



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

ALEXANDRE ALBERTO TRANNIN

**“JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: A FRONTEIRA ENTRE DIREITO E
POLÍTICA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO”**

JACAREZINHO - PR
2014

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

**“Judicialização da Política Pública: A Fronteira Entre Direito e Política na
Efetivação do Direito à Educação”**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, como parte do requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

JACAREZINHO – PR

2014

Trannin, Alexandre Alberto
judicialização da política: a fronteira entre direito e política na
efetivação do direito à educação /Alexandre Alberto Trannin.

CC, 183 f.

Renato Bernardi

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade
Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais
Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2012.

1. política pública 2. judicialização 3. educação 4. direito 5. política I. Título.

CDD 305

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**“Judicialização da Política Pública: A Fronteira Entre Direito e Política na
Efetivação do Direito à Educação”**

Alexandre Alberto Trannin

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Renato Bernardi

Prof.

Prof.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo: tratar da efetivação do direito fundamental à educação por meio da intervenção judicial na política pública, considerando, para tanto, os limites entre o direito e a política, que devem ser observados pelo julgador quando profere uma decisão em matéria de direito fundamental social prestacional, que tem como característica principal a dimensão plurilateral. Analisar as duas faces do direito fundamental à educação, que compreende: o acesso à escola e à qualidade do ensino na escola pública, que são integrantes da dignidade da pessoa humana. Investigar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Paraná referentes a políticas públicas adotadas pela Administração Pública do Estado do Paraná no que tange ao direito à educação, destacando-se: criação de vagas no ensino infantil, georreferenciamento, implantação do ensino fundamental de nove anos e qualidade na educação. Averiguar os limites entre o direito e a política, segundo as decisões judiciais investigadas, sob a luz do Princípio da Separação dos Poderes, Legitimidade Democrática e Capacidade Institucional do Poder Judiciário, para aferir o alcance e a abrangência da intervenção judicial na política pública de educação. A primeira conclusão extraída deste estudo é a de que houve intervenção judicial na política pública sem fundamentação jurídica adequada porque tratou de elementos não jurídicos, extrapolando os limites entre o direito e a política segundo o Princípio da Separação dos Poderes, Legitimidade Democrática e Capacidade Institucional do Poder Judiciário. A segunda conclusão é a de que a intervenção judicial na política pública de educação não é suficiente para efetividade deste direito fundamental, tendo em vista o direito à educação com qualidade, que encontra limites estanques entre o direito e a política, principalmente quanto à Capacidade Institucional do Judiciário. Por fim, a terceira conclusão é a de que a efetividade do direito fundamental à educação não ocorrerá somente com a atuação dos três Poderes, dependendo também do recrudescimento da democracia participativa, por meio da participação popular no Conselho Escolar e no Conselho do FUNDEB.

Palavras-chave: política pública, judicialização educação, direito, política, limites.

ABSTRACT

The present research aims at: addressing the actualization of the fundamental right to education through judicial intervention in public policy, considering, therefore, the boundaries between law and politics, which must be observed by the judge when a decision concerning the rights to social welfare is reached, which is mainly characterized by its multilateral dimension. Analyzing the two faces of the fundamental right to education that includes: access to not only education but also to education of quality in public schools, which are elements of the dignity of the human person. Investigating the decisions made by Paraná Court of Appeal with respect to public policies that have been adopted by Paraná State's Public Authorities in regard to the right to education, outlining: generating more openings for kindergarten students, georeferencing, the implementation of the ninth grade in elementary education and quality in education. Ascertaining the boundaries between law and politics, according to the investigated judicial decisions in light of the Principle of Separation of Powers, Democratic Legitimacy and Institutional Capacity of the Judiciary, to assess the scope and extent of judicial intervention in public education policy. The first conclusion reached is that there was judicial intervention in public policy without adequate legal basis, as it addressed non-judicial elements, extrapolating the boundaries between law and politics according to the Principle of Separation of Powers, Democratic Legitimacy and Institutional Capacity of Power Judiciary. The second conclusion is that judicial intervention in public education policy is not sufficient for the enforcement of this fundamental right, in view of the right to quality education that finds boundaries between law and politics, especially regarding the Institutional Capacity of the Judiciary. Finally, the third conclusion is that the accomplishment of the fundamental right to education is not going to take place only with the execution of the Three Branches of Government, depending also on the upsurge of participatory democracy through popular participation in the School Council and in the FUNDEB Council (*Council of Social Monitoring and Control*).

Keywords: public policy, judicialization, education, law, politics, boundaries.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I.....	12
1 O ESTADO NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO.....	12
1.1 Do Estado Antigo ao Estado Liberal.....	16
1.2 O Estado Social.....	23
1.3 O Estado Democrático de Direito.....	26
CAPÍTULO II.....	30
2 DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	30
2.1 A Democracia.....	32
2.1.2 Democracia representativa e direta na Constituição Federal de 1988.	40
2.2 Direitos Humanos Fundamentais.....	42
2.3 Hermenêutica Constitucional.....	53
2.3.1 A Relação entre Democracia, Direitos Humanos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional.....	61
CAPÍTULO III.....	65
3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA.....	65
3.1 O Direito e a Política.....	67
3.2 As Políticas Públicas.....	76
3.3 Judicialização da Política Pública.....	83
3.4 Judicialização de Políticas Públicas: Há Limites entre o Direito e a Política?.....	92
3.4.1 O Princípio da Separação dos Poderes.....	93
3.4.2 Legitimidade Democrática.....	98
3.4.3 A Capacidade Institucional do Judiciário.....	103
CAPÍTULO IV.....	106
4 DIREITO À EDUCAÇÃO E DIGNIDADE HUMANA.....	106

4.1 O Direito Fundamental à Educação.....	108
4.2 A Educação como Integrante da Dignidade da Pessoa Humana.....	112
4.3 Educação e o Desenvolvimento Humano.....	117
4.4 As Duas Faces do Direito à Educação.....	119
4.4.1 Definindo Critérios para uma Educação com Qualidade.....	122
4.5 Alguns Dados da Educação no Brasil.....	127
4.6 As Decisões do Poder Judiciário e o Direito à Educação: O Caso do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.....	132
4.7 Limites e Alcance da Judicialização da Política Educacional.....	147
4.7.1 A Judicialização da Educação e o Direito de Acesso à Escola.....	147
4.7.2 A Judicialização da Educação e o Direito à Educação de Qualidade...	157
4.8 A Participação Popular como Caminho Possível à Educação com Qualidade.....	160
CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS.....	174

ASPECTOS INICIAIS

A presente pesquisa propõe o estudo da efetivação do direito fundamental à educação por meio da intervenção judicial na política pública, considerando, para tanto, os limites entre o direito e a política, que devem ser observados pelo julgador quando profere uma decisão em matéria de direito fundamental social prestacional, que tem como característica principal a dimensão plurilateral.

Há os que defendem que a intervenção judicial na política não é tema novo. Contudo, parece haver aqui um equívoco, principalmente quando se pensa na realidade brasileira, pois, sem sombra de dúvida, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se fundou um novo modelo de Estado brasileiro, com fundamentos na democracia, na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. A par disto, incorporaram-se no direito nacional teorias como a da Força Normativa da Constituição, que implicou em uma revisão da hermenêutica dita tradicional, para dar lugar à hermenêutica ontológica ou filosófica.

Essas matérias todas ainda são amplamente discutidas pelo direito nacional e internacional e, em razão de sua complexidade, carecem de muitas respostas.

Todavia, o caso brasileiro ainda tem particularidades que países europeus e os Estados Unidos, que importam as teorias constitucionais, não têm, como a acentuada desigualdade social, marcada por um processo histórico que coloca o Brasil no grupo de países que emergiram recentemente de sistemas políticos autoritários, em razão de uma tradição colonial, escravista, coronelista e populista, excludente das maiorias pobres, onde o direito e a cidadania foram substituídos pela exclusão, durante séculos.

Não é mais possível importar teorias prontas, de países com processo histórico muito diferente do brasileiro, e aplicá-las na prática jurídica nacional desconsiderando a sua realidade histórico-cultural.

Nesse sentido, tratar da judicialização da política no Brasil é ainda assunto recentíssimo, a considerar o curto período de vigência da Constituição Federal e o longo período de autoritarismo político e social, que culminou na grande exclusão das maiorias pobres.

Quando se fala em exclusão, é imprescindível trazer à tona o direito fundamental à educação, e por diversos motivos, mas, principalmente,

porque é por meio da educação que a pessoa alcança a conscientização de si mesma, do outro e da sociedade na qual está inserida, completando um processo de humanização, pois, embora todos nasçam biologicamente humanos, a humanização se dá por meio da educação. Isto, em relação às parcelas oprimidas da sociedade, significa levá-las a compreender a sua condição, a fim de agirem a favor da própria libertação.

Neste vértice, a educação integra-se à dignidade humana, numa reciprocidade axiológica e antropológica que dificulta aferir um juízo do quão profunda é esta interferência, pois a educação integral alcança a dimensão biológica e psicológica do humano e, por outra via, a dignidade está encarnada no humano.

Mas, no aspecto jurídico, estabelecer esta relação é tarefa mais fácil, na medida em que a dignidade humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, inserido no artigo 1º da Constituição Federal, cuja proteção se dá, em maior ou menor medida, segundo a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

A educação, por sua vez, é direito humano fundamental determinado pela Constituição Federal, no artigo 6º, com desdobramentos nos artigos 205 a 214 e em leis infraconstitucionais, o que significa dizer que a efetivação do direito à educação leva à proteção da dignidade humana e à sua emancipação.

Entretanto, como isto se opera na prática?

Pois bem, o raciocínio inicial parte da ideia de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático, que foi instituído pelo poder soberano, que é o poder do povo, representado na Assembléia Constituinte pelo legislador originário que elaborou a Constituição de 1988.

Contudo, este Poder, uno, foi dividido em três Poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que, embora independentes, desempenham suas respectivas funções harmonicamente, com a finalidade de assegurar os direitos humanos fundamentais e, por consequência, a proteção à dignidade humana.

Portanto, na prática, é atribuição dos três Poderes dar efetividade aos direitos humanos fundamentais, para preservar a dignidade humana, por meio da interpretação e aplicação das normas constitucionais,

cabendo principalmente ao Executivo a formulação de políticas públicas que, aprovadas pelo Legislativo, implantarão direitos fundamentais sociais, como o direito à educação.

Caso o Poder Executivo, eximindo-se de suas competências Constitucionais, deixe de elaborar políticas públicas que viabilizem o acesso à educação e à qualidade na educação, pode ocorrer o que se chama de intervenção judicial na política pública.

Desta feita, incontestemente a efetivação do direito fundamental à educação por meio do acesso à escola e à qualidade do ensino, motivo que justifica a importância da pesquisa, uma vez que é considerável investigar em que medida a intervenção judicial na política de educação pode contribuir, eficazmente, para sua efetividade.

Para tanto, será pesquisada a relação entre o direito e a política e averiguados os limites entre ambos, com prevalência do Princípio da Separação dos Poderes, da Legitimidade Democrática e da Capacidade Institucional do Poder Judiciário, os quais nortearão a análise de amostras de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em ações cujas demandas versaram sobre o direito à educação.

Para a viabilização do estudo proposto, será necessário abordar temas que emoldurarão o núcleo da pesquisa. Por isso, o Capítulo 1 abordará a evolução do Estado segundo o pensamento histórico e jus-filosófico; no Capítulo 2, será aferida a relação entre Democracia, Direitos Humanos Fundamentais e Hermenêutica; no Capítulo 3, serão tratados os temas que envolvem a Judicialização da Política e a relação entre o Direito e a Política e, por fim, no Capítulo 4, discorrer-se-á sobre o Direito à Educação e a Dignidade Humana, bem como a sua efetivação por meio da intervenção judicial, observados os limites entre a política e o direito, a partir da análise das decisões judiciais.

Espera-se, com este estudo, dar visibilidade ao direito à educação e à intervenção judicial nesta política, sem desviar o olhar do princípio democrático, que tem implicação, também, na participação popular.

CAPÍTULO I

O ESTADO NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO

“Resolvemos solenemente que estes mortos não caíram em vão; que esta nação, com a graça de Deus, terá nova aurora de liberdade; e que o governo do povo para o povo não desaparecerá da terra”.

Abraham Lincoln

Como exercício do pensamento, os filósofos tendem a observar os fatos da vida, vislumbrando neles a possibilidade de manutenção ou mudança de uma realidade. Ao analisar, em síntese, o pensamento filosófico dos eminentes autores ao longo da história, verifica-se a definição ou a transformação de um contexto social entre as reflexões sobre uma ficção jurídica denominada Estado.

Etimologicamente, a palavra Estado, do latim *status*, significa estar firme (BARSA, 1969, p. 475). Desse modo, representa uma estrutura sólida. Essa semântica de Estado relacionada à sociedade política surgiu conceitualmente no livro “O Príncipe”, de Niccolò di Bernardo dei Macchiavelli (1469 - 1527), escrito entre 1513 e 1514, no bojo da formação dos Estados Nacionais. Esse livro é o marco que inaugura o pensamento político moderno, escrito num período conhecido como Renascimento. Nesse momento histórico, um emergente grupo social, a burguesia¹, necessitava de um instrumento que pudesse solidamente representar seus interesses, um Estado forte (CHAUÍ, 2008).

Com a consolidação da figura do Estado, o pensamento filosófico formulou hipóteses que envolviam sua origem, sua finalidade e seu modo de atuação estatal, bem como aperfeiçoou os seus conceitos.

No século XVIII, período revolucionário do mundo moderno em que se propõe situar a fixação de uma entidade estatal em relação à sociedade política, encontra-se uma intensa produção do pensamento filosófico correspondente às indagações da origem do Estado.

Para Friedrich Hegel (1770 - 1831), a sociedade civil era o reino do privatismo, do individualismo e do particularismo estreito. Para transcender essa limitação da sociedade civil, era preciso que o Estado fosse o fundamento da sociedade, atribuindo-lhe racionalidade. O Estado, segundo esse pensador,

1

A burguesia nasceu dos burgos, que eram aldeias que se formaram à volta dos castelos feudais, durante a Idade Média, “[...] nos burgos a divisão social do trabalho fez parecer uma outra organização social, a corporação de ofício. Tecelões, pedreiros, ferreiros, comerciantes etc. organizavam-se em confrarias nas quais os membros estavam ligados por um juramento de confiança recíproca. [...] As corporações fazem surgir uma nova classe social que, nos séculos seguintes, torna-se economicamente dominante e busca também o domínio político: a burguesia, nascida dos burgos” (CHAUÍ, 2008, p. 367).

é o princípio e o agente da universalidade, sendo a expressão da dimensão universal de que carece a sociedade civil.

Em sua teoria, entende o Estado como uma das mais altas sínteses do espírito objetivo, ou seja, o Estado sintetiza, numa realidade coletiva, a totalidade de interesse contraditório entre os indivíduos.

Dessa forma, o Estado se define não por não possuir nenhum interesse particular, mas apenas os interesses comuns e gerais a todos. O Estado é resultado de uma ação que obedece ao interesse geral de toda a coletividade (SOARES, 2009).

Diferentemente do que concebem as teorias contratualistas que precedem Hegel, para esse filósofo a sociedade civil só existe por meio do Estado, e não vice-versa. O Estado tem a finalidade de promover a integração das partes, o que nega a anterioridade de indivíduos capazes de fundar um Estado por meio de um pacto. Para Hegel, o Estado funda o povo e a soberania é do Estado (SOARES, 2009).

Opostas a esses conceitos quanto à origem estatal, estão as teorias contratualistas que têm como seus maiores representantes John Locke (1632 - 1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712 - 1778).

Para o primeiro, as teorias apontam a formulação do pacto entre o indivíduo e o Estado sob a égide do pensamento liberal. Com uma análise diferente de Rousseau, não observa no estado de natureza uma situação de guerra e o egoísmo; ao contrário, os homens são livres, iguais e independentes (BITTAR, 2007).

Para Locke, o pacto torna legítimo o poder do Estado e o que faz os homens delegar o poder à entidade estatal são os riscos das paixões e da parcialidade que podem desestabilizar a relação entre os homens. O Estado não deve intervir; mas, sim, garantir e tutelar o livre exercício da propriedade, da palavra e da iniciativa econômica.

Por essa razão, Locke estabelece uma distinção entre a sociedade política e a sociedade civil, entre o público e o privado, que devem ser regidos por leis diferentes (BITTAR, 2007).

Já o pensamento rousseauiano, notado por meio de sua principal obra, *Du contrat social*, repercute intensamente nas teses atuais a respeito do Estado nos contornos de suas teorias. A hipótese desse autor é a formação ou a origem do Estado por meio de um contrato social. Ou seja, um pacto ou uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado.

Pode-se afirmar que o contrato social possui o respaldo da vontade geral, que não se constitui meramente da somatória de vontades particulares, mas que se coloca na posição de representar o interesse comum.

Vale lembrar que a vontade geral é mais que simplesmente a vontade de todos somada, pois aquela visa à realização do interesse comum e público, e esta visa aos interesses particulares. Para Rousseau, a vontade geral não está relacionada à ideia de unidade, ou seja, ela não é unânime, por não haver discordância, mas porque nela estarão contadas todas as ideias, todas as contribuições, todas as discordâncias que participam formalmente do todo, do sistema (BITTAR, 2007).

O critério para definir a vontade geral é a participação de todos, com a formação de um consenso da maioria. Embora em torno desses conceitos sobre a vontade geral não haja uma distinção conceitual entre esta e a democracia, a hipótese da vontade geral, que apesar de não se enquadrar a todos povos, a todos os sistemas políticos e em todos os tempos, guarda consigo o germe daquilo que atualmente se denomina democracia participativa (BONAVIDES, 2004).

No século XIX, acentua-se a contradição do modelo econômico capitalista institucionalizado por meio do Estado. Com isso, a eminente produção filosófica desse período preocupou-se em elaborar uma crítica sobre essa estrutura estatal utilizada pelo modelo econômico (CHAUÍ, 2008).

Representam essa abordagem de pensamento Karl Marx (1818 - 1883) e Friedrich Engels (1820 - 1895), os quais, com uma análise crítica sobre a realidade de seus tempos, formularam um pensamento que sustenta a ideia de um Estado que atende à finalidade econômica de uma classe social. Para esses autores, o Estado cumpre o papel de instrumento, ou seja, uma

superestrutura para consolidar o modelo econômico defendido por uma classe que detém o poder político na sociedade (BITTAR, 2007).

A organização social pode ser entendida, pela observação desses autores, como uma composição de diversos grupos sociais, que se diferenciam por sua condição econômica e atividade que exercem, lutando entre si para a defesa de seus interesses peculiares. Com isso, o Estado, nessa luta, é um aparelho determinante para a consolidação dos interesses dos grupos sociais que conseguem alcançar o poder político (CHAUÍ, 2008).

Todas essas considerações e hipóteses entre os filósofos ao longo dos tempos sobre tal ficção jurídica, o Estado, revelam a dialética do pensamento na busca de soluções. Assim sendo, constitui como exercício filosófico não somente observar a realidade; mas, sim, transformá-la. Isso significa que o modelo de Estado com sua finalidade e forma de atuação poderá ser continuamente construído por novas hipóteses como concerne à dialética histórica do conhecimento humano.

É mister tratar das fases da evolução do Estado, segundo a construção do pensamento filosófico, até chegar ao momento atual, no qual se vive sob a vigência do Estado Democrático de Direito.

1.1 Do Estado Antigo ao Estado Liberal

As transformações pelas quais passou o Estado no período da história, compreendido entre as práticas e costumes antigos e as revoluções que culminaram no liberalismo, permitem constatar que o Estado só pode ser compreendido a partir de um conjunto de fatores que envolvem a questão política, sociológica, econômica e cultural, que traz em si toda carga da evolução histórica do homem na sociedade.

Durante todo o período da Idade Média, estabelecido entre os séculos V e XV da História da Europa, não se conhecia o sentido da palavra Estado. Com a queda do Império Romano e o crescimento do feudalismo sob as ruínas desse Império, o modelo de governo conhecido pelos antigos – que

tinha características próprias de Estado, como organismo concentrador de coerção, representação da unidade de um sistema, entre outras – arrefeceu-se. Os povos antigos exerciam o governo por meio da realização do culto, em que o rei e o sacerdote eram personalidades místicas, que controlavam os instintos do humano, em virtude do respeito superior instaurado pela crença mística (BONAVIDES, 2007).

O autor Paulo Bonavides (2007, p. 32) intitula esse período como Estado Antigo, o qual, nas suas palavras, reduzia-se:

[...] numa extremidade, à força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente; noutra, à onipotência consuetudinária do Direito ao fazer suprema, em certa maneira, a vontade do corpo social, qualitativamente cifrado na ética teológica da *pólis* grega ou no zelo sagrado da coisa pública, a *res publica* da *civitas* romana.

No período medieval, o poder da Igreja Católica na Europa cresce muito à medida que se esfacela e desmorona o Império Romano.

O cristianismo, na idade medieval, irá, por sua vez, fundamentar as teorias políticas. As ideias cristãs recebem como herança, das tradições hebraicas e romanas, civilizações antigas, o caráter teocrático.

É perceptível, então, que a marca teocrática dos povos antigos na prática política é passada para o novo período da história iniciado a partir do século V, competindo à Igreja, tanto a de Roma, como a de Bizâncio – Ocidental e Oriental, o exercício do poder religioso, econômico e intelectual (CHAUÍ, 2008).

Já quanto aos senhores feudais, pode-se afirmar que detinham o poder à volta de seus castelos, onde os vassalos a eles se subordinavam em razão da relação estabelecida entre eles de vassalagem e suserania, em contrapartida recebiam a proteção do senhor feudal.

Em paralelo, nos burgos, constituiu-se uma divisão de trabalho que permitiu o surgimento de uma organização social forte, denominada de corporação de ofício, que ensejou o surgimento de uma nova classe, os burgueses, que detinham o poder econômico, mas passaram a almejar também o poder político (CHAUÍ, 2008).

Observa-se que os pensamentos para a mudança do curso da história deflagraram o florescimento do Renascimento, que teve seu auge nos séculos XV e XVI, destacando-se, no período medieval, o poeta Dante Alighieri, em cuja obra *Monarchia*, escrita entre 1312 e 1313, é semeado o germe da separação entre o poder temporal e o espiritual, defendendo um governo único e universal, que é a monarquia², cuja autoridade vem imediatamente de Deus (BITTAR, 2007).

No Renascimento, redescobrem-se as obras antigas de filósofos, historiadores e poetas, cujos textos passam a ser lidos e comentados novamente, ressurgindo como modelo a vida política das cidades antigas como Esparta, Atenas e Roma, ficando aparente a dicotomia entre a antiga proposta de liberdade republicana e aquela do período medieval em que a preocupação devia ser com a vida futura em outro mundo sem se ocupar com a vida presente neste mundo.

No vicejar desses pensamentos, Maquiavel (1469 - 1527) escreveu, entre 1513 e 1514, a obra “O Príncipe³”, que funda o pensamento político moderno, sendo-lhe atribuída a autoria da “expressão Estado” (BONAVIDES, 2007, p. 34).

Nessa obra, Maquiavel teorizou, a partir da realidade concreta, a soberania “[...] como instrumento político de um poder absoluto que se incorporava no príncipe como se o príncipe fora o próprio Estado” (BONAVIDES, 2007, p. 34).

A ideia de soberania⁴ surge na Itália, quando Maquiavel desvincula o poder político de elementos não políticos – como Deus, natureza e razão – e vincula-o à divisão social entre os grandes e o povo. Contudo, é na França, com o jurista Jean Bodin (1529/30 - 1596) que a soberania é descrita com cientificidade e é acurada a preocupação em conceituá-la e explicar a forma de exercê-la, vez que é o ponto principal para o fortalecimento do poder.

² “Toda a humanidade se ordena a um fim único. É preciso, então, que um só coordene. Tal chefe deverá chamar-se monarca ou imperador. Torna-se evidente que o bem-estar do mundo exige a Monarquia ou Império” (ALIGHIERI, *Monarquia*, 1973, p. 196 apud BITTAR, 2007, p. 131).

³ “O caráter fundamental do Príncipe consiste em que ele não é um trabalho sistemático, mas um livro ‘vivo’ em que a ideologia política e a ciência política fundem-se na forma dramática do mito” (GRAMSCI; Maquiavel, *a política e o estado moderno*, 1980, p. 3 – apud BITTAR, 2007, p. 147).

⁴ “[...] soberania, em latim, *suma potestas*, sumo poder ou poder supremo” (CHAUI, 2008, p. 371).

Segundo o autor:

A soberania é o verdadeiro fundamento, o eixo sobre o qual se move o estado de uma sociedade política e do qual dependem todos os magistrados, leis e ordenanças; ela é que reúne as famílias, os corpos e os colégios, e todos os particulares num corpo perfeito (República I, 2, p. 43, Apud BARROS, 2001, p. 227)

Ou seja, os pensamentos de Maquiavel e Bodin têm em comum o fortalecimento do poder por meio de sua centralização em razão da soberania, sendo que o primeiro, cientista político, desenvolve o seu pensamento fundamentando-o na ideia de virtude política; o segundo, jurista, na ideia objetiva de direito.

Além disso, a dialética histórica fez com que, ao fim da Idade Média, surgisse o Estado Moderno, também denominado de Estado Absolutista, caracterizado pela concentração do poder na figura do monarca, abolindo, definitivamente, a divisão de poderes entre os feudos, o que figurou no período medievo e substituiu a suserania pela soberania.

Frise-se que o Estado Absolutista é construído na teorização da soberania. Segundo essa teorização, Paulo Bonavides (2007, p. 36) divide-o em duas fases.

A primeira fase é caracterizada pelo regime monárquico de direito divino, onde o rei, eleito por Deus, representava a sua vontade. Com efeito, os teólogos afirmavam que a legitimidade do governo estava na providência divina. No que tange à segunda fase, afirma-se que representa o rompimento do Absolutismo com os teólogos em razão da colisão entre o poder temporal e o poder da Igreja. Contudo, se a justificação do poder não era mais divina, eram necessários outros fundamentos que o justificasse, os quais foram dados por Hobbes, provenientes do contratualismo social⁵.

