrariamente nos processos de escolha dos caminhos a serem percorridos até a consecução material do bem da vida, mas presta única e exclusivamente atividade jurisdicional, o Poder Judiciário mantém a independência das demais formas de expressão do poder estatal. E assim o faz em plena harmonia, porquanto simplesmente redireciona as políticas públicas, no limite do necessário para a consecução do princípio da igualdade substancial.

Há, *in casu*, a exata substituição da vontade das partes, pelo que se mantém o Poder Judiciário dentro de sua vocação natural: a jurisdição. (CANELA JUNIOR, 2010, p. 96).

Defende-se, inclusive, a possibilidade de aplicação de sanções em caso de descumprimento da ordem ou decisão judiciária (GRINOVER, 2010), para citar algumas:

a) a aplicação de multa diária (astreintes) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal. (GRINOVER, 2010, p. 25-26).

Além disso, como dito, a conduta omissiva requer que o Poder Judiciário atue no sentido de integração, o que está em conformidade com a harmonia dos Poderes,

necessária na perseguição dos fins estatais. Desse modo, não se pode invocar o princípio da separação dos Poderes como forma de manutenção da omissão do Poder Público quanto à efetivação de um direito fundamental social como o direito à educação, que possui clara relação com os objetivos do art. 3º da Lei Maior. Paulo Salvador Frontini argumenta nesse sentido:

[...] essa evidente interação e complementaridade entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre políticas públicas (FRONTINI, 2002, p. 777).

Ainda, nessa mesma linha:

[...] entende-se que o Judiciário age não por mera ingerência nos demais Poderes, mas que, diante da ausência de efetividade à qual os direitos sociais são submetidos, o mesmo atua em prol da observância do texto constitucional, na tentativa de que a omissão dos entes estatais possa ser suprida ou pelo menos amenizada através de sua atuação. (MASCARENHAS; SOUSA, 2020, p. 396).

Ressalve-se que, apesar da interação entre as funções legislativa, executiva e jurisdicional, o ideal (e esperado) seria que o Judiciário não precisasse interferir em matéria de efetivação do direito à educação, principalmente quando se considera que as políticas públicas são o objeto primário do referido direito. Para isso, contudo, requer-se que as outras expressões do poder estatal ajam de forma espontânea e preventiva, o que nem sempre acontece.

[...] se o Estado agisse de modo a atender às demandas sociais básicas, [...] - isto preventivamente, através de medidas do Executivo e do Legislativo -, não seria necessária a atuação do Poder Judiciário com fins de suprir a inércia dos demais, o que também justifica o desempenho de seu papel não pelo dito ativismo judicial, mas como poder que busca observar a ordem e os princípios constitucionais. (MASCARENHAS; SOUSA, 2020, p. 396).

Desse modo, além do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da necessidade de integração entre as funções supramencionadas, com vistas à persecução dos objetivos fundamentais, argumenta-se que a própria inércia do Executivo e do Legislativo dá causa à atuação do Judiciário.

Ademais, é válida a reflexão proposta por Willian Ricardo Amaral (2005), o qual afirma que a negação da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário é que implicaria, indiscutivelmente, em ataque ao princípio consagrado pelo art. 2º da CRFB/88. Nas palavras do autor:

[...] devendo ainda ser levado em conta que negar ao Poder Judiciário a atuação de sua atividade típica, em favor de suposta prerrogativa de algum outro poder constituído, é que configura, sim, flagrante e intolerável violação ao princípio da separação dos poderes. (AMARAL, 2005, p. 28).

Portanto, depreende-se que, se o Poder Judiciário for provocado para apreciar uma suposta lesão ao direito à educação e esta restar configurada, ensejando no provimento da reparação cabível, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos Poderes, pois o Judiciário estará exercendo a sua atividade jurisdicional, da qual não pode se isentar. Tal assertiva, contudo, não significa que não existem limites a serem observados pelo Judiciário.

4.3 OBSERVÂNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO PODER JUDICIÁRIO

Ademais, no caso de lesão ao direito à educação ocasionada por omissões estatais, o provimento jurisdicional pode ser no sentido de determinar que os Poderes omissos implementem uma política pública educacional capaz de garantir a efetivação do citado direito. Tal atuação está pautada tanto na inafastabilidade da jurisdição quanto na consecução dos objetivos do Estado. Assim, intentou-se demonstrar a impossibilidade de invocar o princípio da separação dos Poderes como justificativa para a não efetivação do direito à educação perante as omissões do Poder Público.