⁵ “[...] a concepção de Thomas Hobbes (no século XVII), segundo a qual, em estado de natureza, os indivíduos vivem isolados e em luta permanente, vigorando a guerra de todos contra todos ou “o homem lobo do homem”“. [...] O estado de natureza de Hobbes e o estado de sociedade de Rousseau evidenciam uma percepção do social como luta entre fracos e fortes. [...] Para fazer cessar esse estado de vida ameaçador, os humanos decidem passar à *civitas* ou à sociedade civil, isto é, ao estado civil, criando o poder político e as leis. A passagem do estado de natureza ao estado civil ou à sociedade civil se dá por meio de um pacto social ou contrato social, pelo qual os indivíduos concordam em renunciar à liberdade natural e à posse natural de bens e armas e em transferir a um terceiro – o soberano – o poder para criar e aplicar as leis (determinando o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o permitido e o proibido) (CHAUI, 2008, p. 371).

Com a tese do contrato social, os teóricos⁶ buscaram racionalizar o Estado Moderno e legitimar o Absolutismo sob o fundamento de que o homem, ao deixar o estado de natureza para ingressar no estado de sociedade, transferiu toda sua liberdade ao Estado, que detinha o poder absoluto sobre a vida e o comportamento humano, mas, em contrapartida, obteve segurança.

A exemplo disso, segundo o pensamento de Hobbes e Rousseau, o direito à propriedade privada não é um direito natural, mas decorre do direito civil, sendo esse, portanto, um efeito do contrato social. Mas essa teoria não aplacava os ânimos da burguesia em ascensão, que detinha prestígio e poder em razão de suas riquezas, mas não o suficiente para superar a legitimidade natural que o sangue e a hereditariedade davam à realeza e à nobreza (CHAUÍ, 2008).

Surge como contraponto aos pensamentos de Hobbes e Rousseau, a teorização de John Locke⁷ de que o direito de propriedade, o direito à vida, à liberdade são direitos naturais do homem. Por isso, o Estado, que existe a partir do contrato social, tem como principal função a garantia do direito natural de propriedade e não a de criar ou instituir a propriedade privada. Curiosamente, os teóricos do absolutismo, bem como os teóricos do liberalismo, buscam nas mesmas fontes os seus fundamentos, qual seja: o direito natural ou jusnaturalismo.

Foi a burguesia, classe dominada, após formular sua revolta por meio da Revolução Francesa⁸, historicamente marcada pela queda da Bastilha em 1789, que passou a ser a classe dominante responsável por “[...] acordar o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas” (BONAVIDES, 2004, p. 42).

⁶ Hobbes, Rousseau e Locke radicaram suas filosofias políticas “[...] na dualidade contrastante de um estado de natureza que antecede o estado de sociedade” (BONAVIDES, 2007, p. 37).

⁷ “Percebe-se, então, que, para Locke, a propriedade, e o direito dela decorrente, precede a formação da sociedade civil. Não é o consentimento que dá origem a um instrumento artificial, qual o da propriedade que permite desigualdade entre os homens. Para Locke, é esse direito decorrência natural da relação do homem com o seu meio ambiente, com vista em sua conservação” (BITTAR, 2007, p. 183).

⁸ “A Revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levava à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo” (BONAVIDES, 2004, p. 43).

Com a consagração da propriedade privada como direito natural do homem pela teoria política e com a Revolução Francesa de 1789, ocorre o término do Antigo Regime⁹ e o recrudescimento das ideias políticas liberais, que afirmam, portanto, “[...] que o indivíduo é a origem e o destinatário do poder político, nascido de um contrato social voluntário, no qual os contratantes cedem poderes, mas não cedem sua individualidade (vida, liberdade e propriedade)” (CHAUÍ, 2008, p. 376).

Dessa forma, a Revolução Inglesa de 1644, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 (CHAUÍ, 2008, p. 377) são o marco do Estado Liberal ou, nas palavras de Bonavides, do Estado Constitucional, o qual, segundo o citado autor, divide-se em três modalidades:

A primeira é o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal); a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social); a terceira, o Estado constitucional da Democracia Participativa (Estado Democrático-Participativo) (2007, p. 41).

Discorrer sobre o Estado Liberal implica, necessariamente, tratar da divisão de poderes, tida, a bem da verdade, como princípio a embasar a existência do Estado de Direito por meio da limitação do poder dos governantes e da garantia de liberdades como conquista da cidadania – alicerces jurídicos de todas as Constituições.

É relevante ratificar que o idealizador da teoria da divisão de poderes foi Montesquieu¹⁰ (1689 - 1755), que a elaborou após viagem à Inglaterra, em 1729, “vislumbrando como sendo a possibilidade de este se tornar um princípio universal na construção da liberdade” (BITTAR, 2007, p. 196).

Os valores do Estado liberal, representados na conjugação da tríade liberdade, igualdade e fraternidade, foram reconhecidos nas Constituições, notadamente por aqueles direitos que passaram a ser denominados de fundamentais de primeira dimensão, que se caracterizam por

⁹ “Antigo, em primeiro lugar, porque politicamente teocrático e absolutista. Antigo, em segundo lugar, porque socialmente fundado na ideia de hierarquia divina, natural e social e na organização feudal, baseada no pacto de submissão dos vassallos ou súditos ao senhor” (CHAUÍ, 2008, p. 376).

¹⁰ “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil (...). Chamaremos esse último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado” (Montesquieu, p. 148-149).

restringirem a atividade estatal frente ao cidadão e que representam os direitos civis e políticos.

Não obstante o avanço histórico introduzido pelas conquistas sociais que permitiram o surgimento do Estado Liberal no século XVIII, com fundamento em constituições estabelecendo a divisão de poderes e as liberdades negativas em face do Estado, a luta por essas conquistas está sendo lenta e gradual.

A confirmação dessa assertiva está no fato de que as mulheres na França e na Inglaterra somente alcançaram a cidadania plena após a Segunda Guerra Mundial. Em países da América Latina, os índios ficaram excluídos da cidadania e os negros na África do Sul votaram pela primeira vez somente em 1994 (CHAUÍ, 2008).

Tais fatos históricos revelam, portanto, que o contrato social não estendia suas cláusulas a todos, ou seja, não transformava todo o povo em corpo político de cidadãos, mas delimitava o pacto a uma classe social; em termos econômicos, a dos proprietários; em termos étnicos, a dos brancos adultos; em termos de gêneros, somente a dos homens, visto que as mulheres, os negros, as crianças e os índios não tinham o direito à cidadania, valendo dizer, então, que o pacto social estendia-se ao homem branco proprietário.

Nesse sentido, Chauí (2008) irá dizer que o termo “minorias” é utilizado para se referir a mulheres, negros, idosos, crianças, homossexuais, embora, quantitativamente, sejam a maioria. A autora explica que isso ocorre justamente porque a palavra maioria é utilizada no sentido qualitativo e o pensamento político liberal, ao definir, quem teria direito à cidadania, usou como critério a idéia de maioria racional:

[...] seriam cidadãos aqueles que houvessem alcançado o pleno uso da razão. Alcançam o pleno uso da razão ou a maioria racional os que são *independentes*, isto é, não dependem de outros para viver. São independentes os proprietários privados dos meios de produção e os profissionais liberais. São dependentes e, portanto, em estado de minoridade racional: as mulheres, as crianças, os adolescentes, os trabalhadores e os “selvagens primitivos” (africanos e índios). Formam a minoria. Como há outros grupos cujos direitos não são reconhecidos (por exemplo, os homossexuais); fala-se em “minorias”. A “maioridade” liberal refere-se, pois, ao homem adulto branco proprietário ou profissional liberal (CHAUÍ, 2008, p. 406).

Como já mencionado, Maquiavel foi responsável por inserir uma mudança importante na forma com que a política era concebida e como se estabelecia a relação entre sociedade e poder. Respeitadas as diferenças de cada teoria, segundo o momento histórico em que foram concebidas e os problemas que buscaram resolver, na vigência do Estado Liberal a obra de Marx talvez tenha tido os mesmos efeitos que a obra de Maquiavel para o rumo que a política tomaria a partir de então, pois foi o pensador responsável por desmistificar a política liberal.

Enfim, o Estado Liberal ou Estado de Direito cumpriu bem a missão de limitar o poder por meio de uma Constituição. Contudo, a centralidade dada às leis, aos códigos e à divisão de poderes dificultou o desenvolvimento da concepção de justiça, e o Estado de Direito tornou-se formal, com normas hierarquizadas, que não possibilitaram coadunar direito e justiça.

1.2 O Estado Social

As ideologias do liberalismo defendiam a livre concorrência em um momento histórico no qual deflagrava a Revolução Industrial na Europa, que teve como consequência a crescente exploração da mão-de-obra do trabalhador à medida que se desenvolvia o capitalismo industrial, surgindo uma classe social bastante definida, que era a dos proletários.

Em contrapartida, os burgueses, classe detentora dos meios de produção no liberalismo econômico, outrora responsável pela revolução que deu origem ao Estado Liberal que substituiu o Estado Absoluto, passa da submissão ao poder político e econômico.

Para Bonavides, o aparecimento do Estado Social está ligado à intervenção ideológica do socialismo,¹¹ representada na corrente dos socialistas utópicos e dos pensadores do chamado socialismo científico.

¹¹ “[...] as teorias socialistas são aquelas que se fundam nas relações sociais e nas ações sociais, isto é, que recusam a separação liberal entre sociedade e Estado e procuram na atividade social os fundamentos do poder e ação políticos” (CHAUÍ, 2008, p. 380).

A corrente do socialismo utópico, segundo Chauí, “[...] vê a classe trabalhadora como despossuída, oprimida e geradora da riqueza social sem dela desfrutar”. Já o socialismo científico critica o Estado liberal, o socialismo utópico e o anarquismo, sendo que a primeira corrente defende a reforma do Estado e a segunda a sua extinção e total desaparecimento (2008, p. 380).

Mas Bonavides faz distinção entre o Estado Social do Estado Socialista, sendo o primeiro resultado de uma transformação pela qual passou o Estado Liberal, mas conservou sua adesão ao capitalismo; e o segundo é o estado proletário que rompe com o capitalismo e com a estrutura estatal por meio da ditadura do proletariado (2004, p. 183).

Sem dúvida, os movimentos revolucionários do socialismo permitiram o surgimento do Estado Social a fim de corrigir deformações do Estado Liberal capitalista em benefício das classes menos favorecidas e que não eram detentoras da propriedade, mas necessitavam da intervenção estatal a fim de libertá-las da miséria, da fome, do analfabetismo e da ganância dos proprietários dos meios de produção que geravam condições inumanas à classe dos trabalhadores.

O Estado, então, sai do abstencionismo e passa à condição de intervencionista¹², assumindo a missão de promover a melhoria das condições de vida da população depois de constatar que a liberdade formal trouxera a exploração do homem pelo próprio homem, demonstrando a necessidade de romper com o paradigma vigente.

Isso é: Estado do Bem-Estar Social (Welfare State), que tem suas colunas estruturais, segundo Reinaldo Silva, fundadas na criação de instituições previdenciárias, na função de promover a solidariedade nacional e “no seguro social integrado a um esquema de administração de risco orientado

¹² “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social” (BONAVIDES, 2004, p. 186).

para um futuro aberto”. No Estado Liberal, a força de trabalho é explorada pelo capital ao passo que no Estado Social a organização da sociedade capitalista ocorre em torno do contrato de trabalho (1998, p. 45).

Por essa razão, as Constituições contemporâneas passaram a positivar direitos sociais buscando equilibrá-los com os direitos de liberdade. A Constituição Mexicana, promulgada em 1917, foi a primeira “[...] a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos” (COMPARATO, 2007, p. 178). A Constituição Alemã, chamada de Weimer, de 1919, aperfeiçoou a Constituição Mexicana ao reconhecer a importância da intervenção estatal para proteção da família, do trabalho e da educação, integrando direitos civis e políticos com direitos econômicos e sociais.

Já a Constituição brasileira de 1934 teve fortes influências do constitucionalismo europeu e, inserindo-se no modelo das Constituições contemporâneas, a exemplo da alemã¹³ de Weimar, destinou o Título IV do seu texto à ordem econômica e social, destacando-se do seu Preâmbulo a missão da nova carta constitucional que consistia em “[...] organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico¹⁴”.

No que se refere à Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, é relevante destacar que tinha um caráter concentrador do poder político-administrativo, mas manteve alguns direitos sociais, os quais foram ampliados na Constituição de 1946.

Contudo, resta incontestado que a Constituição Federal de 1988 foi idealizada para a realização da plena cidadania, por meio do Estado Democrático de Direito, que nasceu com a função de concretizar os direitos sociais equilibrando-os com o desenvolvimento econômico e com a participação social nas atividades do Estado e nas decisões políticas.

¹³ “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob influência da Constituição alemã de Weimar” (SILVA, 2001, p. 82).

¹⁴ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16/7/1934, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

Por fim, as mudanças introduzidas pelo Estado Social talvez tenham sido o grande marco da história da humanidade, pois este foi o responsável por elevar à esfera constitucional direitos sociais considerados fundamentais para a dignidade da pessoa humana.

1.3 O Estado Democrático de Direito

O reconhecimento, no texto constitucional, dos direitos sociais, tidos como direitos fundamentais de segunda dimensão¹⁵, não foi suficiente para sua implantação e efetividade. O olhar para a história permite vislumbrar que as conquistas de direitos são árduas e impulsionadas pela revolução e pelos pensamentos jusfilosófico e sociológico, os quais, analisando uma dada realidade, buscam explicações científicas para firmar teorias em relação ao Estado e à sociedade.

No Estado Social, as revoluções e o pensamento jusfilosófico e sociológico¹⁶ deram início a mais uma transformação do Estado, buscando a efetividade dos direitos sociais positivados nas constituições, uma vez que o gradual predomínio do mercado ou da “razão mercadológica”, na expressão de Ernani R. de Carvalho, retraiu, ou, até mesmo, impediu¹⁷ o desenvolvimento das garantias sociais (2004, p. 189).

Fez-se necessária a construção de um novo paradigma para superar aquele vigente no Estado Social, e esse novo modelo é o do Estado Democrático de Direito, o qual enseja uma concepção jurídica que busca enfrentar o positivismo do Estado de Direito por meio de uma nova hermenêutica jurídica: a hermenêutica constitucional.

¹⁵ Os de primeira dimensão são aqueles que surgiram e afirmaram-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, caracterizando-se como direitos negativos. Os de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, que atribuem ao Estado comportamento ativos na realização da justiça social, cuja nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva. Os de terceira dimensão são os direitos de solidariedade e fraternidade, os quais destinam-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (Sarlet, 2001).

¹⁶ “Com a transformação do puro Estado de direito em Estado social, as teorias meramente jurídicas do Estado, condenadas como formalistas, foram abandonadas pelos próprios juristas. Com isso, recuperaram vigor os estudos de sociologia política, que têm por objeto o Estado como forma complexa de organização social (da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos)” (BOBBIO, 2003, p. 57).

¹⁷ Segundo Lênio Streck, o direito promovedor do Estado Social nem sequer chegou à América Latina. (In: apresentação da obra ‘Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais’ de Georges Abboud, p. 25)

Surge, assim, o Estado Constitucional da Democracia Participativa¹⁸, resultado da evolução do constitucionalismo da separação dos poderes e do constitucionalismo dos direitos fundamentais. Esse Estado pós-positivista também enseja um novo direito constitucional, denominado de neoconstitucionalismo, cujo marco teórico, segundo Barroso (2005), compreende três vertentes: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Para Bonavides (2007, p.41), o atual estágio do Estado Constitucional inaugurou uma quarta dimensão de direito fundamental, consubstanciada no direito à Democracia. O autor discorre que com a “[...] Democracia participativa, a soberania passa do Estado para a Constituição, porque a Constituição é o poder vivo do povo [...]”.

Nesse sentido, está a destacar a soberania constitucional, responsável pela força onipotente dos princípios, sem os quais não é possível extrair qualquer compreensão da Constituição e da Hermenêutica que dela deriva (2007, p. 56). Utilizando-se de uma metáfora, o autor define a importância dos princípios no Estado Democrático ao qualificá-los como o “espírito das Constituições” (2007, p. 58).

Nesse diapasão, infere-se que há um liame entre alguns elementos em decorrência da própria natureza do Estado Democrático de Direito, que é a construção da Democracia e a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais por meio de uma Hermenêutica Constitucional que reconhece a prevalência dos princípios e a soberania constitucional. Tudo isso visando a um único fim: um novo olhar sobre o humano a fim de reconhecer, no mundo contemporâneo, dominado pelo poder do mercado globalizado, a dignidade da pessoa humana.

¹⁸ Para Paulo Bonavides, o Estado Absoluto foi convertido em Estado constitucional com o advento do Estado Moderno. Para o autor, a inauguração do Estado constitucional se deu com o fim do Estado Absolutista, e desde sua fundação até a atualidade o Estado constitucional é dividido em três modalidades: Estado constitucional da separação de poderes (Estado Liberal), Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social) e Estado Constitucional da democracia participativa (Estado Democrático-Participativo) (Teoria do Estado, 2007, p. 40-41).

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988¹⁹, a sociedade brasileira deixou o ilegítimo modelo estatal determinado pela ditadura militar iniciada em 1964 e adentrou no Estado novo, democrático, tendo na igualdade e na justiça os valores supremos para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, conforme se extrai do Preâmbulo da Constituição.

O art. 1º da C.F. já explicita que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e, nessa qualidade, estabelece os seus fundamentos na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

No parágrafo único do sobredito artigo, o legislador constituinte estabeleceu a origem do poder no Estado Democrático de Direito, o qual advém do povo, ao mesmo tempo em que o povo é a justificação do poder do Estado.

Da razão entre poder e povo, Bonavides extrai a equação substancial para o constitucionalismo democrático, que é a soberania constitucional:

Se fizermos soberanos os princípios, qual estamos a fazê-lo perante a normatividade da teoria constitucional de nosso tempo, seremos fiéis ao verdadeiro conceito de Povo no que toca à esfera abstrata da justificação de seu poder. Por esse caminho se chega à soberania constitucional enquanto sinônimo da soberania popular (2007, p. 57).

A soberania de uma Constituição principiológica, como a brasileira, imprime características impares no Estado Democrático de Direito de um país recém-egresso das masmorras da ditadura, como é o caso do Brasil. Isso ocorre principalmente no que tange à superação do positivismo pela aplicação dos princípios que tem como corolário a possibilidade de responsabilização pelo descumprimento de valores como justiça, liberdade, igualdade, dignidade, entre outros, que outrora faziam parte do campo teórico, sem qualquer normatividade jurídica.

¹⁹ A partir deste ponto, toda referência à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 referir-se-á ao texto constitucional disponível no site do Planalto, no seguinte endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Indubitavelmente, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional assume relevante função em face da inércia dos Poderes Públicos na garantia dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia, acentuadamente porque o Brasil é um país considerado de modernidade tardia.

CAPÍTULO II

DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

*“Saiba o que fiquei sabendo para que,
a despeito de tudo, você continue a
amar a democracia.”*

Rubem Alves

O tema de estudo proposto exige a abordagem da democracia, da hermenêutica constitucional e dos direitos humanos fundamentais, a fim de traçar a relação entre eles e a sua fundamentalidade para a estrutura do Estado Democrático de Direito, cujo objetivo nuclear é a defesa e a proteção da dignidade da pessoa humana.

À luz dessa trilogia, há uma riqueza de saberes que foram sendo discutidos ao longo dos tempos e que permitiram o desenvolvimento das mais diversas teorias nos vastos campos do conhecimento, principalmente em relação à democracia, que instiga as mentes há milênios.

Mas, a bem da verdade, as teorias adquirem valor à medida que transformam a vida das pessoas e tornam melhor a convivência humano-comunitária, o que talvez possa se resumir na expressão “convivência democrática”.

O educador, psicanalista, escritor e professor emérito da Unicamp, Rubem Alves, expressa, em uma de suas crônicas intitulada “Ganhei Coragem”, o seu medo da conjugação destes dois elementos: povo e democracia (Folha de S. Paulo).

Parece espantoso que alguém possa ter medo de duas expressões que são reciprocamente referência axiológica; pois qual o sentido da democracia sem o povo e do povo sem a democracia, uma vez que a própria raiz do termo democracia, do grego antigo, está vinculada ao povo?

Todavia, o autor explica o seu medo do povo ao trazer à lembrança que foi a vontade do povo que crucificou Jesus Cristo e soltou Barrabás; na China de Mao-Tse-Tung, durante a revolução cultural, o povo queimava violinos em nome da verdade proletária e na Alemanha, o nazismo era um movimento popular que amava o Führer.

Contudo, Rubem Alves, na sua crônica, não desacredita do povo e da democracia; ao contrário, defende a construção da democracia, necessitando, para tanto, que o povo passe a agir racionalmente, buscando os interesses da coletividade, pressupostos sobre os quais se constrói a democracia.

A história também demonstra que o homem é um ser que percebe tudo o que acontece em sua volta e sempre é desejoso de construir sentido sobre aquilo que percebe. Construir sentido para tudo parece ser a força motriz do humano. Por isso, o homem é, na sua essência, um ser hermenêutico, porque sempre almeja o sentido.

Os direitos fundamentais erigidos à qualidade de normas constitucionais devem ser a bússola a orientar as decisões políticas, judiciais e legislativas, mas também a convivência humana: sem preconceitos de origem, credo, raça, sexo, cor ou qualquer outra discriminação.

Somente assim, portanto, será possível construir um ambiente cheio de sentido a todos os seres humanos a partir da convivência democrática.

2.1 A Democracia

Há milênios, o saber humano se debruça sobre o estudo da democracia, o que demonstra a importância do tema para as sociedades humanas. Um olhar para a história permite inferir que muito se conquistou na evolução dos estados, conforme demonstrado no capítulo um deste estudo, no que se refere não à teorização da democracia, mas à sua prática na vida comunitária. Hodiernamente, no Estado Democrático de Direito, cujo sistema econômico vigente no ocidente é o capitalismo, há um recrudescimento da defesa da democracia justamente porque nesse sistema econômico são muitos os obstáculos à democracia.

A democracia sempre foi utilizada para expressar uma das formas com que pode ser exercido o poder político, e trata daquela forma na qual o poder político é exercido pelo povo. Entretanto, para que se possa compreender a democracia, é importante compreender as outras formas de governo, vez que o conceito de democracia é construído em relação aos demais conceitos que compõem o sistema das formas de governo. Bobbio divide o estudo do conceito de democracia “segundo os diversos usos a que a

teoria das formas de governo foi destinada ao longo do tempo”, cujos usos são: descritivo (ou sistemático), prescritivo (ou axiológico) e histórico (2003, p. 135).

O uso descritivo permite classificar as formas de governo que existiram historicamente, segundo aquilo que as une e aquilo que as distancia. A tipologia da classificação com base no número de governantes atribui à democracia um significado descritivo de governo no qual o poder é exercido pelo povo, na sua totalidade ou maioria, e como tal distingue-se da monarquia, em que o poder é exercido por um; e da aristocracia, em que o poder é exercido por poucos. Essa classificação tripartida das formas de governo, vinculando a democracia como governo dos muitos, foi seguida por alguns clássicos da filosofia política, destacando, na Antiguidade, Heródoto, Platão e Aristóteles; na Idade Média, Marcílio de Pádua e, na Modernidade, Bodin, Hommesm, Spinoza, Hobbes, Locke, Vico e Rousseau - que tratou da soberania do poder, mas não especificamente de sua titularidade (BOBBIO, 2003).

O uso prescritivo atribui juízos de valor às formas de governo de modo que uma é julgada má e a outra boa ou melhor e pior. Ao longo da história do pensamento político, levantaram-se argumentos a favor e contra a democracia, destacando-se, dentre os clássicos, os que eram favoráveis à monarquia e contrários à democracia²⁰: Bodin, Hobbes, Locke, Vico, Montesquieu, Kant, Hegel. Spinoza defendeu a democracia como governo superior para efetivar o fim último do Estado, que era a liberdade. O pensamento de Rousseau²¹, após a revolução americana e francesa, torna-se um forte argumento em favor da democracia frente às demais formas de

20

Hobbes, em sua obra *De cive*, no décimo capítulo, reúne argumentos antigos e modernos contra a democracia: “[...] os argumentos contra a democracia podem ser compreendidos em dois grupos, os que dizem respeito ao sujeito governante (a assembleia popular confrontada com o poder unido do rei) e os que dizem respeito ao modo de governar. Os defeitos das assembleias populares são a incompetência, o domínio da eloquência (e portanto da demagogia), a formação de partidos que obstaculizam a formação de uma vontade coletiva e favorecem a rápida modificação das leis, a ausência de segredo. Os inconvenientes do poder quando exercido pelo povo consistem numa maior corrupção – pois numa democracia os cidadãos famélicos, que devem ser satisfeitos pelos dirigentes do povo, são em maior número – e numa menor segurança, causada pela proteção que os demagogos são forçados a conceder a seus sustentadores, maior corrupção e menor segurança essas que não são compensadas por uma maior liberdade” (BOBBIO, 2003, p. 144).

²¹ “[...] cada um, unindo-se a todos, obedece apenas a si mesmo e permanece livre como antes” (Rousseau, apud BOBBIO, 2003, p. 145).

governo. Desde então, a democracia avança passo a passo, à medida que maior número de pessoas conquista o direito de participar da vida política, avanço cuja consequência é o retrocesso da autocracia (BOBBIO, 2003).

O uso histórico²² da teoria das formas de governo permite observar os momentos sucessivos do desenvolvimento a partir da passagem de uma forma a outra, sendo que para identificar se houve progresso ou retrocesso nessa passagem é preciso conjugar o uso prescritivo e o histórico. Assim, na sucessão das formas de governo segundo o pensamento político, os antigos deram preferência à monarquia e à aristocracia em detrimento da democracia. Na idade moderna, tem lugar a república aristocrática, a república popular e o principado, sendo que os principais pensadores políticos que refletiram sobre a formação do Estado moderno acreditavam que democracia era assunto do passado (BOBBIO, 2003).

O historiador e pensador político, Alexis de Tocqueville, em sua obra “A Democracia na América” (1835), produziu um trabalho reflexivo sobre a democracia - a partir da realidade que encontrou nos Estados Unidos quando lá esteve em 1835 - o qual se tornou referência sobre a questão das democracias contemporâneas. Tocqueville defende que a democracia real e efetiva exige três fatores que devem ser considerados conjuntamente, sendo eles: a liberdade, a igualdade e a soberania popular; a última, contudo, tem seu limite na justiça, depreendendo-se que não se pode fazer o que se quiser em nome da soberania popular²³.

Mais tarde, já no século XX, Bobbio também estabelece, na liberdade e na igualdade, as bases da democracia:

Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas definições possíveis de democracia, uma delas – a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores – é a definição segundo a qual a democracia é tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência (1997, p. 8).

²² No livro “Estado, Governo e Sociedade”, Bobbio detalha a posição da democracia nos diversos períodos da história, segundo o pensamento político vigente (2003, p. 147).

²³ “Considero ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria do povo tem o direito de fazer tudo; apesar disso situo na vontade da maioria a origem de todos os poderes. Estarei em contradição comigo mesmo? Existe uma lei geral que foi feita ou, pelo menos, adotada não apenas pela maioria deste ou daquele povo, mas pela maioria de todos os homens. Esta lei é a justiça. A justiça constitui, pois, o limite do direito de cada povo” (Tocqueville, 2001, Parte II, p. 294).

Em sua obra “A Democracia na América”, Tocqueville expressa encantamento à realidade democrática encontrada na América, o que demonstra que no século XIX há uma aspiração à democracia, como forma de governo. Mas é no século XX que a democracia ocupa um lugar central na seara política, o que levou Amartya Sen (1999) a proferir a afirmação de que o acontecimento mais importante do século XX foi a emergência da democracia. Nos séculos anteriores, a democracia sempre esteve nos palcos das discussões político-filosóficas, mas era considerada perigosa justamente porque atribuía o poder de governar à grande massa da população, que não estava em condições de fazê-lo, segundo convicção dos teóricos.

Para Santos e Avritzer, no século XX, a discussão em torno da democracia envolveu dois debates principais: o primeiro, travado na primeira metade do século XX, teve como ponto central a desejabilidade da democracia²⁴. O segundo, já na segunda metade, discutiu as condições estruturais da democracia, que incluiu também os “debates sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre a democracia e o capitalismo” (2003, p. 40).

Das discussões travadas no século XX, implantou-se um modelo hegemônico de democracia, fundado na lógica formal, elitista e representativa da política, reduzindo a cidadania ao direito de votar. Esse modelo foi cunhado nas sociedades do hemisfério norte e se estendeu ao resto do mundo, desconsiderando as experiências, os debates sobre democracia e a realidade cultural, social, econômica e política dos países do sul:

“[...] o debate sobre a democracia ao longo do século XX ficou limitado a duas formas complementares de hegemonia: uma primeira forma de hegemonia baseada na suposição de que a solução do debate europeu do período entre guerras teria sido o abandono do papel da mobilização social e da ação coletiva na construção democrática (Huntington, 1969); uma segunda forma de hegemonia é aquela que supunha que a solução elitista para o debate sobre a democracia, com a consequente supervalorização do papel dos mecanismos de representação poderia ser hegemônica sem que esses últimos precisassem ser combinados com mecanismos societários de participação (Manin, 1997, apud SANTOS, 2003, p. 43).

²⁴ Boaventura destaca os pensadores que, na primeira metade do século XX, discutiram o desejo democrático, sendo eles: Weber, 1919; Schmitt, 1926; Kelsen, 1929; Michels, 1949; Schumpeter, 1942. Na segunda metade, foram: Moore, 1966; O'Donnell, 1973; Przeworski, 1985; Wood, 1996 (Boaventura, Avritzer, 2003, p. 89).

Seguindo essa linha do pensar, a Filosofia da Libertação, de Henrique Dussel (1992), tem como ponto nevrálgico a necessidade da libertação do pensamento latino, que mantém uma submissão clara à filosofia européia. Tal pensamento estende-se aos assim chamados: países periféricos, não somente aos latinos, mas também aos países da África e da Ásia, como Índia, entre outros.

No seu estudo, Santos (2003) esclarece que, em paralelo à formação de uma concepção hegemônica de democracia, surgiu também, no pós-guerra, nos países do Sul, um conjunto alternativo de concepções que denominou de contra-hegemônicas, que visam romper com o modelo ditado pelo capitalismo de mercado e com o da democracia representativa fortalecida pelo neoliberalismo.

Guardadas as particularidades do pensamento desenvolvido por Dussel e por Santos, não há que se olvidar que de ambos é possível extrair o rompimento com as teorias desenvolvidas pelos países do Norte e aplicadas aos países do Sul, que possuem uma tradição histórica peculiar, decorrente da exploração colonial, que deixou marcas profundas de pobreza, miséria, analfabetismo, retrocesso social e que, em decorrência desses fatores, precisa produzir suas próprias teorias político-filosóficas a partir de sua realidade social e histórica.

As teorias hegemônicas, que consolidaram a concepção da democracia liberal, de acordo com Santos, buscaram responder a três questões: “a da relação entre procedimento e forma; a do papel da burocracia na vida democrática; e a da inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala” (2003, p. 44). As respostas obtidas visaram estabilizar a tensão entre capitalismo e democracia. Nesse sentido, manifesta o autor:

Essa estabilização ocorreu por duas vias: pela prioridade conferida à acumulação de capital em relação à redistribuição social e pela limitação da participação cidadã, tanto individual, quanto coletiva, com o objetivo de não “sobrecarregar” demais o regime democrático com demandas sociais que pudessem colocar em perigo a prioridade da acumulação sobre a redistribuição (SANTOS, 2003, p. 59).

Por outro lado, as concepções não-hegemônicas, da mesma forma, responderam às mesmas questões, mas obtiveram respostas diferentes porque entenderam a democracia “como forma de aperfeiçoamento da

convivência humana” sem desconsiderar a “pluralidade humana” (SANTOS, 2003, p. 50). As respostas contra-hegemônicas revelam que a democracia não é um fato natural, mas uma construção social e histórica que “implica questionar uma gramática social e estatal de exclusão e propor, como alternativa, uma outra mais inclusiva” (SANTOS, 2003, p.57).

Sobre a gramática social, manifesta-se Santos:

[...] o problema da constituição de uma gramática social capaz de mudar as relações de gênero, de raça, de etnia e o privatismo na apropriação dos recursos públicos colocou na ordem do dia o problema da necessidade de uma nova gramática social e uma nova forma de relação entre Estado e sociedade. Essa gramática implicou na introdução do experimentalismo na própria esfera do Estado, transformando o Estado em um novíssimo movimento social (1998, p. 59).

É importante também destacar o pensamento de Amartya Sen em relação à democracia, visto tratar-se de um teórico da economia que vê a realidade social pelo prisma periférico em razão de sua nacionalidade indiana, o que faz com que suas teorias tenha ponto de convergência com a teoria contra-hegemônica da democracia de Boaventura Santos e com a Filosofia da Libertação de Enrique Dussel.

Outro fator que revela a importância do pensamento desse autor é que desenvolve uma teoria democrática a partir da realidade econômica do final do século XX e início do século XXI, ou seja, atualíssima, e também porque articulou desenvolvimento com democracia, que são elementos nucleares para o Estado Democrático de Direito que adota como sistema econômico o capitalismo.

No livro “Desenvolvimento Como Liberdade” (2000), Sen estabelece uma lógica entre a consolidação da democracia por meio da inserção de modelos de participação social nos mais diversos espaços públicos, elemento nodal para a construção do conceito de desenvolvimento que deve ter como fator essencial a inclusão e a sustentabilidade econômica, ambiental e social. O desenvolvimento tem que ter um conceito expandido para além da ideia de crescimento econômico, aumento de riquezas, elevação do PIB, entre outros, pois deve ser construído a partir da ideia de melhor qualidade de vida para as pessoas e recrudescimento das liberdades. Nas palavras do autor, desenvolvimento é “[...] um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (p. 52) e, ainda, “[...] desenvolver e

fortalecer um sistema democrático é um componente essencial do processo de desenvolvimento” (p. 185).

O desenvolvimento é, acima de tudo, a expressão das ações livres das pessoas, por isso requer como condição de implantação a superação das privações de liberdade, que podem ser muito bem caracterizadas pela ausência de serviço de saúde de qualidade, precária educação básica e insuficiente número de vagas na educação superior, inadequados meios de habitação, falta de saneamento básico e água potável, além dos prejuízos às liberdades políticas por meio da “[...] violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos e civis” (SEN, 2000, p. 31).

Sobre as liberdades políticas, manifesta-se Sen:

“Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras” (2000, p. 25).

Na esteira do pensamento de Sen, é possível afirmar, sem medo de errar, que o desenvolvimento²⁵ precisa gerar melhores condições de vida para todos e não para uma minoria privilegiada, contribuindo para a redução da fome e das desigualdades sociais. O desenvolvimento não pode alcançar abstração tamanha que se desvincule da realidade social das maiorias empobrecidas, pois, tal qual a democracia, é um processo social e histórico. Por isso mesmo, a relação entre democracia e desenvolvimento, proposta por Sen, é um meio para estender as liberdades políticas e as civis. Fortalecendo a democracia,²⁶ os cidadãos poderão contribuir com os processos políticos de tomada de decisões.

Contudo, hodiernamente, constata-se que a democracia representativa²⁷ não tem contribuído para que o desenvolvimento favoreça o

²⁵ “[...] o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria” (Sen, 2000, p. 18).

²⁶ “[...] é preciso ver a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades [...] as liberdades políticas e as liberdades formais são vantagens permissivas, cuja eficácia depende do modo como são exercidas” (Sen, 2000, p.182).

²⁷ “Este sistema está em profunda crise. O casamento do poder financeiro-econômico com o poder político é o eixo do descrédito das instituições chamadas democráticas, que tem a sua origem (causa e

recrudescimento das liberdades políticas e civis a todos, haja vista a grande concentração de riqueza, que é vista como uma consequência antidemocrática, resultado das teorias hegemônicas que consolidaram a concepção democrática vigente.

A realidade social tem demonstrado que a democracia representativa nunca conseguiu fazer da política algo público. A tradição colonial, escravista, coronelista e populista é marcada pela privatização da coisa pública, apropriada por oligarquias e excludente das maiorias pobres. Ao invés do direito e da cidadania, a história dos países do sul foi marcada pelas prerrogativas dos privilegiados e pela exclusão. A política estatizada e limitada aos círculos oficiais excluiu a sociedade civil sempre impedida de constituir-se, na medida em que as manifestações e organizações sempre foram tratadas como caso de polícia. Viveu-se, durante longo período, uma cidadania negada, outorgada, concedida, regulada.

Mas, o anseio do homem pela democracia, a qual é fruto do labor da humanidade ao longo de sua trajetória no tempo, ainda hoje persiste. Tal constatação apresenta-se, se não como prova, pelo menos como forte indício de que há algo de relevante para o ser humano enquanto indivíduo e enquanto membro de uma sociedade, que não apenas a ideia de democracia, mas a efetiva realização desta no mundo fático.

A conquista de uma democracia mais apurada leva à vivência de uma cidadania cujo sentido ultrapassa os conceitos tradicionais do direito ao voto, fazendo emergir suas múltiplas dimensões: a cidadania civil, buscada nas lutas pela anistia e pela recuperação de direitos políticos; a cidadania social, conquista das reivindicações sociais por políticas sociais, a cidadania política, expressa na reivindicação da participação popular.

A participação, que aparece desde então na fala dos movimentos sociais, exige mais do que o direito de inclusão na sociedade,

consequência) nas enormes desigualdades. A excessiva proximidade entre a classe política dominante e as classes sociais dominantes (as elites financeiras e empresariais e os sectores afins de rendimentos superiores) mostra-se com toda a clareza na distância existente entre as elites dirigentes e as suas políticas públicas, por um lado, e as classes populares, que constituem a maioria da população, pelo outro. Estas últimas desejam políticas diferentes e opostas às que as primeiras estão a promover e implementar. Existem múltiplos exemplos disso. (...) O facto de que não se realize cada um destes pontos deve-se à excessiva influência que os grupos que concentram os rendimentos e a riqueza têm sobre o Estado. E aqui está o problema da democracia. (...). (As Consequências Antidemocráticas da Concentração de Riqueza?'. (Vicenc Navarro, 2013).

exige o direito de participar da definição do tipo de sociedade em que se quer ser incluído.

2.1.2 Democracia representativa e direta na Constituição Federal de 1988

A Democracia estabelecida na Constituição Federal é resultado de uma conquista cidadã do direito de participar da gestão dos destinos da sociedade, que se expressou no processo constituinte que se seguiu ao forte momento de mobilização social após o enfraquecimento da ditadura, à custa de muito sangue derramado nas masmorras brasileiras.

Todavia, essa construção não se deu pronta com a promulgação do texto constitucional, ela vem se construindo e está por fazer-se nos inúmeros novos canais de participação social, que combinam a participação direta e a representação, originando uma nova democracia participativa, um novo conceito de gestão da coisa pública, que supõe a co-responsabilidade entre Estado e a sociedade.

Nesse diapasão, Bonavides (1999) manifesta o pensamento de que o Estado Social é que possui melhores instrumentos para a consagração dos valores democráticos. Esses são alcançados por meio dos mecanismos de participação presentes nesse sistema, como a iniciativa, plebiscito, referendo e voto popular.

No parágrafo único do Artigo 1º da Constituição de 1988, está estabelecido: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ainda, determina o constituinte:

Art. 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- plebiscito;
- referendo;
- iniciativa popular.

Por estes dispositivos constitucionais, é possível extrair duas espécies de participação: a direta e a indireta.

A participação indireta ou democracia representativa refere-se ao sufrágio universal para a escolha de representantes que exercerão o poder

político em nome do povo. O voto do cidadão, então, representa a titularidade do poder estatal ao povo; e, constituindo como direito, o voto é um exercício de cidadania. Mas, além disso, a Constituição de 1988 reconheceu como fundamental a liberdade de participação política do sujeito no poder, de forma direta (democracia participativa), nos casos previstos no próprio texto constitucional, pelo que pode se denominar como reserva de poder. Isso é, a despeito da tendencial concentração do poder em instituições legitimadas, há uma reserva de poder com exercício direto do cidadão, essencial à dignidade humana.

Merecem destaque os comentários de José Afonso da Silva:

É no regime da democracia representativa que se desenvolvem a cidadania e as questões da representatividade, que tende a fortalecer-se no regime da democracia participativa. A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único, do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa). Consagram-se, nesse dispositivo, os princípios fundamentais da ordem democrática adotada (1998, p. 141).

Nesse sentido, a Constituição de 1988 assegurou canais de participação direta que dizem respeito tanto aos limites (reserva de ação) quanto ao controle (reserva de reação). São esses, por exemplo, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Além desses, há também outros mecanismos como o das ações populares.

Os canais mencionados acima constituem em exercícios eventuais de participação que não se referem ao cotidiano da sociedade. Mas, também há, no texto constitucional, outros canais de participação mais eficientes, eficazes, de maior abrangência e de legitimidade, capazes de garantir a interação popular com a atividade do poder estatal sob as perspectivas da participação do cidadão na formação e no controle de determinadas políticas públicas.

Constitui-se em exemplo de participação de ação na Constituição: as ações e serviços públicos de saúde (Art. 198, III); as ações governamentais de assistência social (Art. 204, I e II); e as ações relacionadas aos direitos da criança e do adolescente (art. 227)²⁸.

²⁸ **Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da

Mas, infelizmente, os mecanismos para a participação direta não fazem parte do cotidiano político do cidadão brasileiro, que, na maioria das vezes, nem os conhece. Por outro lado, num país como o Brasil, marcado pelas diferenças sociais, a democracia representativa tende a atender apenas uma parcela da sociedade²⁹, prejudicando as regras do jogo democrático que implicam também na garantia de direitos básicos, na participação igualitária do cidadão na esfera pública e na proteção às minorias (SARMENTO, 2009).

Por fim, não há que se olvidar que os direitos básicos são, a bem da verdade, os próprios direitos humanos fundamentais, que estão relacionados diretamente com a tipologia do Estado constitucional segundo sua evolução histórica que se inicia pelos direitos de liberdade, vai aos direitos sociais, passa pelos direitos de solidariedade e fraternidade e chega ao direito à democracia por meio do qual se alcança a condição política da dignidade humana, cujo titular é o gênero humano.

2.2 Direitos Humanos Fundamentais

No capítulo um do presente estudo, discorreu-se sobre a evolução histórica do surgimento e aperfeiçoamento do conceito de Estado.

No início desse subitem, surge, novamente, a importância de contextualizar os direitos fundamentais segundo o aspecto histórico, uma vez que a história acompanha os trilhos da humanidade desde quando foi desenvolvida como disciplina por Heródoto, no século V a.C., considerado o “pai da história” (BENEDICTIS, 2005).

comunidade; **Art. 204.** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; **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).

²⁹ “Em nossas sociedades atuais, o nascimento no país e a maturidade da idade não são suficientes para conferir a todos os homens as qualidades próprias ao exercício dos direitos da cidadania. *Aqueles que a pobreza retém numa eterna dependência e que condena a trabalhos cotidianos, não são pessoas esclarecidas, conhecem os negócios públicos tanto quanto uma criança. Não sabem pensar*” (Chauí, 1997, p. 122).

É certo que não foi na Antiguidade que os direitos fundamentais surgiram. Entretanto, o mundo antigo, por meio da filosofia e religião, deu o seu legado para o reconhecimento de que o ser humano tinha um caráter que o distinguia dos demais seres criados, e esta distinção decorreu justamente do fato de que fora criado à imagem e semelhança de Deus³⁰.

O cristianismo, por sua vez, contribuiu para a ideia de igualdade ao professar que não há distinção de nacionalidade, condição social e gênero na filiação por meio de Jesus Cristo³¹. Santo Tomás de Aquino, destacado pensador do período medieval, contribuiu para a discussão em torno da relação entre o direito natural e o direito positivo, que influenciou a discussão jurídico-racionalista do século XVIII, quando, timidamente, o pensamento humano dava os primeiros passos em relação aos direitos fundamentais. Essa fase é denominada, então, de “pré-história” dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 38).

Antes do reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições, houve um longo caminho no processo de elaboração doutrinária no reconhecimento dos direitos humanos, destacando-se a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra; as declarações inglesas, a *Petition of Rights*, de 1628 (Carlos I); o *Habeas Corpus Act*, de 1679 (Carlos II); o *Bill of Rights*, de 1689 e o *Establishment Act*, de 1701. Contudo, é inconteste na doutrina a importância direta para a consolidação dos direitos fundamentais: a Declaração de Direitos do povo de Virgínia, de 1776; a Declaração Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Da mesma forma, foi importante a influência iluminista, destacando-se os pensamentos de Rousseau e Montesquieu (SARLET, 2012).

A primeira constituição escrita da Humanidade foi a Constituição Federal dos Estados Unidos da América, de 1787 (CAVALCANTE); mas, originalmente, não possuía nenhuma declaração de direitos - esta foi sendo incluída por meio de emendas, sendo, a principal delas, a Quinta Emenda. Quando a humanidade adentra no Estado Constitucional, os direitos

³⁰ Genesis, 1,26. Bíblia Sagrada. O Gênesis é um dos cinco livros extraídos da Torá, e que forma, com mais quatro livros, o núcleo fundamental da Bíblia dos cristãos. O Genesis é um dos livros que retrata a história dos Hebreus que viviam às margens do Mediterrâneo na Ásia e na África, escrito entre os anos de 1.200 a.C 700 a.C..

³¹ “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus” (Gálatas 3, 28 – Bíblia Sagrada).

fundamentais são reconhecidos nos textos constitucionais e vão sendo paulatinamente inseridos nas constituições à medida que o pensamento jusfilosófico vai identificando outros direitos que são reivindicados pelos movimentos sociais no mover da história. Esse reconhecimento dos direitos fundamentais nas diversas fases da história da humanidade, mas já sob a égide do Estado constitucional, passou a ser denominado de geração ou dimensão dos direitos fundamentais.

Os termos 'geração' ou 'dimensão' cunharam as transformações que os direitos fundamentais foram sofrendo nos textos constitucionais. Bonavides (2007) defende a utilização do termo dimensão, aludindo haver uma imprecisão terminológica no termo geração. Segue esse mesmo entendimento o professor Sarlet (2012, p. 45), pois “[...] o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra [...]”, sendo que, segundo o mesmo autor, “[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância [...]”.

Segundo a classificação de Sarlet (2012), os direitos fundamentais classificam-se em três dimensões. Os de primeira dimensão são aqueles que surgiram e afirmaram-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa. São os direitos vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, caracterizando-se como direitos negativos. Os de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, que atribuem ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, a nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva. Os de terceira dimensão são os direitos de solidariedade e fraternidade, os quais se destinam à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Não é possível afirmar a existência da quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, mas é importante refletir sobre a possibilidade da existência de uma nova dimensão, segundo apontado pelo professor Paulo Bonavides, o qual defende que os direitos da quarta dimensão são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. (SARLET, 2012).

Contudo, independentemente das dimensões das quais fazem parte os direitos fundamentais, qualquer demanda que verse sobre tais direitos gravitará, direta ou indiretamente, em torno de valores atemporais como: vida, liberdade, igualdade e fraternidade, cujo fundamento maior é o princípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012).

Na esteira do pensamento de Sarlet, alguns doutrinadores³² postulam que os direitos fundamentais derivam de um único tronco, que é a dignidade humana, a qual implica em reconhecer direitos básicos (Direitos Fundamentais) a todos os seres humanos, pela simples razão de serem humanos. O consectário dessa assertiva é poder afirmar que os direitos fundamentais não decorrem das circunstâncias sociais, culturais, históricas, político-filosóficas ou jus-filosóficas, etc., mas da existência humana. Tanto isso é fato que desde os primórdios o pensamento humano conferia certa dignidade ao homem.

Os estudiosos, ao debruçarem-se sobre esse fato, formularam as teorias acerca da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Houve, portanto, um reconhecimento, pela ciência jurídica, daquilo que sempre existiu. Ilustrando esse pensamento, traz-se à baila a ideia da gravidade da Terra, que existia mesmo antes da formulação da teoria da gravitação, por Isaac Newton, quando, então, passou a ser reconhecida pelas teorias da física - o mesmo ocorreu com a dignidade humana.

O autor desse estudo filia-se à doutrina que pugna pela derivação dos direitos fundamentais da dignidade humana; contudo, o grande constitucionalista luso-brasileiro, José Joaquim Gomes Canotilho (2003), tem pensamento divergente - para ele, embasar os direitos fundamentais na dignidade humana é restringir-lhe possibilidades de conteúdo. O tema da dignidade humana ainda será tratado em item específico neste estudo, mas, de antemão, pode-se adiantar um elemento de estudo que é o conceito aberto de dignidade humana, citado pelos referenciados autores (nota de rodapé 32) para

³² Citam-se alguns doutrinadores brasileiros que se filiam ao entendimento de que a dignidade humana é o tronco do qual derivam todos os direitos fundamentais: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. rev.atul., São Paulo: Saraiva, 2009; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

propugnar que a dignidade humana é base dos direitos fundamentais, sem que isso implique na redução de conteúdo.

Insta salientar que a outra via de pensamento, representada aqui pelo eminente professor Canotilho, não está limitando ou reduzindo o conteúdo axiológico da dignidade humana, pelo contrário: desenvolve o seu pensamento com a preocupação de não serem estabelecidas restrições que possam obstar o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Após discorrer sobre a fonte geradora dos direitos fundamentais, é importante fazer referência à fundamentalidade deles e, embora seja um tema que exija estudo aprofundado, não é possível tratar desta espécie de direito sem traçar alguns contornos sobre a fundamentalidade.

Nesse contexto, destaca-se o estudo de Robert Alexy que, ao contrapor “os modelos constitucionais puramente procedimental e o puramente material” (2008, p. 520), extraiu o entendimento de que os direitos fundamentais posicionam-se no centro do sistema jurídico. O que o leva a proferir tal afirmação é a tese das fundamentalidades formal e substancial:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. À fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade substancial. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2008, p. 521).

Explicam, ainda, Dimitri e Martins (2009), que a fundamentalidade formal é condição necessária para que um direito seja reconhecido como fundamental e, para tanto, é preciso que irradie “[...] a força jurídica própria da supremacia constitucional” (p. 119), integrando, portanto a Constituição escrita.

Fundamentando-se na doutrina de Gomes Canotilho, responsável por introduzir a teoria da fundamentalidade de Alexy no direito português, Sarlet (2012, p. 75) irá dizer que a fundamentalidade formal está vinculada ao direito constitucional positivo; por sua vez, a fundamentalidade

material contém “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”.

Entretanto, citando Echavarría³³, Sarlet (2012) pontua a distinção de que, embora existam direitos fundamentais somente no texto constitucional, nem todos direitos constitucionais são fundamentais. O direito fundamental, no que tange a fundamentalidade material, pode ser reconhecido pela análise do seu conteúdo, não necessitando estar ligado à fundamentalidade formal, ou seja, não precisa constar do texto constitucional. Esse conteúdo é o que se pode extrair do parágrafo 2º do art. 5º da C.F.³⁴, que permite inferir que, no caso brasileiro, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais integram um sistema aberto.

Todavia, Sarlet (2012) pontua que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios (art. 5, § 2º Constituição Federal), embora estejam fora do catálogo³⁵ (escritos ou não), são diretamente deduzidos do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, assim considerados aqueles previstos nos arts. 1º ao 4º da Constituição Federal (Título I), observação pertinente para não ocorrer uma ampliação excessiva do catálogo, haja vista que há muitas normas de caráter principiológico fora do Título I do texto constitucional.

Uma importante formulação do direito constitucional contemporâneo é a que reconhece que os direitos fundamentais constituem-se sob duas perspectivas, “[...] na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade” (SARLET, 2012, p. 141).