Porém, ainda que superado – embora, destaque-se, não sem divergências na doutrina – o problema do princípio da separação dos Poderes, há outros pontos de embate no tocante à judicialização do direito à educação voltada especialmente à implementação de políticas públicas, entre os quais a reserva do possível. Adiante-se que, nesse ponto, é possível encontrar um limite a ser respeitado pelo Judiciário.

O princípio da separação dos Poderes é comumente utilizado para justificar a impossibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário da omissão estatal em relação à efetivação do direito à educação, o que afronta diretamente o controle de constitucionalidade e a inafastabilidade da jurisdição. Quando se invoca a separação dos Poderes, portanto, há a tentativa de negar o exercício da função jurisdicional pelo Judiciário, vez que tal função compreende a consequente reparação advinda do provimento jurisdicional; em relação à reserva do possível, porém, não é isso que ocorre. Percebe-se que não está sendo negado ao supracitado Poder o exercício das suas funções típicas, e sim que, uma vez chamado a dirimir controvérsias que envolvem a realização do direito à educação, o Judiciário, antes de determinar a

implementação de uma política pública, deve observância ao limite da reserva do possível, tal limite, contudo, deve ser pautado pelo mínimo existencial e pela razoabilidade.

Fernando Borges Mânica explica como foi concebida a cláusula da reserva do possível:

Na discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais, a assim denominada *cláusula da reserva do possível* é constantemente invocada. Tal hipótese foi mencionada em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333). No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. (MÂNICA, 2007, p. 180).

Desse modo, conforme observa Mânica (2007), originalmente, a reserva do possível estava relacionada à razoabilidade da pretensão, e não, direta e unicamente, à existência de recursos materiais. Todavia, continua o autor (2007), a transposição que se fez da teoria da reserva do possível a tornou uma teoria da reserva do financeiramente possível “na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.” (MÂNICA, 2007, p. 180-181).

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo apontam:

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 29).

Outrossim, com base na teoria da reserva do financeiramente possível, argumenta-se que existe uma limitação financeiro-orçamentária contra necessidades sociais ilimitadas (MASCARENHAS; SOUSA, 2020). Nesse sentido, os entes estatais

utilizam como justificativa para a não efetivação de direitos fundamentais sociais prestacionais a reserva do financeiramente possível. Entretanto, a simples alegação de ausência de recursos não tem sido aceita pela jurisprudência brasileira, exige-se a comprovação da insuficiência de recursos orçamentários.

A reserva do possível traduzida como insuficiência de recursos, também denominada reserva do financeiramente possível, portanto, tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto. (MÂNICA, 2007, p. 182).

Nessa perspectiva, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou ADPF, n. 45 pelo Supremo Tribunal Federal representou um marco na jurisprudência pátria em relação ao controle judicial de políticas públicas. Sobre a cláusula da reserva do possível, o relator, ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, expressou:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004, online).

Percebe-se, portanto, que a incapacidade econômico-financeira pode ser considerada como motivo de não cumprimento imediato de comandos constitucionais voltados à efetivação de direitos fundamentais sociais, porém, conforme é crescente no entendimento jurisprudencial, tal argumento só é válido quando acompanhado de comprovação objetiva¹⁴. Dessa forma, muitas decisões judiciais vêm se direcionando

¹⁴ Como exemplo, o ARE 896.076-AgR/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE ESCOLAR DE ALUNOS MATRICULADOS NOS ENSINOS FUNDAMENTAL E MÉDIO DA REDE PÚBLICA ESTADUAL. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIREITO

para a concessão dos pedidos envolvendo a efetivação dos direitos supra, pois têm considerado as alegações referentes à reserva do possível como genéricas (MASCARENHAS; SOUSA, 2020).