Na perspectiva objetiva, implica reconhecer que seus valores ínsitos perpassam todo ordenamento jurídico, irradiando sua eficácia na interpretação e aplicação de outras normas, nas palavras de Sarlet (2012, p. 143) “[...] constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da

³³ J.J. Solozábal Echavarría, Uma revisión de la teoría de los derechos fundamentales”, in Revista Jurídica da Universidade Autónoma de Madrid, nº 4 (2001), p. 107, apud Sarlet, 2012, p. 74.

³⁴ 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.

³⁵ Sarlet considera que os direitos fundamentais constantes do catálogo são os do Título II da Constituição e exemplifica alguns direitos fundamentais que estão fora do catálogo, mas que possuem status constitucional formal e material, citando o art. 93, IX – garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais; art. 150, I a VI – as limitações constitucionais ao poder de tributar; art. 220 – o direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, entre outros (2012, p. 117).

Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais dá ao seu titular a possibilidade jurídica para exigir algo, seja uma abstenção ou uma conduta comissiva, impondo judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o particular (pessoa física ou jurídica) ou o Estado.

Explicando a perspectiva subjetiva, manifesta-se Sarlet:

[...] quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva, falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagrada do direito fundamental em questão (2012, p. 154).

Os aspectos objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais confirmam que são normas com *status* diferenciado não só no sistema constitucional, mas também em todo ordenamento jurídico, os quais, com asserção, integram a categoria dos preceitos fundamentais (art. 102, § 1º C.F.³⁶).

O legislador constituinte no art. 5º *caput*, estabeleceu a titularidade dos direitos fundamentais “aos brasileiros e estrangeiros residentes no país” e, segundo Sarlet (2012), a forma expressa do sobredito artigo não deixa margem a dúvidas de que o princípio da universalidade foi recepcionado no direito constitucional brasileiro. Ainda, sobre este assunto, Canotilho (2003, p. 418) ensina que essa universalidade dos direitos fundamentais está na “base antropológica dos direitos do homem”, por isso alcança os estrangeiros, inclusive não residentes³⁷, assim como pessoas jurídicas de natureza pública

³⁶ § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

³⁷ Informativo STF: “Em conclusão de julgamento, a Turma, por maioria, deferiu habeas corpus para afastar a vedação de progressão de regime de cumprimento de pena a condenada estrangeira que responde a processo de expulsão. No caso, em virtude da condenação da paciente — nacional boliviana — pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (Lei 11.343/2007, art. 33 c/c o art. 40, I e III), fora instaurado, pelo Ministério da Justiça, inquérito para fins de expulsão (Lei 6.815/1980, artigos 68, parágrafo único, e 71). A impetração reiterava o pleito de progressão de regime ao argumento de que a manutenção da custódia da paciente em regime fechado ofenderia o princípio da razoabilidade e o art. 5º da CF — v. Informativo 541. Observou-se, inicialmente, que a questão estaria em saber se seria, ou não, admissível a progressão de regime para réus estrangeiros não residentes no país e que tal indagação remeteria logo ao disposto no art. 5º, *caput*, da CF (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”). **Ressaltou-se que, em princípio, pareceria que a norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes**

ou privada. De fato, não poderia ser diferente o alcance das normas instituidoras de direitos fundamentais, contudo a universalidade deverá ser avaliada no momento da concretização judicial dos direitos, podendo ser alargada ou restringida, mas sem desrespeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003).

Outro assunto muito discutido na doutrina é aquele referente à eficácia dos direitos fundamentais, tendo em vista o art. 5º, § 1º da Constituição que estabelece que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A interpretação gramatical permite firmar o posicionamento de que todos os direitos fundamentais do catálogo têm aplicação imediata, uma vez que a redação do §1º reproduz o consignado na epígrafe do Título II – direitos e garantias fundamentais, ademais, orientando-se segundo uma interpretação sistemática e teleológica, pode-se afirmar que o legislador constituinte não estabeleceu qualquer distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais “[...] encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico [...]” (SARLET, 2012, p. 262).

Eficaz é a recomendação de Sarlet no sentido de que não se possa subestimar ou tão pouco superestimar o significado e alcance da norma do art. 5º, § 1º, querendo dizer, com isso, que, entre as normas de direitos fundamentais, há aquelas que possuem uma baixa densidade normativa, como os direitos sociais prestacionais, e aquelas autoaplicáveis, como os direitos de defesa. O que vale dizer é que o § 1º do art. 5º, embora não se aplique

no país, porém, numa análise mais detida, esta não seria a leitura mais adequada, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comportaria exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreenderia que, sem razão perceptível, o Estado deixasse de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas as quais, embora estrangeiras e sem domicílio no país, se encontrariam sobre o império de sua soberania. Registrou-se que, superada essa objeção, ficaria por perquirir se a hipótese apresentaria alguma outra causa legitimante da quebra de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros quanto ao estatuto normativo da execução da pena, designadamente se haveria motivos idôneos para a vedação geral de progressão de regime a estrangeiros. No ponto, considerou-se pertinente a discussão travada sobre a possibilidade de progressão de regime no caso de crimes hediondos, e em cujo julgamento se concluiu pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (HC 82959/SP, DJU de 1º.9.2006). Concluiu-se não ser lícito cogitar de proibição genérica de progressão de regime a nenhuma pessoa pelo só fato de ser estrangeira, em particular à vista da cláusula constitucional que impõe a individualização da pena. HC 97147/MT, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 4.8.2009. (HC-97147). DJE-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-02 PP-00291 (negritamos).

igualmente a todas as normas definidores de direitos fundamentais, tem o condão de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, com o objetivo de “[...] assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário³⁸ [...]”, obrigando os poderes públicos a tornar os direitos e garantias fundamentais reais e efetivos (2012, p. 268).

Conforme já demonstrado, a interpretação gramatical, sistemática e a teleológica oferecida por Sarlet, no que confere à aplicação do art. 5º § 1º, aos direitos sociais, permite afirmar que o legislador constituinte intencionou incluir os direitos sociais no âmbito do sobredito artigo.

Na concepção doutrinária de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, Sarlet (2012) desenvolve o pensamento de que os direitos fundamentais prestacionais sempre poderão gerar um mínimo de efeitos jurídicos, por menor que seja sua densidade normativa em nível da Constituição.

A questão crucial é que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais prestacionais gravitam em torno dos custos, material e humano, em que podem implicar para sua implantação. Entretanto, os direitos de defesa, embora impliquem, em certa medida, algum custo para sua implantação, este é irrelevante, vez que sua eficácia jurídica e efetividade, no que confere à possibilidade de efetivação pela via jurisdicional, não dependem da sua possível relevância econômica. Já em relação à eficácia e efetivação dos direitos sociais a prestações, o seu custo tem relevada importância (SARLET, 2009).

O tema gravita na questão de saber se o Estado, destinatário dessas normas, tem condições financeiras e orçamentárias para prestar o que a norma lhe impõe que seja prestado, o que implica inquirir se o ente estatal possui possibilidade material de disposição (recursos efetivos) e possibilidade jurídica (poder de dispor, legislação orçamentária), o que se convencionou chamar de reserva do possível – que exige, para os direitos sociais a prestações materiais, “[...] disponibilidade de recursos, que está localizada no

³⁸ Flávia Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 92; apud Sarlet, 2012, p. 268.

campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público” (SARLET, 2009, p. 237).

Leciona Ana Paula Barcellos que, em razão da ausência de um conhecimento mais aprofundado sobre a reserva do possível, esta era invocada indiscriminadamente, o que impediu avanços na sindicabilidade dos direitos sociais. Mas, em que pese a crítica à invocação da reserva do possível, a autora ensina que essa cláusula identifica um fenômeno caracterizado pela limitação dos recursos, valendo dizer que “[...] há um limite de possibilidades materiais para esses direitos” (2006, p. 261), referindo-se aos direitos sociais prestacionais.

Reconhecem, ainda, Sarlet (2009) e Barcellos (2006) que a reserva do possível também funciona como limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, contudo, Sarlet acena para a possibilidade de que tal instituto também pode ser invocado como garantia de direitos fundamentais:

[...] por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (2009, p. 238).

Pode-se dizer, então, que para Sarlet a reserva do possível possui dimensão tríplice: a) disponibilidade fática dos recursos; b) disponibilidade jurídica, que está relacionada à legislação orçamentária e c) proporcionalidade e razoabilidade da prestação no tocante à sua exigibilidade.

Importante questão que está vinculada à reserva do possível é a garantia do mínimo existencial, que, segundo Torres (1989) e Barcellos (2006), é um critério importante a ser considerado quando a questão for a realização de um direito fundamental prestacional em juízo.

Contudo, ressalta Torres (2010) que “a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível³⁹, pois a sua

³⁹ O STF tem afastado as alegações em face das limitações da reserva do possível, quando o direito levado a juízo integra o mínimo existencial, que tem origem direta na dignidade da pessoa humana: “(...)A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada

fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas [...] mas se compreende nas garantias institucionais da liberdade [...]” (p. 74)

O mínimo existencial, tal qual a reserva do possível, advém do direito alemão e tem como mote a garantia de condições mínimas para uma existência com dignidade, incluindo um mínimo existencial sociocultural e ecológico ou ambiental (SARLET, 2012). Com isso, depreende-se que a existência digna ultrapassa o limite da pobreza absoluta, não podendo ser reduzida à mera sobrevivência física, mas tem que ser entendida como o gozo e fruição de todos os direitos fundamentais para que a pessoa humana alcance o pleno desenvolvimento da personalidade, somente assim estará assegurada a dignidade da pessoa humana.

O caminho para efetivação dos direitos fundamentais é longo e há muito que avançar para a concretização de tais direitos e para o exercício da cidadania, competindo ao Estado, por meio do Legislativo, Executivo e Judiciário, juntamente com a participação dos demais atores sociais, tal incumbência.

2.3 Hermenêutica Constitucional

Primeiramente, é essencial fazer uma abordagem do que vem a ser a hermenêutica para, depois, ainda que sucintamente, tratar da hermenêutica jurídica e, por fim, traçar algumas linhas sobre a hermenêutica constitucional, que emoldurará o tema desta pesquisa, sendo certo, portanto, que a hermenêutica constitucional não é o fim deste estudo, apenas um caminho para se chegar ao fim.

A palavra hermenêutica é oriunda do latim '*hermeneuticus*', que, por sua vez, origina-se do grego '*hermeneuein*' – esta palavra deriva da

pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.” - ARE 639337 AgR/SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011, AGTE.: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, AGDO.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Decisão Publicada no DJe. de 29/06/2011.

mitologia helênica e está vinculada ao deus Hermes, que era responsável por transmitir as mensagens dos demais deuses do Olimpo aos homens, funcionando como um canal de comunicação (BARRETO, 1999, p. 369).

A função do deus Hermes revela, genuinamente, o significado da hermenêutica, que é extrair de determinado enunciado uma compreensão inteligível, tanto que em um dos significados atribuídos à palavra, segundo Coreth, é o de “traduzir”, ao qual se soma o de “interpretar”, entre outros vocábulos, que, em resumo, dão a entender que algo é tornado compreensível (EHRlich; SANTOS, 2012, p. 2).

Nesse sentido, Herkenhoff ensina que, para Heidegger, a hermenêutica “[...] é o estudo do compreender. Compreender significa compreender a significação do mundo [...] a Hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido [...]” (1986, p. 6).

Tratando-se de ‘sentido’ – importante é o pensamento de Frankl, para quem “[...] o homem se revela como um ser em busca de um sentido” (2005, p. 11), por isso é possível sustentar a afirmação feita no início deste capítulo de que o homem é um ser hermenêutico.

A Hermenêutica nasce na teologia, passa pela filologia – a partir do racionalismo iluminista, que alcança o direito – e torna-se, enfim, disciplina, a qual, por meio da compreensão, busca o sentido de todo pensamento que tem sua expressão na palavra (PEREIRA, 2007).

Nesse vértice, a hermenêutica jurídica busca compreender o sentido e o alcance das expressões do direito, nela está vinculada a interpretação, sendo esta “[...] de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica” (NADER, 1994, p. 281).

Assim, por meio da hermenêutica jurídica, busca-se a compreensão das expressões normativas do direito, incluindo os princípios e as regras, o que se dá por meio da interpretação. Por outra via, em face das lacunas do sistema jurídico, é também a hermenêutica jurídica que oferecerá recursos adequados à integração das normas. Então, tanto na interpretação, quanto na integração, a hermenêutica jurídica permitirá a coerência do ordenamento jurídico, afastando, com isso, a aplicação das normas pelo prisma pessoal do indivíduo que opera o direito. (GOMES, 2001).

Na obra “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”, o autor, Georges Abboud (2012, p. 45-92), explica a necessidade de uma concepção pós-positivista de sentença e da norma, mediante um acesso hermenêutico ao direito, sendo indispensável a distinção entre texto normativo e norma. Para tanto, o autor buscou conjugar o discurso filosófico com o discurso jurídico, tendo como referencial teórico, para a questão filosófica, Hans-Georg Gadamer , e para a questão jurídica, Friedrich Müller. Com o intuito de atingir o objetivo do seu trabalho, que são as decisões de caráter vinculante proferidas pelos Tribunais e Cortes Constitucionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal - SFT, o autor articula neoconstitucionalismo⁴⁰ e pós-positivismo.

Explica que o neoconstitucionalismo desenvolve-se sob o paradigma pós-positivista, e este por sua vez tem suas bases no giro linguístico ou na reviravolta linguística – que foi um importante desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante o século XX, que introduziu, nas investigações filosóficas, a defesa do papel preponderante e decisivo da linguagem na construção do pensamento.

O giro linguístico foi uma tentativa de resolver o problema do fundamento e do conceito de verdade, os quais estão relacionados; pois, de acordo com o conceito de verdade que se professa, há uma posição acerca do fundamento. O marco do giro-linguístico é a afirmação de que o mundo só existe por meio da linguagem, por meio da qual se constituiu a realidade, o conhecimento e a compreensão. A realidade não é uma relação entre sujeito e objeto, mas entre linguagens. E o primeiro movimento que se ocupou com as abordagens linguísticas foi justamente o neopositivismo⁴¹.

⁴⁰ “Uma conceituação do fenômeno do neoconstitucionalismo é oferecida por Miguel Carbonell, para quem três elementos formam o neoconstitucionalismo, que seriam: o texto constitucional, a prática jurisprudencial e o desenvolvimento teórico. Assim, o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a segunda guerra. Essas novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivizar diversas garantias fundamentais estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público”. (CARBONEL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: _____; JARAMILLO, Leonardo García - orgs.. El Canon neoconstitucional. Madrid: Trotta, 2010, n. I/II, p. 154-155. Apud ABOUD, 2012, p. 46-47).

⁴¹ No âmbito do direito são significativas as palavras de Castanheira Neves, para quem “o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõem-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é” (CASTANHEIRA, 1993 apud ABOUD, 2012, p. 55).

No entanto, o giro linguístico “não se mostrou suficiente para responder aos problemas da verdade e do fundamento, no âmbito da filosofia, e isso produziu efeitos indesejados no campo das teorias do direito⁴²” (2012, p. 56). Exemplificando, o autor cita Kelsen, que estava preocupado apenas com a coerência lógica dos enunciados (textos normativos) que compõem a ciência do direito. Ou seja, preocupava-se com a formalidade dos textos normativos, mas a interpretação desenvolvida no nível da sentença não era um problema para Kelsen⁴³, que não se preocupava com o verdadeiro resultado que deveria ser produzido pela sentença. Por essa razão, autores como Heidegger e Gadamer, além de um giro linguístico, efetuam também um giro hermenêutico-ontológico. A tradição anterior a Heidegger pensou a ontologia fora do homem, era uma ontologia da coisa, de objetos, que se dirigia ao ente e não ao ser. Heidegger desloca o homem para dentro da ontologia incluindo o seu modo de ser na problemática ontológica e transforma a reflexão ontológica em uma ontologia da compreensão.

Compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método que revela um modo de conhecer, mas é, acima de tudo, um modo de ser. Portanto, para uma melhor solução do problema do fundamento, é preciso entender que linguagem e a compreensão são elementos coimplicados numa estrutura própria que se chama círculo hermenêutico, o qual representa a ideia de que o homem se compreende quando compreende o ser e, para compreender o ser, o homem precisa compreender-se a si mesmo. Transportando para a ciência jurídica, tem-se que o direito é linguagem, e para se extrair o sentido que se projeta dos textos normativos é fundamental a sua compreensão – e a questão jurídica da linguagem e da compreensão deve passar pela exploração hermenêutica.

Na ideia, então, do círculo hermenêutico, a hermenêutica deixa de ser uma técnica para alcançar a correta interpretação da legislação e passa

⁴² “Isso porque o enunciado (no caso do direito, os textos normativos, responsáveis pela determinação do significado) esgota-se no nível raso da relação sujeito-objeto, deixando abertas as portas pra o relativismo, o que aparece muito claramente em teorias do direito como aquela desenvolvida por Hans Kelsen” (ABBOUD, 2012, p. 56).

⁴³ Segundo Müller: “a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido da norma linguisticamente não unívoco”. (MULLER, Friedrich. 2007, Apud ABBOUD, 2012, p. 27)

a ser encarada como um modo de ser daquele que compreende o direito, e a linguagem passa a ser constituinte e constituidora do mundo do homem.

Então, Abboud, utilizando-se dessa hermenêutica filosófica (Gadamer) e da filosofia hermenêutica (Heidegger) irá dizer que os textos jurídicos (quer sejam leis, sentenças, sumúlas – vinculantes ou não, medidas provisórias, decretos, etc.) passam a ser um modo derivado de uma interpretação existencial, porque sempre há algo que não pode ser mencionado pela linguagem, ou seja, antes da lei e dos demais enunciados existe uma série de fatores e razões que culminam na sua formação, é o que Gadamer chama de Sentido Motivado dos Enunciados – por isso que, diante de um caso concreto, o dispositivo da sentença, por exemplo, consiste na norma, porque possuem uma motivação e uma fundamentação, derivadas da compreensão histórica e fática do intérprete.

O autor fala do acesso hermenêutico ao direito, no sentido de que a interpretação do texto implica na sua compreensão histórica, que relaciona passado e presente, e está condicionada à particularidade de cada caso a ser julgado, que será sempre único e irrepetível.

Na obra a que se faz referência, Abboud esclarece que o pensamento jurídico dominante ainda é refratário ao acesso hermenêutico, acreditando que a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei ou do legislador, nessa concepção, irá discorrer sobre os equívocos gerados pelo pensamento fechado ao acesso hermenêutico, que são (2012, p. 61-73):

1) Confusão entre texto e norma: a visão tradicional calcada no positivismo legalista é a de que a lei já é a norma, prontamente disponível a ser aplicada na solução de um caso jurídico mediante o silogismo. Entretanto, a lei, que é o texto normativo em si, não contém as normas jurídicas, as quais são frutos de um complexo processo de concretização, ou seja, a normatividade não é produzida pelo texto, mas somente mediante a problematização de um caso concreto, quer seja ele real ou fictício.

2) Interpretação jurídica com a finalidade de revelar a vontade da lei ou do legislador: o positivismo legalista concebe a interpretação como ato por meio do qual se revela a vontade do legislador ou da lei que estaria escondida

no texto normativo. O primeiro equívoco dessa concepção é atribuir um sentido para o texto normativo anti-histórico e atemporal, o segundo equívoco é achar que interpretar é extrair significados que já se encontram no interior da norma. A alteração introduzida nesse pensamento positivista por meio do acesso hermenêutico é de que o acesso a um texto é um processo unitário, que implica compreensão, interpretação e aplicação.

3) Sentença como Silogismo: perante a hermenêutica na perspectiva que a obra propõe a sentença deixa de ser considerada como silogismo, como pretende a maior parte da doutrina, como se a sentença fosse meramente um ato que decorre da premissa maior, reduzindo-a a uma operação meramente mecânica orientada pela lógica. A sentença, diante da hermenêutica filosófica, é o modelo fundamental na qual se fundem: a compreensão da norma e a sua relevância aplicativa, distinguindo-se o texto da norma.

Segundo o autor, a norma, que é produto da interpretação, surge após a contraposição do texto normativo com a problematização, o que vale dizer que a norma não existe no texto normativo, mas somente em face da conflituosidade do caso concreto.

O elemento interpretativo somente é revelado por um paradigma hermenêutico adequado, que é o da hermenêutica existencial, filosófica ou ontológica, desenvolvida por Gadamer, por meio da qual, “[...] a historicidade influencia toda a atividade do jurista em razão da fusão de horizontes estabelecidos no diálogo entre o hermeneuta e o texto, bem como toda pré-compreensão que o intérprete carrega” (ABBOUD, 2012, p.79).

Desta feita, interpretar por meio da hermenêutica ontológica não é uma questão de método, mas uma experiência que se realiza com a arte, a história e a linguagem.

Nesse sentido, é possível estabelecer a aproximação entre a hermenêutica existencial, filosófica ou ontológica com a hermenêutica constitucional que integra interpretação e aplicação, conceitos esses que são superados por meio da concretização da Constituição. Os textos normativos da Constituição⁴⁴ explicitam-se segundo fórmulas de conteúdo vago e aberto e, ao

⁴⁴ “Pode-se afirmar que a concretização constitucional, em geral, apresenta certas características próprias. Ela se notabiliza por ser: aberta, em razão da indeterminação, vagueza, generalidade e abstração das normas ou dos textos constitucionais; dialógica, em face do desenvolvimento da concretização constitucional mediante o confronto de argumentações; pragmática, em virtude de a concretização

serem contrapostas com o caso concreto, exigem do intérprete atuação criativa e complementar, permitindo, com isso, o surgimento da norma a partir do texto normativo em face do problema (ERICKSEN, 2012).

As normas constitucionais, sem dúvida, apresentam um caráter singular, motivo suficiente a justificar uma interpretação específica da Constituição, distinguindo-se da interpretação normativa geral. Uma interpretação própria do texto normativo constitucional também se justifica pela superioridade hierárquica da Constituição e pela sua natureza política⁴⁵, desempenhando um papel ímpar na ordem jurídica, política e social.

Em razão deste papel ímpar, a hermenêutica constitucional fundamenta-se em princípios específicos, não havendo na doutrina unanimidade quanto à quantificação e denominação desses princípios, citando-se aqueles identificados por Luis Roberto Barroso (1999), que são: supremacia da Constituição, cujo postulado, em matéria de direito positivo, é o de que nenhuma norma é superior àquelas de natureza constitucional; presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, decorre da Separação de Poderes e os atos somente poderão ser invalidados em face de inconstitucionalidade flagrante e incontestável; interpretação conforme a Constituição, o hermeneuta buscará a conformidade da interpretação das leis infraconstitucionais ao texto constitucional; unidade da Constituição, deve-se compreendê-la como um todo normativo composto de princípios e regras que se harmonizam a fim de realizar os fins estabelecidos no texto constitucional; razoabilidade; proporcionalidade e princípio da efetividade – o intérprete deve ter compromisso com a efetividade da constituição.

constitucional levar em consideração seus efeitos práticos diante de um problema; e normativa, pela vinculação da concretização a enunciados prescritivos constitucionais, o que restringe a variabilidade do sentido e exige fundamentação adequada” (MAGALHÃES, 2001, p. 72-78, Apud ERICKSEN, 2012, p. 63).

⁴⁵ O elemento político da norma constitucional decorre de sua origem, de seu objeto e dos resultados de sua aplicação: “[...] a Constituição resulta do poder constituinte originário, tido como poder político fundamental. [...] O poder constituinte originário, tido como poder político fundamental. [...] O poder constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria ou reconstrói o Estado, através da Constituição [...]. O poder constituinte é revolucionário nas suas raízes históricas e político na sua essência. Ele representa um momento pré-jurídico e, quando exercido em conteso democrático, expressa um momento de especial aglutinação e civismo do povo de um Estado. [...] A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de jurisdição do fenômeno político. [...] Porque assim é a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política [...]” (BARROSO, 1999, p. 110-111).

Tais princípios decorrem da posição hierárquica máxima ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico que a distingue de todas as outras normas.

Mas, para que os fundamentos políticos, sociais e jurídicos, insculpidos no texto constitucional, funcionem como diretriz básica para todas as demais leis e regulamentos do sistema jurídico, é necessário desenvolver a interpretação por meio da hermenêutica constitucional em face do caso concreto, pois, conforme ensina Konrad Hesse: “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação do poder por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (1991, p. 15).

Nesse diapasão, buscou-se a conexão da hermenêutica constitucional com a hermenêutica ontológica, porque as normas constitucionais não são, a bem da verdade, interpretadas ou aplicadas, mas concretizadas criativamente diante do caso concreto, da realidade ou da conflituosidade, permitindo o nascimento da norma, fruto do diálogo (linguagem) entre o intérprete e o texto normativo, a partir da cultura e da historicidade que os cercam, pois, do contrário, a Constituição não passaria de uma “folha de papel” – “[...] de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder” (LASSALLE, 2002, p. 68).

Essa expressão de Lassalle (2002) está sendo tomada para ilustrar a importância da hermenêutica constitucional para imprimir os valores e preceitos do texto normativo constitucional no caso concreto, permitindo uma mudança de interpretação do texto constitucional adaptando-o às mudanças nas relações sociais sem perder sua estabilidade, uma vez que a norma é atemporal e surge da concretização criativa em face do caso concreto.

Exemplificando, cita-se a Constituição americana de 1787 que passou por emendas em 1791, as assim chamadas *Bill of Rights*, mas conservou, até os dias de hoje, o seu texto fundamental, que, por meio da hermenêutica, foi se adaptando às mudanças sociais.

Entretanto, o sobredito pensamento de Lassalle, consignado neste tópico do trabalho a fim de fortalecer a ideia de que a norma constitucional surge a partir do caso concreto, segundo a adequada

hermenêutica constitucional, somente pode ser compreendido, nesse sentido, a partir da releitura de Lassalle por Konrad Hesse, o que é preciso ser enfrentado, ainda que em apertada síntese, para que não reste dúvida sobre a força normativa da Constituição.

Para Lassalle (2002, p. 68), a Constituição real e verdadeira resulta dos “fatores reais do poder”, os quais justificam aquilo que se escreve em uma “folha de papel”, do contrário, o que se escreveu não tem nenhum valor. Então, para o autor, a Constituição vem a ser a junção dos fatores reais de poder que imperam na sociedade (Constituição real) com o que se escreveu (Constituição formal).

Pode-se afirmar, então, que, segundo o pensamento de Lassalle, a Constituição não tem o condão de mudar a realidade, vez que o valor está nos fatos e não na norma, que tem a única função: a de enunciá-los como eles o são. A Constituição ou retrata os fatos como são, ou será mera folha de papel, porque as normas não mudam os fatos.

É certo que esse pensamento vai de encontro com as constituições modernas, que nasceram para justamente ser um documento idôneo para a transformação da realidade social, permitindo o surgimento de um novo tempo; por isso mesmo que Hesse irá afirmar que a “[...] Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 11).

A questão que se apresenta diz respeito à “força normativa da Constituição” (1991, p.11), contrapondo, portanto, o pensamento de que a função de uma constituição seja simplesmente justificar as relações de poder, mesmo porque Hesse expressa o entendimento de que a norma constitucional existe para moldar a realidade, cuja vigência reside na vontade de ser concretizada na realidade, significando dizer que nela está consignado o “dever ser” e não somente o “ser”.

O eminente constitucionalista Paulo Bonavides, ao tratar da posição excelsa da Constituição, faz referência à hermenêutica constitucional que veio para substituir a velha hermenêutica, destacando:

Efetivamente, os juristas do positivismo alargando as expressões dogmáticas de seu devaneio juscientífico cuidavam que na Constituição só havia juridicidade para as normas e não para os princípios, como se os

princípios não fossem normas – aliás, as normas das normas, as mais excelsas do sistema. Foi isso que ocasionou a reação oposta e o ressurgimento, com toda a força e energia, do princípio da legitimidade. Aqueles arautos da razão, velhos conhecidos nossos, aferrando-se unicamente à legalidade, intentavam desterrar do sistema os princípios, ou pelo menos, ignorá-los, tolerando-lhe, apenas, a inserção nos códigos do juscivilismo, qual a mais subsidiária das fontes hermenêuticas, aquelas de baixíssima densidade normativa. As Constituições, juridicamente, menos importantes que as leis na época do liberalismo, retomam, porém, o seu lugar de culminância; o mesmo se diga da Hermenêutica constitucional ou, com mais propriedade, da Nova Hermenêutica (2001, p. 17).

Por isso, é factível afirmar que a hermenêutica constitucional tem importância inconteste para a preservação da força normativa da Constituição, a qual é o fundamento para a ordem jurídica vigente. Caso entendida de forma contrária a esse postulado, ou seja, se o texto normativo constitucional, por meio da nova hermenêutica, não for compreendido em face do caso concreto, a Constituição será mera folha de papel.

2.3.1 A Relação entre Democracia, Direitos Humanos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional

O principal objetivo deste capítulo foi o de estabelecer a relação entre Democracia, Direitos Humanos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional, motivo pelo qual primeiramente foi necessário caracterizar cada um desses institutos, o que demonstrou que o diálogo entre eles tem como elementos nucleares o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

No Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, os membros da Assembléia Nacional Constituinte declararam que estavam reunidos para instituir um Estado Democrático.

Portanto, está expressamente consignado na Constituição que a República Federativa do Brasil é um Estado comprometido com os valores da Democracia⁴⁶, os quais somente produzem sentido com o reconhecimento da dignidade presente em todo ser humano. Essa dignidade é o fundamento do

⁴⁶ Art. 1º A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I a soberania; II a cidadania; III a dignidade da pessoa humana; IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V o pluralismo político.

próprio Estado, que deve assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

O valor da dignidade humana, no constitucionalismo contemporâneo, é o que dá sentido ao ordenamento jurídico, conforme explica Piovesan:

No universo da principiologia, a pautar o Direito Constitucional de 1988, o Direito Constitucional contemporâneo, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX. É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno". (PIOVESAN, 2004, p. 92-93),

Desta feita, os direitos humanos fundamentais surgem como limites ao poder estatal e, ao mesmo tempo, à medida que são efetivados, funcionam como condição de possibilidade de respeito à dignidade humana, o que configura a concretização do Estado Democrático de Direito e a expansão da Democracia, que se apresentam em processo de construção nos países de modernidade tardia como o Brasil.

Para tanto, a hermenêutica constitucional exerce papel fundamental na efetivação dos direitos humanos fundamentais e na expansão da democracia, porque ela coloca a Constituição acima de todas as normas do ordenamento jurídico, que, por sua vez, estão vinculadas à Lei Fundamental na sua expressão de sentido.

Por outro lado é na democracia que se possibilita o desenvolvimento de uma hermenêutica voltada à compreensão em face da realidade, conforme preceitua Gomes:

Somente em uma sociedade democrática pode haver hermenêutica no sentido amplo desta, isto é, interpretação e compreensão da realidade, por meio dos variados empreendimentos do espírito humano: ciência, arte, religião, filosofia [...] hermenêutica e democracia são interdependentes (2008, p. 295)

Os objetivos da República, positivados no art. 3^a da Constituição Federal⁴⁷ serão alcançados à medida que forem efetivados os direitos fundamentais, por meio da adequada compreensão do texto normativo

⁴⁷ 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.

a partir de uma hermenêutica compromissada com os valores e princípios constitucionais, cuja meta final é salvaguardar a dignidade humana, razão da existência do Estado Democrático de Direito.

Nesse panorama do Estado Democrático de Direito ao qual se vincula a força normativa da Constituição (Hesse), os direitos humanos fundamentais e a hermenêutica constitucional, é preciso também trazer à baila que a Constituição Federal de 1988 - além de apresentar um extenso rol de direitos individuais e sociais - fortaleceu a democracia por meio de canais abertos de participação popular e por meio da ampliação da jurisdição constitucional.

Mas esse novo quadro trazido pelo Constituinte contrapôs a negligência do Estado que durante séculos formou um contingente de marginalizados, que passaram a ter direitos sociais a serem implantados por meio de políticas e serviços públicos, gerando uma busca pela realização desses direitos a partir do acesso à justiça.

A conjugação destes fatores modificou a relação entre política e direito fazendo com que as questões que outrora eram tratadas pelo Legislativo e Executivo, com a ampliação da jurisdição constitucional e com a proeminência da hermenêutica constitucional, passaram a ser também discutidas no âmbito judicial, com a chamada intervenção judicial na política ou judicialização da política pública.

Assim, mister se faz tratar da relação entre direito e política a fim de buscar elementos para responder à questão: com que grau e amplitude o judiciário pode efetivar o direito fundamental social à educação em face da competência do Executivo e Legislativo em estabelecer as políticas públicas de educação observando, para tanto, o complexo sistema de planejamento e orçamento?

CAPÍTULO 3

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: A RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA E DIREITO NO REGIME DEMOCRÁTICO

“Quem dá às Constituições realidade, não é, nem a inteligência, que as concebe, nem o pergaminho, que as estampa: é a magistratura, que as defende”.

Rui Barbosa

Os últimos anos do milênio trouxeram mudanças significativas nas mais vastas áreas do conhecimento humano. Ocorreram avanços na ciência e tecnologia, antes inimagináveis, mudanças nas relações de poder entre as nações, redefinições dos espaços públicos e privados, bem como transformações nas instituições de poder, quer políticas ou jurídicas.

Nesse sentido, os Capítulos 1 e 2 desta pesquisa buscaram demonstrar, ainda que minimamente, as transformações sociais e os reflexos nas instituições políticas e jurídicas que tiveram decisivo impacto sobre a qualidade da democracia possível no terceiro milênio.

Por esta razão, avançando neste estudo, o atual Capítulo tem como título a judicialização da política, segundo uma relação entre política e direito no regime democrático, sugerindo ao imaginário um determinado ponto, onde se encontrariam duas linhas paralelas: uma que delimita o mundo jurídico e outra que define o universo da política.

Tanto a política quanto o direito e a democracia têm lugar na história do pensamento há vários séculos. Mas, as inquietações que envolveram o Judiciário e os juízes, no tocante à dissociação entre lei, justiça e direitos, que exigiram a mudança do paradigma do juiz como boca da lei, expressam uma das mais relevantes mudanças institucionais do século XX, e, de tão recente, não há nenhum estudo conclusivo, uma vez que o olhar do pesquisador não é lançado para um fato encerrado no passado.

Ao contrário, o foco do pesquisador lança-se sobre os acontecimentos do presente, motivo pelo qual os estudos que se detêm sobre tais temas contribuem, significativamente, para a consolidação da cidadania, especialmente nas democracias marcadas pela desigualdade social e que se situam na órbita das nações efetivamente privilegiadas pelos avanços do mundo globalizado, como é o caso do Brasil.

A realidade histórica brasileira coloca o Brasil no grupo de países que emergiram recentemente de sistemas políticos autoritários, com acentuadas desigualdades sociais, mas que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, refundou o funcionamento da sociedade com base no Estado Democrático de Direito e na prevalência dos Direitos Humanos Fundamentais, tendo como escopo à dignidade da pessoa humana, cenário

cujo pano de fundo é as teorias da força normativa da Constituição. O elemento teórico, somado à questão social, contribuiu para a materialização do fenômeno que, recentemente, passou a ser estudado com atenção. Trata-se da judicialização da política.

3.1 O Direito e a Política

Conceituar o direito como um sistema de regras e princípios obrigatórios para garantir a convivência social não oferece o alcance que esta área do conhecimento atinge. Ademais, o objetivo, neste subitem, não é o de apresentar conceitos do que é o direito e a política, mas o de estabelecer a relação entre ambos.

Desta feita, para traçar algumas linhas sobre o direito, elegeram-se os estudos de Miguel Reale, que muito contribuiu com o pensamento filosófico-jurídico ao desenvolver a Teoria Tridimensional do Direito, estabelecida a partir de uma realidade cultural⁴⁸.

O culturalismo, segundo Reale, “[...] é uma concepção do Direito que se integra no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da Axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos graus de evolução social” (REALE, 2010, p. 8).

O mencionado autor muito cedo concebeu a idéia de que o direito não tinha os traços marcados pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen que o vinculava somente à norma, mas foi além e estabeleceu uma dialeticidade entre o fato, o valor e a norma, superando a concepção de que o

48

Antonio Carlos Wolkmer destacou a importância que teve o culturalismo tridimensional de Miguel Reale nas décadas de 40 e 50 do século XX. Segundo Wolkmer, esse culturalismo “[...] surgiu como uma vigorosa e arguta crítica aos diversos formalismos e reducionismos naturalistas da época, demonstrando, com rigor e erudição, mediante um pensamento que não deixava de ser ‘crítico’ para a época, a inconsistência e as contradições dos matizes positivistas.” Mais do que isso, desde os anos 50, do século XX, “[...] quando amadurece sua epistemologia jurídica tridimensional e promove o desenvolvimento de um respeitável grupo de pensadores culturalistas das mais distintas orientações [...], Miguel Reale torna-se o mais importante expoente da cultura jusfilosófica brasileira. O culturalismo de Reale procurou superar as limitações das epistemologias idealistas (jusnaturalismo) e empírico-formais (positivismo normativista), integrando dinamicamente os pressupostos normativos com o elemento fático e o elemento axiológico, e inserindo, a partir do realismo crítico (ontognoseologia) de matiz kantiano, a experiência da normatividade jurídica no mundo da cultura.” (WOLKMER, 1991, p. 111-112).

fenômeno jurídico era constituído fundamentalmente pelo fato e pela norma. (REALE, 2010).

Com a teoria desenvolvida por Reale, o direito, para ser compreendido, precisa estar relacionado a um sistema de valores, por meio do qual se estabelecem as relações jurídicas. Neste sistema, o fato é integrado à norma segundo o valor a realizar.

Na concepção de Reale Direito é mais do que norma e fato:

“[...], pois o Direito, se não é apenas norma, também não é apenas fato social: é, ao contrário, síntese de matéria e forma, integração do que é e do que deve ser, ou, como escrevemos em nosso livro sobre os Fundamentos do Direito, este é síntese de ser e de dever ser, exigindo uma compreensão unitária da realidade histórico-social, de maneira que o elemento lógico-formal seja apreciado no sistema de valores de uma cultura.” (REALE, 2010, p. 11).

Os fatos sejam eles políticos, econômicos, religiosos, etc. têm o condão de modificar a vida em sociedade, ao mesmo tempo em que trazem novos valores para a sociedade, que, por sua vez, irão modificar as relações familiares, de trabalho, sociais e, inclusive, a estrutura organizacional do Estado, e, por consequência darão origem às normas, o que se conclui que a norma provém da experiência social e, depois, a ela deve retornar.

Esse processo de integração do fato, do valor e da norma é dinâmico, pois, todas as vezes que houver uma transformação na sociedade que conduza à ineficácia das normas vigentes, surgirão novas normas, o que se constata, por exemplo, no próprio processo de evolução do Estado, que se deu em decorrência de novos fatos sociais que fizeram emergir na sociedade novos valores e, por conseguinte, novas normas.

Conforme demonstrado no Capítulo 1, por exemplo, os movimentos revolucionários do liberalismo levaram ao surgimento do Estado Social, com novas normas em oposição àquelas vigentes no Estado Liberal, resultado dos fatos sociais, econômicos, trabalhistas, etc., que contribuíram para o surgimento de valores fundados na liberdade, na igualdade e na fraternidade, que, por sua vez, foram o supedâneo para novas normas.

Desta constatação depreende-se que o Direito é um processo aberto, em decorrência dos valores que funcionam como fontes do ordenamento jurídico, que não possibilitam soluções normativas de caráter definitivo, pois, conforme pontuado por Reale, o direito é síntese do ser e do

dever ser e, em última análise, deve ser apreciado no sistema de valores de uma cultura. (2010, p. 11).

Então, com supedâneo na Teoria Tridimensional do Direito, Reale irá conceituar o direito como sendo "[...] a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores". (1993, p. 67).

Ainda, acreditando que o "Direito é, essencialmente, ordem das relações sociais segundo um sistema de valores reconhecido como superior aos indivíduos e aos grupos" (2010, p. 9) Reale irá afirmar que o mundo jurídico se fundamenta "[...] no valor da pessoa humana" (2010, p. 9), o qual impõe um conceito axiológico de direito que, segundo o eminente autor, assim é construído: "O direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores". (1994, p. 117/118).

Assim, a partir da teoria tridimensional do direito, passa-se a compreender que o legislador valora um fato e cria uma norma para regular a realidade (um dever-ser), e todo este processo resulta em um enunciado prescritivo ou texto normativo, que passa a integrar o ordenamento jurídico e que tem eficácia ampla e geral.

Todavia, é preciso reconhecer que a teoria tridimensional do direito somente cumprirá seu papel de libertar o intérprete da concepção abstrata abraçada pela dogmática jurídica tradicional se o intérprete se colocar em uma atitude histórico-cultural, diante da qual a norma pode assumir um significado não previsto pelo legislador.

Neste compasso, retoma-se o estudo desenvolvido no Capítulo 2, quando foi abordada a hermenêutica constitucional. Vale lembrar que, segundo as teorias da hermenêutica filosófica ou ontológica, a norma não existe no texto normativo. É necessário o trabalho do intérprete, com suas preconcepções, preconceitos, experiências culturais etc., para concluir, por meio do processo da interpretação, a obra iniciada pelo legislador, dando-lhe plenitude em face do caso concreto.

Portanto, a norma é fruto da cultura do intérprete, ou seja, não é possível, segundo propugnado pelo positivismo, extrair uma vontade própria da lei, mesmo porque na lei não está inserida esta vontade.

Assim, embora a teoria tridimensional implique em reconhecer que o direito é fato, valor e norma, a hermenêutica existencial, ontológica ou filosófica de Gadamer propõe também o reconhecimento de que existe uma distinção entre a norma e o enunciado ou texto normativo. (ABBOUD, 2012, p. 78).

Desta feita, ao estabelecer uma relação entre a teoria tridimensional do direito e a hermenêutica ontológica, é possível construir o seguinte raciocínio: partindo da idéia de que a realidade não é uma relação entre sujeito e objeto (giro lingüístico), é factível ponderar, da mesma forma, que a interpretação não é uma relação que se estabelece entre um sujeito (intérprete) e um objeto (lei), mas que, necessariamente, compreende o fato, o valor, a “norma” proposta pelo legislador e o texto normativo utilizado para expressar tal norma (regra de conduta), isso tudo considerado dentro de uma realidade histórico-cultural a que está submetida o intérprete.

Com efeito, ao interpretar o texto normativo o intérprete extraíra, por meio da nova hermenêutica, a norma. Tautologicamente, o objeto da interpretação não é a norma, mas o texto normativo, ao passo que a norma é o resultado da interpretação. Por isso mesmo, o sentido da norma não está no texto normativo, mas no conteúdo que o intérprete a ele associa, o que faz crer que a norma é dialética e dinâmica e o texto normativo é estático.

O direito, portanto, é dotado de conteúdo que ultrapassa o positivismo dogmático, tanto na consolidação da norma pelo legislador, quanto na extração da norma do texto normativo pelo intérprete, revelando, segundo Gonzalez, et.al.:

“[...] a importância de se compreender o processo de formação e desenvolvimento cultural no seio de uma sociedade, e o modo pelo qual esse processo influencia a criação e consolidação dos hábitos e costumes, os quais propiciam o aparecimento da norma jurídica.” (2006, p. 11).

Discorrendo sobre o direito, Reale irá estabelecer a relação entre direito positivo e poder, consignando o entendimento de que são termos inseparáveis, havendo entre eles uma relação de complementariedade, pois “[...] assim como o poder não existe sem o Direito, o Direito não se positiva sem o poder [...]” (2010, p. 118).

O poder, então, aparece como fator preponderante para a positivação do direito e para a eficácia real do direito declarado positivo, havendo por detrás de toda a regra um poder que a sanciona, pois, para Reale (2010, p. 118) é impossível haver regra de direito positivo sem o poder.

Neste compasso, pode-se afirmar que a teoria tridimensional do direito é de significativa relevância para o enfoque das questões ora discutidas: a da relação entre direito e poder e a da interpretação.

Desta forma, há um poder político que imprime o caráter impositivo à norma, o qual se verifica no momento de sua criação, que está relacionado às atividades legislativa (elaboração) e executiva (sanção e veto). Do mesmo modo, há aquele que se verifica na sua aplicação no caso concreto, adstrito à atividade do administrador (poder de polícia, poder de tributar, etc.), restando, ainda, o poder que emana dos atos proferidos pelo julgador (sentenças, súmula vinculante). Todavia, todos fazem parte do mesmo sistema de organização do poder estatal⁴⁹.

Tal sistema estabelece que o poder tem sua origem no povo, porque dele emana (artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal), valendo dizer que ele é uno; entretanto, o seu exercício é distribuído entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, embora independentes, devem guardar entre si perfeita harmonia (artigo 2º, da Constituição Federal).

Nesse ínterim, pode-se estabelecer o ponto de contato entre o direito e a política, que é justamente o poder. Adverte Reale que “[...] o Poder pode e deve ser interpretado à luz da concepção jurídica do Estado, mas não se exaure num processo de plena juridicidade [...]” (2010, p. 33). Continuando em seu pensamento, irá concordar com Bordeau, quando afirma que “[...] toda a vida política se articula em torno desse complexo de elementos materiais e espirituais que é o Poder político”. (apud Reale, 2010, p. 33).

Tais pensamentos dão a idéia da perspectiva relacional entre o direito e a política, cujo ponto de contato é precisamente a percepção do fenômeno do poder.

⁴⁹ Como adverte Dalmo de Abreu Dallari: “É impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda a fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto a permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas”. (citado como epígrafe de Educação superior, direito e Estado, de Nina Ranieri, São Paulo, Edusp, 2000).

A tríade direito, política e poder é estrutural para o Estado, sendo necessário estabelecer a relação entre estes elementos, bem como afastar os equívocos que podem ser extraídos desses termos, em razão do uso indiscriminado do significado de política.

Para não restar dúvidas de qual o significado que se atribui à política, mister invocar os ensinamentos de Chauí quanto ao uso generalizado da palavra política, que findou por lhe atribuir três significados inter-relacionados, mas que podem gerar um paradoxo.

Insta esclarecer que o objetivo não é o de conceituar o que é política, mas o de estabelecer os seus significados, para, então, relacionar política, direito e poder.

Na definição do primeiro significado, Chauí relaciona política à ação dos governantes, “[...] que possuem a autoridade para dirigir a coletividade organizada em Estado [...]” (2008, p. 347), mas chama a atenção para a distinção que se deve observar entre governo e Estado, na medida em que o “[...] primeiro diz respeito a programas e projetos que uma parte da sociedade propõe para o todo que a compõe, enquanto o segundo é formado por um conjunto de instituições permanentes que permitem a ação dos governos”. (2008, p. 346).

A autora, dando seguimento ao raciocínio da primeira definição de política, relaciona à política o direito que a sociedade detém de mobilizar-se para reivindicar um governo, ou mesmo um Estado mais justo, legal ou legítimo, fazendo menção “[...] às ações da coletividade em apoio ou contrárias à autoridade governamental e mesmo à forma de Estado”. (2008, p. 347).

Na definição deste significado extrai-se a relação entre direito, política e poder, em que a autoridade do Estado, que é conferida na Constituição Federal, permite que promulgue e aplique as leis que definem o lícito e o ilícito, os direitos e as obrigações de todos os membros da sociedade, bem como, por meio do poder, estabelecido constitucionalmente, o Estado demandará sua força contra os que transgridem a lei, e esta, por sua vez, tem sua elaboração nas instâncias políticas do poder, cujas competências legislativas são definidas constitucionalmente.

Nesse sentido, a inter-relação da tríade direito, política e poder é indubitosa, além de que, traz à luz o ponto de intersecção que valida esta tríade, que é, justamente, a Constituição Federal, pois, segundo Burdeau (1970, p. 75), “A Constituição é o estatuto jurídico do poder”. (apud, LOBATO, 2001, p. 45). É dela também que emana a legitimidade do cidadão, dentro deste significado de política, para reivindicar a justiça e a legalidade das ações de governo.

Analisando o segundo significado para a política, dado por Chauí, verifica-se que está relacionado à atividade profissional dos ditos “políticos” que estão vinculados às organizações partidárias, os quais “[...] disputam o direito de governar, ocupando cargos e postos no Estado [...]” e, como representantes do povo, “[...] se ocupam exclusivamente com o Estado e o poder”. Portanto, são os responsáveis por fazerem a política. (2008, p. 347).

Da mesma forma, neste significado também é possível estabelecer a relação entre direito, política e poder, uma vez que as regras de representatividade política estão asseguradas tanto na Constituição quanto nas leis infraconstitucionais, as quais regulamentam a transferência do poder que emana do povo para aquele eleito com o mister de representá-lo, investindo-o de uma “[...] autoridade para dirigir a coletividade organizada em Estado”. (CHAUI, 2008, p. 347).

O terceiro significado deriva do segundo, mas é eivado de pejoratividade, referindo-se à política como algo maléfico e perverso para a sociedade e que, segundo Chauí, “[...] aparece como um poder distante de nós (passa-se no governo ou no Estado), exercido por pessoas diferentes de nós (os administradores e profissionais da política), por meio de práticas secretas que beneficiam quem o exerce e prejudicam o restante da sociedade”. (2008, p. 347).

Aqui, há ruptura entre direito, política e poder, porque aquele eleito para representar o povo não foi investido de autoridade para utilizar-se do governo e do aparelho estatal a fim de atender interesses pessoais ou de uma minoria privilegiada em detrimento da maioria do povo, que lhe conferiu o poder para representá-lo.

Conforme mencionado, se a validade da inter-relação entre direito, política e poder dá-se no âmbito da Constituição, é factível afirmar que os atos de governo que não atendem à política - entendida como o conjunto de ações do Executivo e Legislativo para dirigir a coletividade organizada em Estado - afrontam a Constituição e ferem o Estado Democrático de Direito, e, por via transversa, a dignidade da pessoa humana.

A partir dos três significados da política dados por Chauí, estabelece-se o paradoxo entre o primeiro e o terceiro, e que é provocado pelo segundo. Com o intuito de exemplificar o paradoxo, Chauí apresenta um exemplo retirado da história política do Brasil:

Em 1993, durante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do pedido do ex-presidente da República, Fernando Collor de Mello, de não suspensão de seus direitos políticos, ouvimos em toda parte a afirmação de que o Poder Judiciário (do qual o STF é o órgão mais alto) só teria sua dignidade preservada se o julgamento do pedido não fosse um 'julgamento político'. [...] Mais paradoxal, ainda, foi o modo como os juízes, após o julgamento, avaliaram seu próprio trabalho, dizendo: "Foi um julgamento legal e não político", querendo significar que o julgamento fora feito de acordo com a lei e não de acordo com a política" (2008, p. 347).

Segundo explicação da autora em comento, o paradoxo está justamente no fato de que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário compõem o poder político da República Federativa do Brasil, levando-a a levantar alguns questionamentos que remetem à reflexão: "[...] a lei não é feita pelo Poder Legislativo? Não é parte da Constituição da República? Não é parte essencial da política? Como, então, separar o legal e o político se a lei é uma das formas fundamentais da ação política?". (2008, p. 347).

Entretanto, a idéia da separação entre o legal (direito) e a política decorre do terceiro significado atribuído à política, que a define como algo duvidoso, que engendra manobras dissimuladas e contrárias ao interesse geral, mas a favor de interesses particulares e que permeiam a ilicitude e a ilegitimidade, contrariando os postulados gregos da criação da política como "[...] o modo pelo qual os humanos, fugindo da violência, regulam e ordenam seus interesses conflitantes, seus direitos e obrigações como seres sociais". (CHAUI, 2008, p. 348).

Todavia, é na Constituição que o direito, a política e o poder encontram o espaço legítimo de interação, sendo que as normas e princípios

constitucionais funcionam como balizadores para identificar anomalias na inter-relação entre os elementos desta tríade.

A adoção de medidas a fim de equalizar direito, política e poder cabe ao Poder Judiciário, já que detém a função de guardião da Constituição, a qual lhe foi atribuída na vigência do Estado Democrático de Direito, que, no caso do Brasil, teve o seu marco com a promulgação da Constituição de 1988. Por isso mesmo, não é possível afastar o debate entre o direito e a política do Poder Judiciário, principalmente se considerar a nova hermenêutica, que tem seu fundamento na força normativa da Constituição⁵⁰.