Analisando essas concepções brevemente apresentadas, somos pela observância da reserva do possível pelo Judiciário, contudo, tal cláusula deve ser considerada a partir da análise conjunta com a razoabilidade e, conseqüentemente, a proporcionalidade. Conforme ensina Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 19): “A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”

Precisa-se, dessa forma, de ponderação; a racionalidade do juiz deve ponderar os fatores econômicos-orçamentários, os recursos disponíveis e o impacto econômico e social da decisão (MÂNICA, 2007). Igualmente, deve-se analisar as implicações da omissão estatal, se esta, por exemplo, estiver impedindo o acesso individual e/ou coletivo ao ensino básico, pela falta ou deterioração de escolas, trata-se de situação em que não há lugar para a invocação da reserva do possível como escusa, ou seja, o Judiciário não deve ignorar o mínimo existencial¹⁵ afetado quando da não efetivação do direito em análise. Sobre o exposto:

Em última análise, a aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada. (MÂNICA, 2007, p. 185).

FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (BRASIL, 2016, p. 1).

¹⁵ “Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegura o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.” (GRINOVER, 2010, p. 18).

É certo que alcançar esse equilíbrio não é tarefa fácil, mas, dada a complexidade e sensibilidade do tema, tal esforço se mostra imprescindível. A interferência do Judiciário na definição de políticas públicas necessárias à efetivação do direito à educação não é desejada, nem deve ser a regra, pois, conforme assentado pela doutrina e pela jurisprudência, esse papel incumbe, essencialmente, aos Poderes Executivo e Legislativo. Porém, ao se ver confrontado, no âmbito jurisdicional, com uma lide envolvendo omissões estatais na implementação do supracitado direito, o órgão jurisdicional deve atuar, fazendo-o tanto com atenção ao seu compromisso com a consecução dos objetivos fundamentais quanto com razoabilidade no que toca à reserva do possível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação é, do ponto de vista jurídico, um direito dotado de fundamentalidade, reconhecido tanto pela normativa internacional quanto pela ordem constitucional brasileira. Nesta senda, a Constituição Federal de 1988 inseriu o mencionado bem da vida entre os direitos fundamentais sociais e regulamentou os comandos (ou os parâmetros) a serem cumpridos com vistas à sua efetivação. Tais comandos são reforçados pela legislação infraconstitucional, com destaque para o Estatuto da Criança e do Adolescente e para a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Desse modo, formalmente, o direito à educação está bem assistido. Ocorre que, em razão da sua natureza social, requer-se, para que ele seja plenamente efetivado, prestações estatais positivas. Assim, os Poderes Executivo e Legislativo, atentos aos supramencionados comandos, devem, de forma coordenada, realizar as respectivas medidas – administrativas, legislativas, financeiras, entre outras – necessárias à concretização de políticas públicas, visto que estas são o meio primário de materialização dos direitos sociais prestacionais, entre os quais o direito à educação.

Portanto, é de se notar que a identificação dos problemas sociais, a definição das prioridades, a formulação e a implementação de políticas públicas não cabem, de fato, ao Poder Judiciário. Contudo, não raramente os Poderes competentes para tanto são omissos e não procedem com as referidas ações. Assim, se o Judiciário for provocado devido a uma eventual lesão ou ameaça de lesão ao direito fundamental à educação ocasionada por omissões estatais daquela natureza, o exercício da atividade jurisdicional é medida que se impõe, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88).

Destarte, restando configurada a lesão, é possível que o órgão jurisdicional determine a implementação de políticas públicas educacionais capazes de reparar o dano. Todavia, há na doutrina quem critique esse tipo de interferência judicial. Entre os principais argumentos daqueles que se posicionam contra a atuação do Poder Judiciário está o de uma possível violação ao princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Carta Magna.

No entanto, é preciso considerar que o aludido princípio dita uma especialização de funções, quais sejam: legislativa, executiva e jurisdicional, entre os

órgãos do Estado, que não deve ser interpretada como absoluta. Defende-se que a separação dos Poderes tem o intuito principal de atender os fins estatais, aqui especialmente representados pelos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da Constituição de 1988, muitos dos quais refletem a busca por uma igualdade substancial. Nesse norte, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, é inegável que a educação guarda forte relação com a consecução dos objetivos supra.

Sendo assim, entende-se que a invocação do princípio da separação dos Poderes como forma de barrar a atividade jurisdicional e a consequente reparação proveniente desta, no caso a determinação de políticas públicas educacionais, diante de situações jurídicas que constituem lesão ao direito à educação em virtude de omissões estatais na efetivação do referido direito, não considera a necessidade de harmonia e interação entre os Poderes na persecução das finalidades do Estado. Além disso, tais arguições, que se baseiam em uma possível ofensa à separação dos Poderes, também são passíveis de oposição quando se analisa que o Judiciário atua dentro do âmbito da jurisdição, a qual não pode ser afastada.