Ademais, o regime político adotado pelo Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, qual seja, o democrático, pressupõe o relacionamento entre os poderes de forma harmoniosa, sempre com vistas à preservação das instituições democráticas.

Para tanto, o legislador constituinte originário previu o Princípio da Separação dos Poderes⁵¹, protegido com a rigidez da cláusula pétreia (artigo 60, § 4º, III da C.F.), que tem como principal elemento o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que reduz ou impede a tirania dos poderes.

Então, a função política do Judiciário deriva de sua própria inserção na estrutura de Poder do Estado, que tem sua arquitetura definida pelo poder constituinte originário, cuja legitimidade decorre da soberania

⁵⁰ “[...] a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presente, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*”. (HESSE, 1991, p. 19).

⁵¹ O princípio da separação dos poderes é marca do Estado de Direito, erigido para combater a concentração de poderes na mão do soberano, típica do Absolutismo moderno, revelado ao mundo por Montesquieu (2000, p. 167-168): “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”

popular, o que resulta na afirmação de que o Poder Judiciário tem como fundamento a soberania popular, não prevalecendo o antigo entendimento de que somente o Poder Executivo e o Legislativo estavam validados por esta soberania, em razão dos seus membros serem eleitos pelo sufrágio universal.

Esse novo sistema político de cunho democrático, adotado por grande parte dos países ocidentais, que incluiu o Judiciário no cenário político como guardião da Constituição⁵², estabeleceu também a força normativa da Constituição. A junção destes dois fatores - a arena política do Judiciário⁵³ e a força normativa da constituição - implicou em uma alteração na equação política que envolve o Legislativo e o Executivo, destacando-se, principalmente, as questões atinentes às políticas públicas.

As políticas públicas também ganharam importância inconteste no novo Estado, erigido a partir da Constituição de 1988, na medida em que o legislador constituinte estabeleceu um amplo rol de direitos fundamentais sociais prestacionais, que, para sua implantação, dependem das ações de governo manifestadas por meio das políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo, e aprovadas pelo Poder Legislativo, por intermédio de um sistema integrado de leis, previsto constitucionalmente e denominado de Sistema de Planejamento e Orçamento.

Estabelecida, então, a relação entre o direito e a política no regime democrático, importa adentrar na matéria atinente às políticas públicas, para, posteriormente, tratar do fenômeno da judicialização das políticas públicas e, por fim, discorrer sobre os limites para a intervenção judicial.

3.2 As Políticas Públicas

Dentro da proposta deste estudo é fundamental estabelecer o sentido que as políticas públicas assumem na nova estrutura de poder

⁵² Com a Constituição Federal de 1988 houve uma reestruturação dos órgãos que compõem o sistema de justiça com a definição de competências ao STF predominantemente constitucionais, o aumento da competências e fortalecimento do Ministério Público, a criação do Superior Tribunal de Justiça, a criação do mandado de injunção, o aumento daqueles legitimados para propor ADIN, etc. ./

⁵³ O significado político, independência e autonomia do STF observam-se no art. 93 da C.F. que estabelece a iniciativa do STF para propositura de Lei Complementar regulamentando o Estatuto da Magistratura; o art. 99 estabelece a autonomia financeira; o art. 96 e incisos estabelecem a autonomia administrativa.

estabelecida na Constituição Federal de 1988, segundo os novos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

O modelo constitucional vigente, além da opção pela democracia, apresenta, no artigo 3º da Constituição Federal⁵⁴, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dos quais se destaca o inciso terceiro: *‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’*.

Ou seja, o artigo 3º funciona como uma cláusula transformadora da realidade brasileira, uma vez que trata de objetivos fundamentais⁵⁵, isto é, disposições que devem ser alcançadas, concretizadas, realizadas, pois é este o sentido de um objetivo, tanto mais quando é adjetivado pela fundamentalidade, que lhe confere a prevalência sobre qualquer outro.

Então, tal dispositivo não está posto no texto constitucional apenas com força simbólica. Ao contrário, ele impõe a erradicação da pobreza e das disparidades regionais e, em consequência, ordena a criação de políticas públicas dispostas a reordenar a sociedade para torná-la mais justa.

Com o intuito de atender aos objetivos insertos no sobredito artigo, o constituinte originário dispôs, ao longo de todo o texto constitucional, um expressivo catálogo de direitos fundamentais individuais e sociais, que visam superar as desigualdades sociais acumuladas ao longo da história, resguardados pela blindagem do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, que garante a impossibilidade de se ameaçar o núcleo essencial desses direitos.

Para a concretização dos direitos fundamentais é necessário adequado planejamento de políticas públicas, viabilizadas pela destinação de recursos oriundos da arrecadação dos tributos, tudo articulado por meio do Sistema de Planejamento e Orçamento, também previsto na Constituição.

⁵⁴Gilberto Bercovici considera o artigo 3º como “cláusula transformadora” da Constituição: “[...] explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, ele impede que a Constituição considere realizado o que está para realizar, implicando a obrigação do Estado de promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais supracitados buscam a igualdade material por meio da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna para todos”. (1988, p. 36-37).

⁵⁵“Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal”. (CITTADINO, 2003, p. 26)

Os objetivos da República Federativa do Brasil só podem ser alcançados por meio da concretização dos direitos fundamentais, que, por sua vez, dependem da adequada gestão do Sistema de Planejamento e Orçamento, ao passo que toda essa estrutura lógica está inserida em um Estado Democrático, cujo fim último, acima de tudo, é alcançar, cada vez mais, condições para uma existência digna.

Então, tratar de políticas públicas é adentrar no campo das ações de governo, tendo como justificção o Estado Social, aquele em que se exige uma prestação positiva do Estado, para implementação de direitos fundamentais.

No entendimento de Comparato, a política pública designa aquela espécie de padrão de conduta que assinala uma meta a alcançar, sendo, muitas vezes uma melhoria das condições econômicas, políticas e sociais da comunidade, ou seja, “[...] um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (1998, p. 45).

Sendo as políticas públicas metas a serem alcançadas faz-se necessário um plano para a consecução dessas metas, plano este, vinculado ao orçamento; afinal, o Estado atua a partir do orçamento. Em razão disso, há a previsão constitucional de vínculo entre o planejamento e o orçamento. É preciso planejar a despesa, a fim de atender, de forma mais eficiente possível, as necessidades da coletividade.

Segundo Bucci, há um paralelo correspondente entre políticas públicas e planejamento:

A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. [...] A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento. (BUCCI, 2006, p. 259).

Desse modo, a autora define as políticas públicas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinado” (BUCCI, 2006, p. 241).

As políticas públicas enquanto ordem extraída do artigo 3º da Constituição é concebida pelo direito, o que permite estabelecer uma relação entre direito, política e poder por meio delas, conforme expressa Bucci:

“Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder [...] E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critério de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política”. (2006, p. 242).

Assim, as políticas públicas estão inseridas no âmbito dos atos políticos que implicam no desenvolvimento de planos governamentais.

É também este o entendimento de Di Pietro, que explica que as políticas públicas “[...] se inserem na função política do Governo e serão executadas pela Administração Pública (em sentido estrito), no exercício da função administrativa propriamente dita”. (DI PIETRO, 1999, p. 50).

Neste vértice, a política pública guarda relação direta com um dos significados da política dado por Chauí (2008, p. 347), destacando-se aquele no qual a política está ligada à autoridade dos governantes para dirigir a coletividade organizada em Estado. Esta autoridade permite ao governante estabelecer as metas, planos e diretrizes para a consecução das políticas públicas, o que se dá por meio do Sistema de Planejamento e Orçamento⁵⁶, que compreende três leis: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

O Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentária e a Lei Orçamentária Anual constituem os instrumentos de planejamento que dão suporte à elaboração e à execução orçamentária brasileira. Pela análise conjunta desses três instrumentos, depreende-se que a concepção do processo de planejamento e orçamento no Brasil confere ao Plano Plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentária e à Lei Orçamentária Anual uma atuação integrada.

O Plano Plurianual estabelece o planejamento de médio prazo, por meio dos programas e ações de governo. A Lei Orçamentária Anual fixa o planejamento de curto prazo, ou seja, materializa anualmente as ações e programas a serem executados por meio de projetos, atividades e operações especiais. A Lei de Diretrizes Orçamentária, por sua vez, cumpre o papel de

⁵⁶ Constituição Federal de 1988: Art. 165 – Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

estabelecer a ligação entre esses dois instrumentos, destacando do Plano Plurianual os investimentos e gastos prioritários que deverão compor a Lei Orçamentária Anual e definir as regras e normas que orientam a elaboração da lei orçamentária que irá vigorar no exercício seguinte ao da edição da Lei de Diretrizes Orçamentária. (D. CARVALHO, 2005).

Este sistema é permeável às decisões políticas, principalmente porque dependem de aprovação legislativa, em que pese a sua elaboração pelo Executivo guardar elementos de *expertise*, em decorrência da participação de técnicos da área orçamentária.

Contudo, a política que se instaura neste processo é a eivada de conceitos pejorativos, porque nem sempre o representante do povo está preocupado em atingir o bem coletivo, “[...] tendo a demagogia como risco inerente e, no caso brasileiro, os mandonismos locais e a dominação das oligarquias como riscos acessórios.” (BUCCI, 2006, p. 243), o que conduz a certa incapacidade na elaboração das políticas públicas⁵⁷.

Independentemente do espaço de poder onde são geradas, se no Poder Legislativo – discutindo e aprovando as leis, ou no Poder Executivo, é forçoso concluir que as políticas públicas são atividades do Estado de Direito Social que podem contribuir para minimizar as desigualdades sociais e propiciar o desenvolvimento econômico e social, sendo certo que nem todas as políticas cuidarão de efetivar direitos fundamentais, ao menos, não diretamente, como é o caso, por exemplo, do incentivo à importação de insumos industriais.

As políticas públicas, além de contribuírem para minimizar as desigualdades, podem, também, assegurar uma existência digna à pessoa humana, segundo ensinamento de Eduardo Appio:

“As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumento de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”. (2006, p. 136).

⁵⁷ “[...] a incapacidade do Estado brasileiro de formular políticas públicas, devido a sua privatização por grupos sociais determinados e ao sistema de representação congressual que transforma os legisladores em agenciadores de verbas públicas”. José Afonso da Silva, A Constituição e sua revisão, Cadernos Liberais, IV/XCI, apud José Reinaldo de Lima Lopes, Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito, in Direitos humanos, direitos sociais e justiça, org. José Eduardo Faria, São Paulo, Malheiros Ed., 1994 (in BUCCI, 2006, p. 243).

Já Ana Paula de Barcellos apresenta uma definição de política pública relacionada à ordem jurídica e à prestação de serviços que compete à Administração Pública:

“Nesse contexto, 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 serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificada como políticas públicas”. (2005. P. 90).

Trata-se de um conceito menos abrangente, na medida em que a política pública é identificada por meio dos atos e normas da Administração Pública que levam à sua consecução, deixando de ser mera diretriz.

Frisando o pensamento de Comparato, a política pública é “[...] um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (1998, p. 45), ou seja, a política pública é concreta e mensurável nas normas e nos atos que a realizam e que devem ser executados pela Administração Pública, embora neles não se resuma.

Esta distinção revela-se importante, uma vez que a descrição de diretrizes e metas no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentária e na Lei Orçamentária Anual, de iniciativa do Executivo, não são suficientes para a concretização da política pública, pois tais instrumentos apresentam natureza autorizativa orçamentária, não vinculando o administrador, que pode deixar de efetuar o gasto previsto.

Exemplificando, se há contingenciamento de valores no orçamento, para a construção de uma escola pública municipal, mas, no decorrer da execução orçamentária o governo municipal não constrói a escola, o direito à matrícula das crianças em idade escolar que seriam alcançadas por aquela unidade educacional continua existindo, porque este direito está em consonância com o mandamento constitucional expresso no direito fundamental à educação e existe antes mesmo da construção da unidade escolar, independentemente das metas e diretrizes constantes no Sistema de Planejamento e Orçamento.

Neste caso, o que interessa para o controle da política pelo Judiciário não são as abstrações tangenciadas pelas intenções dos

administradores, mas o ato concreto para a realização de um dever determinado constitucionalmente: garantia de acesso à educação.

Esse dever, que consiste na materialização dos direitos fundamentais, em específico, o direito à educação enquanto direito social presatcional, gera, no campo administrativo, “[...] um estreitamento do espaço discricionário de atuação do administrador. [...] Sua ação discricionária deve ser a de buscar a melhor realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais”. (QUEIROZ, 2011, p. 133).

A doutrina contemporânea reviu alguns conceitos relacionados à discricionariedade que, durante muito tempo, propugnou tratar-se de um poder da Administração Pública que, diante da abertura da lei, autorizasse escolhas livres entre algumas opções. Esta liberdade de escolha recai sobre o motivo e o objeto, sendo vinculados os demais elementos do ato, como finalidade, competência e forma.

Revedo este posicionamento, Mello ensina que o poder existe em decorrência de um dever do administrador em alcançar a finalidade administrativa (elemento vinculado do ato), funcionando, então como instrumento: “[...] a busca destas finalidades tem o caráter de dever (antes do que de “poder”), caracterizando uma **função**, em sentido jurídico” (grifo do autor). (2000, p.13).

Da mesma forma, extrai-se da definição de discricionariedade, dada por Moreira Neto, que os elementos não vinculados do ato administrativo, quais sejam, objeto e motivo, estão limitados pela finalidade do ato, que é, por sua vez, elemento vinculado:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, diretamente referido a um interesse público específico. (1989, p. 22).

Neste diapasão, Moreira Neto irá explicar que todo ato tem que cumprir com a finalidade da norma, da mesma forma o ato discricionário, razão pela qual o motivo e o objeto são elementos também vinculados “[...] pelo dever da boa administração de só agir segundo o interesse público”. (1989, p.19).

A realização do interesse público é dever legal, o que leva a crer que o motivo e o objeto, se não estão vinculados diretamente à norma

legal, estão, ao menos, vinculados indiretamente à realização do interesse público contido na norma, cujo cumprimento caracteriza a legitimidade do ato, e a sua inobservância, por sua vez, leva à invalidação do ato. (QUEIROZ, 2011).

Assim, os elementos discricionários do ato administrativo, motivo e objeto, encontram limites na finalidade do ato, o qual deve cumprir com o interesse público. Este, por sua vez, em razão da constitucionalização dos direitos, realiza-se sempre que a atuação da Administração estiver voltada para o cumprimento das normas constitucionais, principalmente os direitos fundamentais, haja vista a posição máxima destas normas no ordenamento jurídico e, também, porque é por meio delas que se realizarão os objetivos da República Federativa do Brasil descritos no art. 3º da C.F. (QUEIROZ, 2011).

Portanto, na escolha da política a ser implantada pela Administração Pública, em que pese ser ato discricionário, há uma vinculação do motivo e do objeto ao interesse público, num exercício vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais. O ato que se apresentar contrário a esse parâmetro é ilegítimo e passível de controle Judicial.

É incontestado o fato de que os três poderes estão vinculados à efetividade dos direitos fundamentais, razão pela qual emerge a discussão sobre a judicialização da política pública e a medida do controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre os outros Poderes, no que se refere à efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

3.3 Judicialização da Política Pública

Passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, é possível lançar um olhar no tempo transcorrido e constatar que as mudanças na sociedade brasileira e nas instâncias de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) foram profundas, sendo suas causas por todos conhecidas, destacando-se, dentre outras, a força normativa da Constituição Cidadã e a redemocratização do país.

Por outra via, as consequências são, ainda, objeto de estudo, como é o caso, por exemplo, da judicialização da política e do ativismo judicial, os quais, embora se refiram à atividade do Judiciário, guardam distinções importantes. Antes de estabelecer tais distinções, buscam-se, na história

referências ao ativismo, e nada mais relevante do que a manifestação do eminente Rui Barbosa quando da promulgação da primeira Constituição Brasileira do período republicano, a de 1891, da qual foi um dos elaboradores. Posteriormente, manifesta sua crítica quanto à atuação do Poder Judiciário, ao qual fora atribuído o controle de constitucionalidade das leis na Constituição em comento.

Os excertos dos comentários de Rui Barbosa foram extraídos da obra de Raymundo Faoro, referindo-se, primeiramente, à importância da mais alta Corte do país:

Formulando para nossa pátria o pacto de regionalização nacional, sabíamos que os povos não amam as suas Constituições senão pela segurança das liberdades que elas lhes prometam; mas que as Constituições, entregues como ficam, ao arbítrio do Parlamento e à ambição dos governos, bem frágil anteparo oferecem a essas liberdades, e acabam quase sempre, e quase sempre se desmoralizam pelas invasões graduais ou violentas do poder que representa a legislação e do poder que representa a força. Nós, os fundadores da Constituição não queriam que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isto, fizemos deste tribunal (o Supremo Tribunal Federal) o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores das razões de Estado resumiu-lhe a função específica nesta ideia. (2001, p. 76-77)

Passados alguns anos após a promulgação da Constituição e as efetivas atividades desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, manifestasse, novamente, Rui Barbosa, agora não mais com palavras de otimismo e esperança, mas, ao contrário, com crítica veemente à atuação da Corte:

O órgão que a Constituição criara para seu guarda supremo, e destinado a conter, ao mesmo tempo, os excessos do Congresso e as violências do Governo, a deixava desamparada nos dias de risco ou de temor, quando, exatamente, mais necessitada estava ela da lealdade, da fidelidade e da coragem dos seus defensores. (...) Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de Estado, interesse supremo, como quer que chames prevaricação judiciária, não escapará ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde. (2001 p. 76-77).

Primeiramente Rui Barbosa destaca, esperançosamente, a importância da hermenêutica constitucional a ser desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de proteger as liberdades da ambição do Executivo e dos arbítrios do Legislativo. Depois, em tom de criador que se decepcionou com a criatura, profere severas críticas à postura dos juizes que compunham a Corte.

Ora, os excertos do discurso de Rui Barbosa são como uma porta entreaberta que permite um olhar para o passado, de onde se podem extrair conclusões que remetem a realidades presentes: a um, porque o STF, representando todo o Poder Judiciário, já era visto por força constitucional, como o *locus* para o equilíbrio do direito, do poder e da política; a dois, porque o Executivo e Legislativo, usurpando do poder (significado pejorativo da política), engendravam manobras dissimuladas e contrárias ao interesse geral que frustravam o comando constitucional, ferindo as liberdades; a três, porque, se o Judiciário se eximir da sua missão de Guardião da Constituição e se retirar do espaço político, a Constituição não passará de mera folha de papel, porque a vontade do Legislativo e do Executivo de dar efetividade à Constituição é limitada pelos interesses oligárquicos.

Ainda, extraímos dessa expressão de Rui Barbosa a expectativa de uma postura ativa do Judiciário, o que significa dizer que Ativismo Judicial é, acima de tudo, atitude.

Defendendo a idéia de que ativismo judicial é uma atitude, Barroso associa ativismo ao modo de interpretação das normas constitucionais segundo escolha dos juízes:

[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (2012, p. 25).

Para facilitar a compreensão, Barroso coloca como contraponto ao ativismo a auto-contenção judicial, quando há uma diminuição da interferência dos juízes e tribunais nos demais poderes, traçando características dessa auto-contenção:

[...] (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (ibidem, p. 26)

A diferença entre ativismo e contenção se dá, justamente, no âmbito da Constituição, porque, no primeiro, as decisões buscam “[...] extrair o

máximo de potencialidade do texto constitucional” e, no segundo, há uma “[...] restrição do espaço de incidência da Constituição” (idem).

Na sessão do Congresso Nacional em que Barroso foi sabatinado, em 06/06/2013⁵⁸, quando indicado ao cargo de Ministro do Supremo, um dos assuntos da pauta da sabatina foi o ativismo judicial, e, em seu pronunciamento, o atual Ministro posicionou-se a favor do ativismo, sempre que não houver lei: “Quando há uma manifestação política do Congresso ou do Executivo, o Judiciário não deve ser ativista, deve respeitar a posição política. Mas se não há regra, o Judiciário deve atuar” (Jornal do Senado), e citou como exemplo o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada no Supremo em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), representada, à época, por ele mesmo, que defendia a descriminalização da antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo.

Seguindo na sua explanação, quando sabatinado, Barroso explicou que o Judiciário pode atuar na ausência de norma quando estiver em jogo um direito fundamental a ser tutelado. Mas explicou também que mesmo havendo norma, se estiver em jogo direito fundamental de uma minoria o princípio constitucional pode excepcionar, no caso concreto, a incidência de uma regra legal.

As exemplificações dadas por Barroso esclarecem o que é o ativismo judicial, sem, contudo, conceituá-lo, sendo suficiente, para este estudo, a compreensão de que, por meio do ativismo judicial, o juiz inovará o ordenamento jurídico por intermédio de um poder normativo criador, com “[...] aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”. (ibidem, 2012, p. 27).

A judicialização, por sua vez, não decorre de uma escolha do juiz, e tampouco vem a ser um modo proativo de interpretação constitucional, mas tem como causas, segundo Barroso, a redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1988; a constitucionalização de muitas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para o legislador ordinário; e, por fim, a abrangência do sistema de controle de

⁵⁸ Jornal do Senado, disponível em: <www.12.senado.gov.br/jornal>. Acesso em: 7 mar. 2014.

constitucionalidade, sendo, a judicialização, em resumo, um fato e não uma atitude. (ibidem, p. 24).

Detalhando de forma mais expressiva, Ernani Rodrigues de Carvalho, apresenta seis fatores que contribuíram para a consolidação da judicialização da política: um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias. (2004, p. 117-118).

As explicações dadas por Carvalho (idem), que justificam o porquê desses fatores terem contribuído para a judicialização, precisam ser explicitadas, ainda que sucintamente, pois todos eles estão ligados à Constituição de 1988.

Em seus estudos, o autor conclui que a democracia fazia parte de todos os países que foram objeto de estudo, por isso não é possível a compatibilidade entre governos autoritários e a expansão do poder judicial. Cita como exemplo, a própria história do STF que se expandiu somente após a Constituição de 1988, depois de findado o período de autoritarismo militar brasileiro.

Da mesma forma que a democracia, Carvalho observa que a separação dos poderes, no Brasil, antes da Constituição de 1988, de nada valeu, na medida em que, após o golpe de 1964, à semelhança do Estado Novo de Getúlio, os poderes do Executivo aumentaram e seus atos escaparam do Poder Judiciário.

Foi também com a Constituição de 1988 que as competências dos três Poderes restaram mais cristalizadas, possibilitando a expansão do Judiciário. O exercício dos direitos políticos, também causa da judicialização, passou a ser respeitado pela alta hierarquia governamental após a Constituição de 1988, em que pese a existência formal de tais direitos nem sempre significar o seu cumprimento pelas autoridades.

O uso dos tribunais pelos grupos de interesse é fator para a judicialização, isto porque o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais do que obra de devoção de atores altruístas.

Para exemplificar, refere que as confederações sindicais ou entidades de classe representam o segundo grupo que mais impetrou ADINs no período estudado (1988 a jun/2003), perdendo somente para os governos.

O uso dos tribunais pela oposição é fator de judicialização da política, uma vez que os partidos de oposição utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e, até mesmo, inviabilizar as alterações em curso, o que se comprova pelo fato de que os partidos políticos ocupam a terceira colocação no rol de impetrantes de ADIN's, das quais 74% representam partidos de oposição.

Por fim, o sexto e último fator refere-se à ineficiência das instituições majoritárias, porque incapazes de dar provimento às demandas sociais, impelindo os tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, a porem fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político, o que passou a ocorrer após também a Constituição de 1988, com a transição do autoritarismo para a democracia, fato ocorrido não somente no Brasil, mas, segundo seus estudos, também na Espanha e em Portugal.

O citado autor, fazendo referência aos cientistas políticos Tate e Vallinder, como sendo os responsáveis por cunharem a expressão judicialização nos estudos da Ciência Política, apresenta um significado para o termo, segundo formulado por aqueles mesmos autores: “a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição”. (ibidem, p. 115).

A expansão do Judiciário e as mudanças nas relações de poder, incluindo a sociedade civil, tiveram como causa, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, como bem explica Vianna:

Com efeito, a Carta de 1988 veio a redefinir a relação entre os Três Poderes, dando eficácia, entre nós, ao sistema do *judicial review*, principalmente quando admitiu personagens institucionais da sociedade civil na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis. A partir dessa inovação, segmentos organizados da sociedade civil passaram a gozar da faculdade de provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de argüir a inconstitucionalidade de lei ou norma da Administração. Nessa mesma direção, constitucionalizou os institutos da ação popular e da ação civil pública, dando-lhes maior abrangência, recriou a figura do Ministério Público, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sob essa nova

formatação institucional, pela via da procedimentalização da aplicação do Direito, tem sido possível criar um outro lugar de manifestação da esfera pública, decerto que ainda embrionário, na conexão do cidadão e de suas associações com o poder Judiciário e que é capaz de atuar sobre o sistema político. (VIANNA, 2003, p. 11).

Neste ponto, já é possível aferir que o ativismo judicial decorre de um problema de interpretação e, por isso mesmo, está inserido na teoria do direito e da Constituição. Por outro lado, a judicialização é um fenômeno político, que emergiu em decorrência das democracias contemporâneas. Este corte teórico aponta o estudo da judicialização não somente pela ciência jurídica, mas também pela ciência política.

A Constituição de 1988 possibilitou o fenômeno da judicialização no Brasil, ao tratar, em seu texto, de matérias que vão muito além da organização estatal e da divisão de poderes, sendo, por isso mesmo, adjetivada como dirigente.

Tal dirigismo constitucional tem como escopo o de fomentar a transformação social, o que está explícito no artigo 3º da Constituição Federal, que propõe diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, ao mesmo tempo em que impõe, ao Legislativo e ao Executivo, a consecução de políticas públicas, com o fito de reduzir as desigualdades sociais.

Toda essa inovação constitucional teve como consectário, por um lado, a expansão do Poder Judiciário e, por outro, a redução dos limites da discricionariedade do legislador e do administrador público, porquanto vinculados aos objetivos da República Federativa do Brasil, descritos no sobredito artigo, e ao regime dos direitos humanos fundamentais.

A judicialização da política, ao que parece, pode ser tida como gênero de um fenômeno que alcança as mais diversas áreas do cenário político, o que se depreende dos fatores apresentados por Carvalho (2004) como justificadores da judicialização, como, por exemplo, a oposição entre os partidos, que pode ser vista como uma espécie de judicialização, da mesma forma que a intervenção do judiciário nas políticas públicas é, também, espécie de judicialização, pois há uma intervenção direta na saúde, na educação, no meio ambiente, consolidando a efetividade desses direitos pela via judicial,

quando há uma omissão dos demais poderes, combinada com um posicionamento ativo da sociedade, com vistas à consolidação de tais direitos.

Conforme já explanado no subitem 3.2, as políticas públicas são ações que competem ao governo, com a finalidade de materializar direitos fundamentais, essencialmente os sociais de cunho prestacional, a fim de garantir a igualdade de condições a todos.

Nesse sentido, então, a judicialização das políticas públicas apresenta-se como uma espécie da judicialização da política que tem causas e consequências próprias, que são diferentes daquelas, por exemplo, que levam à judicialização em razão da oposição partidária.

Exemplificando, citam-se como causas para a judicialização de políticas públicas no cenário brasileiro, segundo o que vem sendo apresentado neste estudo, a excessiva desigualdade social que resultou da negligência do Estado durante séculos, gerando um contingente de marginalizados, a elevação dos direitos sociais prestacionais à categoria de direitos fundamentais, a democracia representativa que atende apenas uma parcela da sociedade, o fortalecimento do Ministério Público, que passou a atuar na defesa das minorias, o direito fundamental de acesso à justiça, o recrudescimento da participação social nos mais diversos canais de democracia participativa, a conscientização do cidadão de que é sujeito de direitos; dentre tantos outros fatores que, indubitavelmente, são diferentes daqueles que levam à intervenção judicial em razão de oposição partidária. Exemplificando, cita-se o julgamento dos Mandados de Segurança⁵⁹ MS 30260 e 30272, em que suplentes de Deputados Federais dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais reivindicavam a precedência na ocupação de vagas deixadas por titulares de seus partidos, que assumiram cargos de secretarias de Estado - não parecendo haver, nesta intervenção, qualquer uma das causas acima elencadas.

⁵⁹Lenio Streck (2013), manifesta-se no sentido de que não é somente por meio de ADINs julgadas que se mede o grau de ativismo ou judicialização, e explica: “Além disso - e permito-me insistir, há casos que sempre devem fazer parte de qualquer pesquisa para aferir o grau de ativismo. Por exemplo, os mandados de segurança que o próprio parlamento busca junto ao STF... Como classificar o caso, recentíssimo, da ação judicial da oposição para trancar a pauta da apreciação dos vetos, com liminar deferida pelo ministro Luiz Fux? Isso é o quê?”

Da mesma forma, as consequências resultantes da intervenção judicial são específicas, segundo cada política pública reivindicada judicialmente, interessando citar, a título de exemplo, uma das consequências da educação, que é o fortalecimento da liberdade de pensamento e de expressão do que se pensa, essenciais para estruturar o processo democrático.

Indubitavelmente, compete ao poder Executivo e ao Legislativo a formulação e execução de políticas públicas, as quais são instrumentos para efetivar direitos fundamentais sociais prestacionais como a educação.

Todavia, havendo omissão desses poderes ou atuação insuficiente a permitir a efetividade dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, a doutrina tem defendido a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, haja vista a sua competência constitucional, que lhe garante a posição de Guardião da Constituição.

Entretanto, as decisões judiciais, nesta seara, devem guardar certo grau de racionalidade e fundamentação plausível, a fim de que as decisões não caiam no arbítrio, na injustiça e em prejuízos a outras políticas públicas, motivo pelo qual devem estar fundamentadas nos parâmetros do próprio sistema jurídico, a fim de não caracterizarem decisionismos, na expressão de Sarmiento (2007, p. 147): “[...] É perfeitamente possível postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e os institutos do ordenamento infraconstitucional, sem resvalar no decisionismo e na demagogia judicial”.

Questões que envolvem direitos sociais devem ser discutidas judicialmente na medida em que aquilo que está projetado na Constituição for descumprido. Mas, como bem pontuou Souza Neto, é preciso inquirir a intensidade e a abrangência com que o Judiciário pode concretizar tais direitos:

“Uma das questões que ocupam o centro do debate contemporâneo é exatamente a de determinar em que grau de intensidade e de abrangência o Judiciário pode concretizar direitos à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer, à moradia, etc. Uma plêiade de autores e correntes de pensamentos se pronunciou sobre o tema, variando as posições desde uma afirmação de total possibilidade de concretização jurisdicional desses direitos (...) até a negação de que cabe ao judiciário interferir nessa seara, visto que as questões sociais têm nas políticas públicas os seu meio por excelência de efetivação”. (2006, p. 308-309).

Neste norte, é necessário enfrentar as questões que dizem respeito aos limites da judicialização das políticas públicas, e as discussões que tangenciam o estabelecimento do limiar entre o direito e a política.

3.4 Judicialização de Políticas Públicas: Há Limites entre o Direito e a Política?

O Judiciário é um Poder que, juntamente com o Executivo e o Legislativo, estruturam a República Federativa do Brasil, que tem seus objetivos, metas e diretrizes insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Desta feita, pensar no Judiciário como um Poder suficiente para a solução dos problemas sociais é incoerente com a função dos demais Poderes no Estado Democrático de Direito, que também estão incumbidos dos fins a que o Estado deve alcançar, como justiça, solidariedade, redução da pobreza, implementação de direitos fundamentais sociais prestacionais para minimizar as desigualdades sociais, entre outros.

Por outra via, se o Poder Executivo e o Legislativo, no desempenho de suas competências, neutralizarem a eficácia dos direitos fundamentais (sociais, culturais, econômicos) por inércia ou por comportamento governamental abusivo, de forma que comprometa as condições mínimas necessárias a uma existência digna e à própria sobrevivência do indivíduo, justificada estará a intervenção do Poder Judiciário.

Ademais, é papel do Poder Judiciário, por meio dos juízes, no processo de redemocratização e de reconstrução social, a adoção de uma interpretação crítica que transcende o texto da norma e que coloca o juiz dentro da realidade social, identificando as forças que produzem o direito, para estabelecer a relação entre esse direito e a sociedade.

Nessa postura, o juiz pode e deve questionar a própria legitimidade da norma, para adequá-la à realidade social. Assim, o juiz pode chegar a decisões mais justas e renovadoras, utilizando-se dos processos da hermenêutica ontológica.

Sobre a manifestação do Poder Judiciário, defende Américo Bedê Freire Junior que “O legislador não é o único responsável por viabilizar a

Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição” (2005, p. 44).

Neste aspecto, impõe-se tratar da possibilidade de haver limites entre o direito e a política no que concerne a judicialização de políticas públicas. Para tanto, elegeu-se realizar tal análise sob a ótica do Princípio da Separação dos Poderes; da Legitimidade Democrática e da Capacidade Institucional do Judiciário.

3.4.1 O Princípio da Separação dos Poderes

O Princípio da Separação dos Poderes implica no reconhecimento de três funções estatais distintas: a legislativa, a executiva e a judiciária, que, embora independentes, devem guardar harmonia no desempenho das respectivas funções, sendo esta a novidade trazida pelo Estado moderno para proteger e garantir os direitos fundamentais.

Esta concepção de separação de poderes foi idealizada pelo liberalismo, com a idéia de Estado mínimo, com pouca ou quase nenhuma intervenção na vida social. Com o surgimento do Estado Democrático e Social de Direito, que exige maior participação social, acesso à justiça e ampliação da jurisdição constitucional para garantir efetividade aos direitos fundamentais, emerge a necessidade de maior controle das políticas públicas afetas à atividade administrativa, reconfigurando a compreensão do Princípio da Separação dos Poderes.

Conforme já destacado neste Capítulo, o ponto de intersecção entre o direito e a política é o poder. Por outro lado, o espaço de validação desta tríade é justamente a Constituição, pois é nesta norma Máxima que se estabelece a relação entre os Poderes, a fim de que deem concretude aos objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º, Constituição Federal), por meio da efetividade das normas garantidoras dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a idéia de separação estanque dos Poderes, cabendo ao Judiciário a mera interpretação da lei para dela extrair a vontade do legislador, é retórica ultrapassada, desconforme com o novo modelo de

Estado encetado pela Constituição Brasileira de 1988, pois é na Constituição que se encontram o jurídico e o político.

Conforme ensina Barroso, a Constituição tem caráter político justamente porque “[...] resulta do poder constituinte originário, tido como poder político fundamental” e continua explicitando que o objeto da Constituição “[...] é um esforço de jurisdição do objeto político. [...] Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política [...]” (1999, p. 110-111).

Assim, a dimensão política do direito está na própria essência da Constituição e do processo legislativo, uma vez que “[...] a lei é uma das formas fundamentais da ação política” (CHAUÍ, 2008, p. 347), e, por outro lado, pode-se falar na dimensão jurídica da política, extraída também da Constituição⁶⁰, que exige a legalidade, a legitimidade e a moralidade dos atos políticos, a fim de não se configurar como sendo o espaço onde se desenvolvem “[...] práticas secretas que beneficiam quem a exerce e prejudicam o restante da sociedade” (CHAUÍ, 2008, p. 347).

Retomando os significados dado à política, na perspectiva de Chauí (2008, p. 347), destaca-se aquele que relaciona política à ação dos governantes com o fim de dirigir a coletividade por meio de programas e projetos. A este significado se vincula o próprio conceito de políticas públicas, tratado no subitem 3.2, que compreende programas e projetos determinados por meio de normas e atos da Administração, a fim de atender interesses sociais da coletividade.

Seguindo neste raciocínio, o que se quer demonstrar é que, quando o Judiciário profere uma decisão determinando o cumprimento de certo direito social prestacional, como a garantia de vaga na escola pública ou a construção de rampa de acesso, na escola, para deficientes, está proferindo uma decisão com viés na política.

Mas é política não no significado pejorativo, ao alvedrio da lei. Ao contrário, é política porque decide pela implantação de uma política

⁶⁰ “A Constituição, ao estruturar a política, restringe a liberdade de ação política, cujas escolhas devem estar dentro dos moldes constitucionais – atuação jurídica da Política. (GRIMM, Dieter. Apud QUEIROZ, 2011, p. 161).

pública, determinando uma ação governamental, ao reconhecer, no caso concreto, a omissão do ente político, um agir ou um omitir-se em desconformidade com o direito, gerando o não direito. A decisão tem como coluna mestra o jurídico, sem deixar de ter um viés político.

Da mesma forma, não é política no sentido de estabelecer para o Judiciário a competência de determinar programas e projetos para dirigir a coletividade organizada em Estado. A decisão, se fundamentada em elementos jurídicos para proteger os direitos e garantias fundamentais, está em conformidade com o Estado de Direito Democrático.

Não há judicialização da política, se as políticas públicas estiverem em conformidade com o direito e, acima de tudo, com a Constituição. Por isso, nesse sentido, a política também tem um viés jurídico, pois cabe aos Três Poderes a interpretação e a aplicação da Constituição.

O professor Barroso explica porque Direito é política:

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. (2012, p. 29)

Por outro turno, irá dizer que “o Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres tendenciosas ou partidarizadas” (idem), justamente porque o traço distintivo e relevante da função jurisdicional é o dever de motivação, afastando decisões discricionárias.

Não restam dúvidas, portanto, de que a política e o direito estão unidos, em seu conteúdo, pela própria Constituição, sendo inconcebível, no Estado Democrático de Direito, uma concepção estanque da política e do direito, ou da atuação dos Três Poderes, porque neste modelo de Estado, segundo a vontade das Constituições contemporâneas, tem vigência a fiscalização democrática dos atos dos Poderes Públicos.

Nesta seara, a Separação dos Poderes somente seria um limite entre o direito e a política se, na elaboração e na execução da política pública, pelo poder público, foram observadas todas as possibilidades para implantação da política, de forma a melhor contemplar a efetividade do direito fundamental descrito na Constituição, observados o mínimo existencial e o planejamento orçamentário, a fim de atender as mais diversas políticas públicas.

Em resumo, se a política pública adotada está em conformidade com o direito, não deve o juiz, nestes casos, agir com vontade política própria e desconsiderar a realidade fática, jurídica e orçamentária que envolve a implantação de políticas públicas, das mais diversas áreas. Agindo assim, o juiz terá como fundamento elementos de política, ao invés de observar a diferença entre o ato que atende o direito e aquele que o viola – não direito⁶¹, rompendo, então, o limite que deve existir entre o direito e a política.

Outro fato que deve ser sopesado é que, quando o juiz profere uma decisão em sede de intervenção judicial em políticas públicas, precisa ter a dimensão da amplitude da política pública em questão, pois, do contrário, corre o risco de proferir uma decisão tão somente política, na medida em que desconfigura todo o planejamento governamental para a execução de uma dada política pública, apresentando-se desprovida de uma fundamentação jurídica adequada.⁶²

A fundamentação, além de imprimir o caráter jurídico à decisão, contribui para que o magistrado reconheça que a concessão de um direito individual não deve causar lesão ao direito de toda uma coletividade, pois a decisão jurídica tem que guardar estrita coesão com os objetivos da República (art. 3º C.F.) e o regime dos direitos fundamentais.

Neste vértice, é o julgamento proferido pela então Ministra, Ellen Gracie:

⁶¹ “No âmbito do Poder Judiciário, as decisões das causas baseadas em outros códigos representam um problema, como o que atualmente se fala em judicialização da política, da ciência, da economia, pois, se um juiz decide um caso concreto fazendo política pública ao invés de se ater à diferença entre “direito e não direito”, simplesmente tomou uma decisão política e não jurídica. O uso de outros códigos pelos tribunais na tomada de decisões, gera o fenômeno do ativismo judicial, tão debatido atualmente” (BALESTERO, 2010, p. 52)

⁶² Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, cerca de 60% das decisões judiciais que estão escoradas no princípio da dignidade da pessoa humana, não apresentam qualquer desenvolvimento sobre o conteúdo do princípio. (Palestra proferida em 08.07.2005, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ/TJRJ. (In: Felipe de Melo, 2009).

[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas [...]. (STF, SS nº 3073 RN, publicação: DJ 14/02/2007, p. 027)⁶³

O Princípio da Separação dos Poderes não pode ser invocado como elemento suficiente para obstar a intervenção do Judiciário nas políticas públicas. Contudo, também não pode ser desconsiderado no momento em que o magistrado profere uma decisão que implica na alteração da política pública, pois é este Princípio que estabelecerá o limite razoável que existe entre o direito e a política, segundo expressão da própria Constituição Federal, de acordo com a distribuição de competências nela sistematizada.

O grande constitucionalista Canotilho, alerta que:

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. (2003, p. 559).

Por fim, o Princípio da Separação dos Poderes não impede a fiscalização das políticas públicas, pelo Judiciário, conforme defendem os conservadores. Mas, por outro lado, funciona também como freio à intervenção judicial nas políticas públicas, estabelecendo o limite entre o direito e a política.

3.4.2 Legitimidade Democrática

⁶³Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito por determinação do legislador constituinte originário, cujo poder está assentado na soberania popular, que elaborou a Constituição Federal de 1988.

Por detrás desta assertiva há uma infinidade de conseqüências e, dentre elas, a expansão da jurisdição constitucional, que, no sistema brasileiro, é exercida pelos juízes e tribunais, na aplicação e interpretação da Constituição.

Conforme já referido no subitem 3.3, Carvalho (2004) demonstrou, em seus estudos, que a expansão do Poder Judiciário somente é possível em uma democracia, sendo, portanto, incompatível em governos autoritários. Por isso é que, no Brasil, este fenômeno é bastante recente, pois teve início com a promulgação da Constituição de 1988, quando o Judiciário deixou de ser um órgão especializado e assumiu as funções de Poder da República, atuando, inclusive, em contraponto aos demais poderes.

Com o advento do Estado Social, na segunda fase do constitucionalismo, concluiu-se que não seria possível haver democracia sem uma proteção constitucional que controlasse as decisões majoritárias abusivas, a fim de proteger os direitos constitutivos da democracia, como liberdade, igualdade, saúde, educação, trabalho, lazer, etc., cujo instrumento hábil para isto seria a revisão judicial. Com efeito, consolidou-se o entendimento de que o controle de constitucionalidade é uma vitória do regime democrático. (MENDES, 2008).

Os direitos fundamentais são a razão de ser do constitucionalismo e integraram o texto constitucional em razão da soberania popular manifestada no poder constituinte originário, impondo limites aos atos de governo, sendo responsável em proteger tais valores, por determinação constitucional, o Poder Judiciário, alterando, assim, a configuração entre os Poderes, porque, segundo Mendes: “O juiz deixa de ser apenas a ‘boca da lei’ perante o Poder Executivo e o cidadão e passa a ser, também, a ‘boca da Constituição’ diante do legislador.” (2008, p. 21).

As prerrogativas incumbidas ao Poder Judiciário na Constituição de 1988 levaram os juízes e tribunais a emitirem decisões com viés político, desempenhando um poder político que pode invalidar atos produzidos pelo Executivo e pelo Legislativo e alterar as políticas públicas,

quando os membros destes Poderes, diferentemente dos juizes, foram eleitos segundo a vontade popular pelo voto da maioria (princípio majoritário). Nesse sentido, surge o questionamento da legitimidade das decisões judiciais suplantarem as decisões daqueles que exercem o poder decorrente do voto popular, e se isso poderia, de alguma forma comprometer o arranjo democrático. (BARROSO, 2012).

A democracia pressupõe um governo da maioria. Por isso mesmo, o voto majoritário caracteriza bem essa idéia, principalmente nas democracias representativas. Mas será que o princípio majoritário assegura igualdade política e material a todos (minorias)? Acreditando que não, os defensores do constitucionalismo propugnam que os espaços de deliberação democrática devem estar limitados pelos valores constitucionais, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais, porque o conceito de povo compreende a maioria e a minoria.

Nesta esteira do pensar, surgem dois grupos filosóficos, o dos procedimentalistas, representado por Habermas, Ely e Garapon, e o dos substancialistas, representado por Cappelletti e Bruce Ackerman, entre outros, e, no Brasil, por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Mello, Eros Grau e Fábio Comparato. A discussão desses grupos gira em torno do papel do Poder Judiciário no novo constitucionalismo, e dos limites entre o direito e a política. (STRECK, 2004).

Tanto o grupo dos procedimentalistas como o dos substancialistas tratam de modelos democráticos. Estes valorizam o conteúdo material das Constituições, reconhecendo neles um papel diretivo, o que faz com que o direito avance em esferas que antes eram afetas à política, e o Judiciário, por sua vez, passa a desempenhar importante papel na efetivação da Constituição. Aqueles defendem o papel instrumental da Constituição na medida em que estaria voltada à garantia de instrumentos de participação democrática e à regulação do processo de tomada de decisões, cabendo ao Judiciário apenas o papel de regular este processo. (STRECK, 2004).

A partir destas duas teorias vislumbra-se que a Constituição, por um lado, deve instituir as regras do jogo democrático, a fim de garantir “a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder.” (BARROSO, 2012, p.28).

Todavia, democracia não pode ser entendida apenas como governo da maioria, restringindo-se aos conceitos do princípio majoritário. Neste sentido, identifica-se, segundo Barroso, o outro grande compromisso de uma Constituição, que é o de “[...] proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”. (idem).

Em face destes dois grandes papéis da Constituição está a missão do Poder Judiciário que é a de velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais. E a atuação dos juízes e tribunais será legítima quando fundamentada na razão das normas e princípios constitucionais. (BARROSO, 2012).

Com efeito, os substancialistas defendem a ação intervencionista do Poder Judiciário, considerando o novo paradigma encetado pelo Estado Democrático de Direito e a força irradiante dos valores e princípios afetos aos direitos fundamentais positivados constitucionalmente. Já os procedimentalistas têm como preocupação primordial a de proteger as condições do procedimento democrático e a lógica da divisão dos poderes. (STRECK, 2004).

Os procedimentalistas defendem que os sujeitos participantes do processo democrático tenham uma autonomia suficiente para construírem suas opiniões conforme propugnado pela ética do discurso de Habermas, o que é questionado por Lênio Streck a partir da realidade brasileira:

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? [...] Pode uma eleição ser justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? (grifos do autor) (2004, p. 174- 175).

Esta crítica de Streck é nodal para a participação democrática no cenário político brasileiro, pois a ausência de instrução e formação adequada do cidadão é óbice material que impossibilita uma participação consciente na defesa de interesses comuns.

Por isso mesmo, em um país como o Brasil, que é marcado por acentuada desigualdade social em razão de uma tradição colonial, escravista, coronelista e populista, excludente das maiorias pobres, onde o direito e a

cidadania foram substituídos pela exclusão, durante séculos, a atuação do Poder Judiciário, com fundamento nos valores e princípios constitucionais, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, está em consonância com o princípio democrático⁶⁴ estabelecido na Constituição de 1988.

Nesse diapasão, não há que se falar em ilegitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que a sua atuação intervencionista na política é a garantia de que a vontade da minoria, expressa nos direitos fundamentais, também será considerada. Aliás, a expansão do Judiciário garante a legitimidade democrática, porque o juiz, ao interpretar a Constituição, não se preocupa com questões eleitorais, “o direito é a sua primeira preocupação”, ao contrário dos membros do Executivo e Legislativo, eleitos pelo voto representativo, que decidem sempre a favor da maioria. (GRIMM, 2006, p. 11).

O Brasil é um país de baixa tradição democrática⁶⁵, a que se acrescenta o fato de que o cidadão não tem autonomia, em decorrência da carência de recursos materiais e instrução precária, que lhe impossibilita a livre formação de opinião, elementos estes que fazem com que a intervenção judicial resulte em maiores vantagens para o processo democrático, mesmo porque a Constituição é o espaço da política e do direito.

Então, a legitimidade democrática não estabelece limites estanques entre o direito e a política, principalmente nas questões que envolvem direitos fundamentais sociais prestacionais, justamente porque nestes,

[...] a linha divisória entre o político e o jurídico é muito mais tênue ainda, já que esses direitos exigem uma reconfiguração nos esquemas sociais, com o fim de atender a fins políticos sociais que passaram a ser jurídicos: liberdade, igualdade social, vida digna, etc. (QUEIROZ, 2011, p. 163).

⁶⁴ “Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica ‘quoad substantiam’ da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Nesse sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 100).

⁶⁵ Guilherme O’Donnell (1993) utiliza o conceito de “cidadania de baixa intensidade” (low intensity citizenship) para referir-se às democracias cujos Estados são incapazes de tornar efetivas as suas próprias regulações. (...) a cidadania é seriamente mutilada no que se refere à negação dos direitos liberais às camadas populares e a outros setores estigmatizados – violência policial, impossibilidade de acesso aos tribunais, etc. (CITTADINO, 2003, p. 24).

A judicialização de políticas públicas, como aquelas voltadas para a efetividade do direito à educação, poderão contribuir cada vez mais com uma maior participação popular no processo democrático, uma vez que a Constituição Federal de 1988 criou canais de participação junto ao Legislativo: a Iniciativa Popular Legislativa e as Audiências Públicas; junto ao Executivo: os Conselhos; junto ao Judiciário: a Ação Popular; constituindo-se em instrumentos a possibilitar uma efetiva participação paritária entre Estado e sociedade.

À medida que o cidadão alcançar a autonomia, a partir de uma educação formal integralizante da pessoa humana, estará apto para participar destes canais sem que seja utilizado como massa de manobra eleitoreira pelos membros do poder Executivo e do Legislativo, quando, então, as reivindicações para efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais passarão pelo processo democrático participativo⁶⁶, tornando o cidadão responsável pelos destinos da coletividade.

Mas, enquanto isto não se efetiva, a judicialização da política pública é um meio eficaz para preservar a democracia e os direitos humanos fundamentais.

3.4.3 A Capacidade Institucional do Judiciário

Cada um dos poderes da República desempenha uma função estatal, segundo a conformação constitucional que estabelece as competências para legislar, administrar e julgar. Independentemente desta distribuição de funções, o Princípio da Separação dos Poderes tem como característica o controle recíproco de cada Poder em relação às atividades do outro, a fim de evitar o autoritarismo de um único Poder.

A função precípua dos Poderes, no exercício de suas competências individuais, é a de cumprir os objetivos previstos na Constituição (artigo 3º), para tanto precisam interpretá-la, e, em caso de divergência na

⁶⁶ “O processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja ‘qualidade decisória’, no sentido de clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos” (BUCCI, 2002, p. 269).

interpretação, o Judiciário deve proferir a palavra final, porque é, por excelência, o Guardião da Constituição.

Nesta ótica de funções recíprocas, a doutrina constitucional tem discutido sobre a capacidade institucional “[...] que envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”. (BARROSO, 2012, p. 30).

Essa discussão tem se voltado mais especificamente sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário decidir sobre questões que envolvem políticas públicas referentes a direitos sociais, tais como saúde e educação, que possuem uma natureza distributiva diferente daquela presente nos direitos individuais.

O termo “capacidades institucionais” foi inserido no debate constitucional brasileiro como mais um argumento, a fim de estabelecer limites à postura das decisões do Judiciário em matéria de interpretação em face de outras instituições políticas. Os estudos nacionais têm em comum o texto “Interpretation and Institutions” de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, “[...] como matriz básica do argumento baseado em capacidades institucionais” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 7).