Em que pese a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas – e mesmo existindo a obrigatoriedade de que essa atuação ocorra pautada na jurisdição e na persecução dos fins do Estado, a partir da interação entre as expressões do poder estatal – há a necessidade de observância de mais alguns limites. Com isso, foi explorada, de forma preliminar, a reserva do possível. Buscou-se apresentar a forma como a cláusula da reserva do possível foi concebida, qual seja: a ideia da razoabilidade da pretensão, e de como ela foi assimilada pela realidade pátria, como “reserva do financeiramente possível”, que considera apenas a questão financeiro-orçamentária – inclusive, tal ponto é de tanta importância que merece um trabalho próprio para aprofundar o debate, com o fito de compreender suas diretrizes e como se dá, na prática dos entes federativos, sua aplicação no cotidiano.

Defende-se que a insuficiência de recursos orçamentários pode ser, de fato, justificativa para que o ente estatal não realize de imediato as medidas concretas voltadas à realização do direito à educação e impostas pelos comandos constitucionais, posto que demanda o dispêndio público. Porém, tal alegação, além de não poder ser utilizada como um mero artifício e meio de se evadir de deveres, para perpetuar omissões lesivas a direitos fundamentais, não é absoluta, precisa-se de ponderação. O órgão jurisdicional deve analisar as circunstâncias fático-jurídicas

por meio da razoabilidade e da proporcionalidade. Ainda, o mínimo existencial não poder ser ignorado, se a lesão provocada pela omissão do Estado estiver impossibilitando a efetivação do núcleo essencial do direito à educação, a referida cláusula deverá ser afastada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 673 p. 9788530989774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989774/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 15, p. 1-31, 2007.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O direito à educação na normativa internacional de proteção dos direitos humanos e sua regulação no ordenamento jurídico nacional: análise preliminar a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **CONPEDI Law Review**, v. 1, p. 219-234, 2015.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. **Direito educacional: O Poder Judiciário e a efetivação de políticas públicas no Brasil**. Orientador: Adrian Alvarez Estrada. 2013. 160 p. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Cascavel, 2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23. dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 22 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 761127 AGR AP**. Primeira Turma. Agravante:

Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de junho de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527605>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 990934 AGR PB**. Segunda Turma. Agravante: Estado da Paraíba. Agravado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12691447>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 896076 AGR SC**. Primeira Turma. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11955930>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 45 MC DF**. Arguido: Presidente da República. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-47.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. A educação. Direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.) **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. p. 19-37.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 193 p. 9788502139831. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139831/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 987 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 306 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 1073 p. 9788530993351. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100, p. 691-713, 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. **São Paulo em perspectiva**, n. 18(2), p. 113-118, 2004.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolini, Patrícia Tuma Martins (orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-43.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, n. 18, p. 1-35, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 368 p. 9788502622555. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622555/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1885 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 10-37, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, 2007.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; Souza, Izabela Taíse Ferreira de. Reserva do possível: a saúde financeira estatal como justificativa para a negativa à saúde pública. **Revista da Faculdade de Direito**. Uberlândia, v. 48, n. 2, p. 378-404, 2020.

MIRANDA, Jorge. Nos 60 Anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem: uma perspectiva constitucional portuguesa. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, n. 17, p. 13-25, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851 p.

MOREIRA, Adriano; SALLES, Leila Maria Ferreira. O ECA e a concretização da educação básica. **Revista Educação Pública**, Cuiabá, v. 24, n. 55, p. 177-198, 2015.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 22 nov. 2021.

PEREIRA, Luciano Meneguetti; FREITAS, Renato Alexandre da Silva. Reflexões sobre a natureza jurídica e a força vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos aos 70 (1948-2018). **Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Dourados, v.7. n.14, p. 180-2017, 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.) **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. p. 39-59.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 504 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 2269 p. E-pub.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível: mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-55.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 936 p.

UNESCO, **Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino (1960)**. 2003. 7 p. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1960%20Convenção%20relativa%20à%20luta%20contra%20a%20discriminação%20na%20educação.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.