Segundo Arguelhes e Leal, o uso deste termo não tem sido uniforme, mas estes pesquisadores identificaram dois grandes padrões a que o uso do termo faz referência, aplicando-se a uma dimensão interinstitucional ou mais intrainstitucional:

De um lado, a referência às “capacidades” de juízes e tribunais pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional. [...] Em linhas gerais, a forma típica que o argumento parece assumir nesses casos é a seguinte: uma dada teoria sobre a interpretação que foi empregada por um tribunal (ou teve seu uso defendido por juristas) faz sentido em um mundo ideal. Entretanto, quando transportada para a realidade e generalizada para juízes de carne e osso, ela pode gerar resultados perversos. De outro lado, há autores que procuram enfatizar de forma mais abrangente a dimensão “institucional” da expressão, analisando como o exercício dessas capacidades se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não-judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões (2011. p. 6-7)

Em relação à dimensão intrainstitucional, os pesquisadores constroem um argumento de que, em uma medida ou outra, o Judiciário poderá dar uma resposta à questão submetida à sua apreciação. Mas, ao estabelecer

as comparações dos recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições, verifica-se que as respostas do Judiciário ao problema, em relação à dimensão interinstitucional, deixam a desejar.

Em razão disso, os citados autores explicam que há quem invoque a teoria das “capacidades institucionais” como justificativa para adoção, pelo Judiciário, de uma postura mais autocontida, principalmente na atuação em áreas que demandam grande necessidade de *expertise* técnica, ou que a análise da política compreende uma ponderação livre, em razão de múltiplas e complexas variáveis.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Barroso, ao propor que “Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico”. (2012, p.30).

No julgamento, em 2011, do caso “Cesare Battisti”, o Ministro Luis Fux embasou seu voto na noção “*institutional capacities*”, fazendo menção à Cass Sunstein e Adrian Vermeule, nos seguintes termos:

Cumprir definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, (...) apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente (...). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “*institutional capacities*”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior. (Petição Avulsa na Extradicação 1.085, República Italiana – Reclamação 11.243, República Italiana)⁶⁷

A judicialização de políticas públicas é tema que vem sendo debatido no direito há algum tempo, e sempre com posicionamentos prós e contra a manifestação dos juízes e tribunais nessa seara, sendo que questões como legitimidade democrática e separação dos Poderes, entre outras, não são suficientes para obstar a intervenção judicial em face da força normativa da Constituição, que implica em uma nova hermenêutica constitucional voltada à

⁶⁷ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

efetividade dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao núcleo essencial desses direitos, que se vincula à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, no que se refere ao argumento das “capacidades institucionais” parece haver aqui um efetivo limite entre a política e o direito ou à intervenção judicial em questões afetas às políticas públicas, as quais dependem, para sua implantação, de uma série de elementos que fogem à capacidade do Judiciário, como, por exemplo, técnicos com *expertise* na área específica da política, respaldo e conhecimento técnico sobre a reserva do possível, abrangência e alcance da política discutida judicialmente, planejamento de ações, enfim, situações que extrapolam o campo da interpretação constitucional aplicada a casos que envolvem direitos individuais.

Nos casos que abarcam direitos sociais que possuem natureza distributiva e plurilateral, como é o caso do direito à educação, o argumento das “capacidades institucionais” pode ser um limite entre a política e o direito, no aspecto da intervenção judicial, surgindo a necessidade de discutir um outro caminho para exigir dos Poderes Públicos efetividade do direito fundamental em comento, haja vista o limite institucional do Judiciário e os interesses do Poder Público, que, nem sempre, são favoráveis à efetividade do direito fundamental social à educação.

Com este escopo, então, no Capítulo 4, será abordado o direito fundamental à educação como essencial à dignidade da pessoa humana, procurando identificar, por meio de julgados que tiveram como mérito o direito à educação, o grau e a amplitude alcançada pelas decisões do Judiciário na efetividade deste direito, segundo a sua arquitetura constitucional e os limites entre o direito e a política.

CAPÍTULO 4

DIREITO À EDUCAÇÃO E DIGNIDADE HUMANA: A EFETIVIDADE POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO, LIMITES E ALCANCE.

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos e o horizonte afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”.

Eduardo Galeano

O célebre educador brasileiro, Paulo Freire, desenvolveu uma pedagogia por meio da qual apontou que o principal objetivo da educação é a conscientização do aluno. E, em relação às parcelas oprimidas da sociedade, isso significa levá-las a compreender a sua condição, a fim de agirem a favor da própria libertação. Por isso mesmo foi tido como um educador comprometido com a vida: porque pensou a existência.

Na expressão de seu pensamento, mostra um caminho para a libertação dos oprimidos:

Quem, melhor que os oprimidos, se encontrará preparado para entender o significado terrível de uma sociedade opressora? Quem sentirá, melhor que eles, os efeitos da pressão? Quem, mais que eles, para ir compreendendo a necessidade da libertação? Libertação a que não chegarão pelo acaso, mas pela práxis de sua busca; pelo conhecimento e reconhecimento da necessidade de lutar por ela. Luta que, pela finalidade que lhe derem os oprimidos, será um ato de amor, com o qual se oporão ao desamor contido na violência dos opressores, até mesmo quando esta se revista da falsa generosidade referida. (2005, p. 31).

Embora a primeira edição do livro “Pedagogia do Oprimido” data de 1970, o seu apelo ético ressoa até os dias de hoje. E continuará a ressoar enquanto houver oprimidos, mesmo porque o fundamento da obra é existencial, humano e centrado naquilo que é comum a todos, em qualquer tempo e lugar, que é o amor: “Se nada ficar destas páginas, algo, pelo menos, esperamos que permaneça: nossa confiança no povo. Nossa fé nos homens, na criação de um mundo em que seja menos difícil amar”. (2005, p. 11).

Depreende-se, das propostas de Freire, que a educação tem que favorecer, por meio do diálogo, uma pedagogia ética, política e social, cujos fundamentos baseiam-se na crítica, na conscientização e na liberdade.

A antropologia e a ética estão presentes em todo conceito pedagógico de Freire, o que implica reconhecer que é por meio da educação que a pessoa conquista sua humanização, transformando-se num sujeito da realidade histórica na qual se insere, e também é por meio dela que adquire a capacidade de indignar-se contra toda injustiça.

A educação, enquanto direito humano fundamental, alcança o cerne da dignidade da pessoa, porque permite ao humano a conscientização de si mesmo, do mundo e do processo histórico em que está inserido,

impelindo-o a empreender os meios necessários para concretizar a sua própria libertação e a libertação do outro.

Por isso é tão cara a efetividade da educação a todo cidadão, o que depende da atuação dos Poderes do Estado, que se encontram adstritos à política e ao direito por força constitucional, para concretizar os objetivos da República Federativa do Brasil, a fim de alcançar a finalidade última do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

4.1 O Direito Fundamental à Educação

Com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, a sociedade brasileira deixou o ilegítimo modelo estatal determinado pela ditadura militar iniciada em 1964 e adentrou no Estado novo, democrático, tendo na igualdade e na justiça os valores supremos para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, conforme se extrai do Preâmbulo da Constituição.

O denominado Estado Democrático de Direito tem fundamento na dignidade da pessoa humana, que é, juntamente com os direitos fundamentais, a essência e a razão de ser do próprio Estado. Denota-se, então, a intrínseca relação entre direitos fundamentais e dignidade humana, sendo certo que esta estará assegurada se, e somente se, aqueles forem respeitados e garantidos pelo Estado.

No Capítulo 2, discorreu-se sobre a evolução dos Direitos Fundamentais, segundo a classificação de Sarlet, que defende a existência de três dimensões destes direitos – sendo que os de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, que atribuem ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, cuja nota distintiva é a sua dimensão positiva.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais são meios inarredáveis do exercício efetivo das liberdades, e garantia da igualdade de chances, no sentido de igualdade de oportunidades, sendo, também, a *conditio sine qua non* para a concretização da democracia material no Estado de Direito.

Na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte inseriu, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Capítulo II, destinado aos Direitos Sociais, nos quais se inclui o direito à educação (artigo 6º). Isso revela a importância dos direitos sociais e a certeza de que o constituinte originário quis dar a esses direitos a condição de autênticos direitos fundamentais, haja vista que desde a Constituição de 1934 os direitos sociais estavam previstos no título específico dos direitos econômicos.

A fundamentalidade do direito à educação decorre do fato de que está associado, diretamente, aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 1º Constituição Federal), destacando-se, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Ainda, a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º da Constituição Federal) necessariamente depende do direito à educação, não sendo possível construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, sem garantir acesso à educação, com qualidade⁶⁸, a todas as pessoas.

O direito social à educação foi tratado com maior especificidade no título da Ordem Social, Capítulo III, artigos 205 a 214 da Constituição Federal. Sarlet (2012) considera que os artigos 205 a 208 integram a essência do direito fundamental à educação e compartilham de sua fundamentalidade material e formal, segundo inteligência do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal. Quanto aos demais dispositivos, sustenta que se constituem em normas de cunho organizacional e procedimental, com relevância jurídica idêntica a das demais normas constitucionais.

Com base somente no artigo 205 da Constituição Federal Sarlet expressa o entendimento de que é difícil defender um direito subjetivo à educação, vez que o artigo revela uma feição programática, já que é “[...] norma de eficácia limitada, apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade [...]” (2012, p. 339).

68

O inciso VII, do art. 206 da Constituição de 1988, estabelece a garantia de qualidade como princípio base para o ensino, assunto este que será abordado no subitem 4.4 e 4.4.1, pg. 119 e 121.

Não obstante a norma do artigo 205 não expressar um direito subjetivo à educação, o seu conteúdo tem força impositiva, porque “[...] exerce a função de impor tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas [...]” (SARLET, 2012, p. 340).

O posicionamento de Sarlet com relação ao artigo 205, não retira do direito à educação a sua plena eficácia e aplicabilidade direta, como defende o eminente autor, com fundamento no artigo 206. Da mesma forma, da análise do artigo 208, que garante o direito de acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, pontua o citado autor que subsiste um direito subjetivo público à educação (2012, p. 341-342).

Com relação ao ensino médio, o artigo 208, II, da Constituição previu a progressiva universalização, gratuitamente, não podendo este dever de progressividade ser estendido ao infinito, dada a importância do ensino médio para o “desenvolvimento da personalidade e garantia de níveis de autonomia significativos para o indivíduo” (SARLET, 2012, p. 344).

Por essa razão, Sarlet defende que, havendo descumprimento injustificado da progressiva universalização do ensino médio gratuito, deve-se reconhecer “[...] o direito subjetivo a uma vaga na rede pública ou de cursar o ensino médio em entidade privada mediante custeio pelo poder público, tal como no caso do ensino fundamental [...]” (idem).

Em se tratando de direitos subjetivos a prestações sociais, Alexy estabelece alguns critérios a serem observados, que permitem dizer que direitos sociais fundamentais devem ser garantidos:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se: (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levaram em consideração. (2008. p. 512).

Continuando em sua exposição, Alexy reconhece que essas condições são satisfeitas nos casos dos direitos fundamentais sociais mínimos, incluindo, no seu exemplo, o direito à educação fundamental e média. (idem).

Com supedâneo no modelo defendido por Alexy, e na esteira do pensamento de Canotilho, Sarlet irá dizer que, sempre que argumentos como a separação dos poderes, ou outras objeções aos direitos sociais nas condições de direitos subjetivos a prestações, esbarrarem no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, poder-se-á sustentar que “[...] na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações [...]” (2012, p. 356), chamando a atenção para que a reserva do possível não seja utilizada de forma falaciosa, como limite fático e jurídico à efetividade judicial e política de direitos fundamentais:

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. (2012, p. 363).

Portanto, o direito à educação fundamental e média é direito subjetivo público, que capacita o sujeito ao exercício das liberdades constitucionais.

No Título da Ordem Social, Capítulo VII – Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, constou, do *caput* do art. 227 da Constituição Federal, que o direito à educação, entre outros, deve ser assegurado, com prioridade, pela família, sociedade e Estado. Por sua vez, o art. 229 do mesmo capítulo trata do dever dos pais em educar os filhos menores, sendo possível extrair da inteligência do artigo que o legislador constituinte referiu-se à educação no seu sentido axiológico, cumprindo aos pais inspirar, nos filhos menores, valores morais e éticos que pautarão suas escolhas ao longo da vida.

No âmbito da legislação infraconstitucional, por meio da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), deu-se vigência ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, reforçando que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

O artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente reforça o estatuído no artigo 205 da Constituição Federal e o artigo 54, por sua vez, repetiu, com algumas alterações, os termos do artigo 208 da Constituição. Já o

artigo 208 da Lei 8.069/1990 prevê ações de responsabilidade em face das ofensas aos direitos da criança e do adolescente, elencados no citado dispositivo, assegurando imediata sindicabilidade judicial, em não sendo os direitos espontaneamente observados, tais como a oferta do ensino obrigatório.

Também a Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional reforçou, em seu art. 5º, que o ensino fundamental é direito público subjetivo, garantindo o acesso ao Poder Judiciário para reivindicar o cumprimento desse direito pelo Poder Público.

Assim, tanto o art. 208 da Lei nº 8.069/1990, como o art. 5º da Lei nº 9.394/1996, preveem a intervenção judicial no controle da política pública de educação - que é direito social fundamental, toda vez que a atuação do administrador for eivada de irregularidade, ou marcada por atos insuficientes a concretizar tal direito. Esta integração entre justiça e política, que se dá por meio do Poder Judiciário, é denominada, por Rodrigo Garcia (2013), de sindicabilidade judicial, para quem, a tutela jurisdicional do cidadão para promoção e proteção dos direitos fundamentais é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que ainda está em curso o processo de implementação dos princípios e das finalidades definidos constitucional e legalmente para orientar o projeto educativo do País, cujos resultados ainda não são satisfatórios, até porque o texto da Lei, por si só, não se traduz em elemento indutor de mudança. Ele requer esforço conjugado por parte dos órgãos responsáveis pelo cumprimento do que os atos regulatórios preveem.

De qualquer forma, o reconhecimento da fundamentalidade do direito à educação, bem como a sua condição de direito subjetivo público, não estão somente na esfera constitucional, mas também na infraconstitucional, sendo instrumento indispensável para a concreção da dignidade humana.

4.2 A Educação como Integrante da Dignidade da Pessoa Humana

Buscar um significado para Dignidade Humana é tarefa difícil, mesmo porque os corações e as mentes ficam descompassados quando confrontados com essa expressão, pois dignidade é palavra plena de sentidos,

que exige esforço da razão e da sensibilidade humana para que, juntas, perscrutem o seu significado.

Por outro lado, parece que naturalmente se conhece o seu sentido quando se está diante de um ato indigno, que impõe ao humano a degradação de sua condição, e, sem que a razão forneça elementos teóricos sobre dignidade, os sentimentos humanos logo a identificam quando estão diante de uma criança abandonada nas ruas, sem escola e passando fome, dos maus tratos a que crianças ou idosos indefesos são submetidos, do trabalho escravo, da prostituição infantil, das famílias que vivem nos lixões e deles se alimentam, etc., porque a lista é longa. Então, pode-se afirmar que, sem o dizer, sabe-se o que é dignidade.

Mas a dignidade a que se faz referência não deve ser confundida com compaixão e caridade, mas com direito e justiça, capazes de outorgar ao humano a liberdade, a igualdade e a solidariedade a que faz jus, na égide de um Estado Democrático de Direito.

Para começar a trilhar um caminho que leve a um significado de dignidade, ao menos para emoldurar este estudo, sem, contudo, qualquer pretensão de aprofundar a conceituação do termo, apresenta-se o conceito elaborado por Benevides, citada por Gina Pomepu (2005, p. 12), que não tem traços jurídicos, mas antropológicos:

[...] é a qualidade própria da espécie humana que confere a todos e a cada um o direito à realização plena como ser em permanente inacabamento, à proteção de sua integridade física e psíquica, ao respeito a suas singularidades, ao respeito a certos bens e valores, em qualquer circunstância, mesmo quando não reconhecidos em leis e tratados. Dignidade é aquele valor – sem preço! – que está encarnado em todo ser humano. Direito que lhe confere o direito ao respeito e à segurança – contra a opressão, o medo e a necessidade – com todas as exigências que, na atual etapa da humanidade, são cruciais para sua constante humanização. Como ensina Kant: as coisas têm preço; as pessoas, dignidade.

Feliz a expressão de Benevides, para quem a dignidade está encarnada no humano, o que encerra quase que um mistério que remete à contemplação da encarnação do próprio Verbo.

Assim, o Direito, ao constitucionalizar a dignidade humana, reconhece aquilo que já era ínsito ao humano em decorrência de sua própria condição, o que leva Martínez, inspirado em Kant, a manifestar o pensamento de que a dignidade da pessoa “[...] não é uma criação constitucional, pois ela é

um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”. (apud SARLET, 2011, p. 53).

Adota-se, como conceito de dignidade da pessoa humana, aquele formulado por Sarlet, após ter analisado várias abordagens sobre o tema e estudado o pensamento jus-filosófico de eminentes pensadores contemporâneos, que é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (2011, p. 73).

Do conceito elaborado por Sarlet extrai-se que a dignidade é reconhecida, pelo Direito, ao ser humano, e ela alcança tanto as relações interpessoais quanto a relação com o Estado. Tem um cunho negativo, que impõem abstenções, e outro positivo, que exige implantação do mínimo existencial. Indo além, ela também visa tornar melhor a convivência humano-comunitária. Mas também considera todos os demais seres vivos que completam a teia da vida⁶⁹.

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade humana é colocada no artigo que antecede a todos os outros e destacada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Sarlet defende que se trata de uma norma “[...] dotada em sua plenitude de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregada de eficácia [...]” (2011, p. 84).

A importância da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 reverbera nos direitos fundamentais, atuando, segundo Sarlet, “[...] como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais”. Contudo, acrescenta o autor, “[...] que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável”, porque “[...] o grau de vinculação dos diversos direitos

⁶⁹ “A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida”. (CAPRA, 1996, p. 25).

àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicações em primeiro grau da ideia de dignidade e outros que destes são decorrentes". (2011, p. 93-94).

Com relação aos direitos sociais de cunho prestacional, nos quais se inclui a educação, Sarlet desenvolve um raciocínio, a fim de demonstrar que estão a serviço da igualdade e da liberdade material, cujo objetivo é proteger a pessoa contra as necessidades de ordem material, garantindo-lhe uma existência com dignidade, ou seja, não apenas a garantia de vida (no sentido vital), mas de uma vida boa, digna acima de tudo. (2011, p. 110-111).

Seguindo em seu raciocínio, Sarlet estabelece um ponto de contato entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais, que é, justamente, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que também funciona como metacritério a sustentar a plena justiciabilidade da dimensão negativa dos direitos sociais e daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial. (2011, p. 112-113).

Assim, com relação à vinculação dos direitos sociais à dignidade da pessoa humana, Sarlet defende que:

[...] não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes. (2011, p. 113)

Desta feita, o direito fundamental à educação figura entre aqueles de grande importância para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, pois permite à pessoa conhecer e reconhecer a sociedade histórica e cultural na qual se insere, sendo, por isso, um direito base para a formação da personalidade humana.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao Direito interno brasileiro por

meio do Decreto Presidencial⁷⁰ nº 591, de 06 de julho de 1992, referindo-se ao direito à educação, estabelece, no artigo 13:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

A educação que integra a dimensão da dignidade humana e conduz para a sua concretização é aquela que educa a pessoa para assumir uma identidade, a partir do reconhecimento de seu valor intrínseco e inalienável. Por isso, dizia Freire (2005, p. 31), a educação tem que permitir a conscientização do aluno e, por consequência, a sua libertação.

Então, a educação é um processo que envolve a família, a sociedade e o Estado, e permeia toda a dimensão humana, oferecendo ferramentas para que, por meio da apropriação do saber, produzido historicamente, o ser humano construa sua própria humanidade histórico-social.

Por fim, com a autoridade de quem construiu saberes que iluminaram o caminho para uma educação que dignifica e humaniza, ensina Freire:

(...) é preciso que saibamos que, sem certas qualidades ou virtudes como amorosidade, respeito aos outros, tolerância, humildade, gosto pela alegria, gosto pela vida, abertura ao novo, disponibilidade à mudança, persistência na luta, recusa aos fatalismos (...) abertura à justiça, não é possível a prática pedagógico-progressista, que não se faz apenas com ciência e técnica (FREIRE, 2002, p. 136).

A formação humanista de Freire imprime valores às práticas pedagógicas, revelando que não é somente pela ciência e técnica que se constrói a educação, mas também, por meio do exercício de características inerentes à pessoa humana como amorosidade, alegria, tolerância, respeito, entre tantas outras, que conjugadas com as práticas pedagógicas, podem contribuir para o ensino de qualidade.

4.3 Educação e o Desenvolvimento Humano

⁷⁰ Ministério da Justiça. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

O artigo 205 do texto constitucional define a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família” e afirma que “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Denota-se, da leitura do artigo 205, que a educação não é tarefa somente da escola, mas é um processo que se desenvolve dentro da família, na escola e na sociedade e visa alcançar três grandes objetivos, podendo-se destacar, como principal, o desenvolvimento da pessoa humana, mas, também, não menos importante, o preparo do cidadão para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho – elementos, portanto, estruturais da própria existência humana, individual e social.

Todos os homens e mulheres nascem biologicamente humanos, mas a humanização de cada um se dá a partir de um processo lento e gradual, por meio da relação com os demais componentes do grupo humano, do convívio social e da aprendizagem. (SALIBA e PAULA, 2008).

Essa aprendizagem se perfaz na família e na sociedade, informalmente, e na escola, por meios formais. Então, embora homem e mulher nasçam humanos, a humanização é uma condição adquirida por meio da aprendizagem.

A criança que vive isolada do grupo social humano e, portanto, privada do processo de aprendizagem por meio das relações sociais humanas, alcançará, no máximo, a condição de um humano semi-selvagem (SALIBA e PAULA, 2008).

Confirmando essa assertiva, cita-se o caso do menino Lyokha, encontrado em dezembro de 2007, na floresta de Kalunga na Rússia, vivendo entre lobos, com comportamento animal⁷¹ - embora biologicamente fosse um humano, o seu desenvolvimento psicoemocional assemelhava-se ao de um animal selvagem, porque durante alguns anos de sua vida ficou afastado do processo de aprendizagem na família, na sociedade e na escola.

⁷¹ 'Werewolf boy' - <http://www.dailymail.co.uk/news/article-503736/Werewolf-boy--snarls-bites--run-police-escaping-Moscow-clinic.html>. Acesso em: 22 ago. 2013

O legislador constituinte, ao dispor, no artigo 205, que a educação é um processo que envolve Estado, família e sociedade⁷², e que um dos seus objetivos é o desenvolvimento da pessoa humana, estabeleceu, a bem da verdade, os fundamentos antropológicos para a sua humanização. Ao determinar que a educação deve preparar a pessoa para o exercício da cidadania, apontou o caminho para a formação de uma consciência crítica no cidadão, essencial para o desenvolvimento da democracia.

Ainda, ao afirmar que a educação deve qualificar para o trabalho, elegeu essa política como uma forma adequada de inclusão social, pois a pessoa qualificada para o mercado de trabalho auferirá o rendimento necessário para a sua subsistência e a de sua família, alcançando, inclusive, auto-estima elevada, por fazer parte da sociedade produtiva, sendo o trabalho, em última análise, direito social que contribui enormemente para a dignidade da pessoa humana.

As finalidades da educação, portanto, estão enunciadas na Constituição Federal (artigo 205) e também na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (artigo 2º), que tem como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. A esses objetivos deve-se integrar a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no 8.069/90), que garante à criança e ao adolescente de até 18 anos, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, as oportunidades oferecidas para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. São direitos referentes à vida à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito mútuo, à liberdade, à convivência familiar e comunitária (artigos 2º, 3º e 4º).

A cidadania, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição de 1988), somente será exercida plenamente se a educação for o alicerce que possibilita à pessoa humana aprender a constituir e reconstituir a sua identidade, respeitando e valorizando as diferenças, uma

⁷² A Lei nº 9.394/96 (LDB) determina que: Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

vez que a liberdade e a pluralidade são exigências do processo educacional para a humanização.

Todos os demais direitos estabelecidos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas demais normas infraconstitucionais dependem do exercício pleno do direito fundamental à educação, porque somente a pessoa humana educada terá condição efetiva de participação social, ciente e consciente de seus direitos e deveres civis, sociais, políticos, econômicos e éticos.

4.4 As Duas Faces do Direito à Educação

A Constituição Federal e as leis infraconstitucionais, ao tratarem do direito à educação, insistem na qualidade, o que demonstra que somente o acesso à escola não atende à completude deste direito fundamental.

Na ótica do acesso à escola, é necessário compreender a dinâmica da exclusão escolar, a qual tem dupla dimensão: de um lado, a exclusão *da* escola, que se refere tanto ao não acesso à escola quanto ao que, habitualmente, se denomina evasão da escola; do outro lado, a exclusão *na* escola, que remete à exclusão operada dentro do processo escolar, por meio de mecanismos como reprovação e repetência. (FERRARO, 2004).

Segundo Fernandes:

[...] um sistema de ensino ideal seria aquele em que todas as crianças e adolescentes tivessem acesso à escola, não desperdiçassem tempo com repetências, não abandonassem a escola precocemente e, ao final de tudo, aprendessem. (2007, p. 7)

Portanto, pode-se afirmar que o direito à educação não é somente assegurar à criança o acesso à escola, mas consiste, também, em garantir que, durante os anos escolares, a criança terá o direito a um ensino de qualidade, que lhe possibilite a inclusão social. Neste diapasão, o direito à educação assume dupla dimensão: o acesso à escola e o acesso à adequada formação educacional na escola.

A exclusão educacional pode ser medida por dois parâmetros, que são: I) acesso à população em idade escolar ao ensino público fundamental; II) formação adequada das crianças e adolescentes que passam

pelo sistema público de ensino. Frequentar a escola não é suficiente para que se obtenha uma educação de qualidade. “Uma vaga para cada criança na escola é apenas uma face da justiça educacional”. (WALZER, 2003, p. 32).

O recrudescimento das discussões sobre a qualidade da educação decorre das exigências legais, mas não só. Durante muito tempo, os indicadores na área de educação estavam condicionados à questão do acesso à escola. Contudo, atualmente, já é sabido que apenas a garantia de vaga não é suficiente para atender o direito à educação. O desafio que se coloca, atualmente, está relacionado ao problema da garantia de permanência nos estudos e de ensino de qualidade, para que o direito à educação seja efetivado.

Em seu estudo, José Sérgio F. Carvalho (2007) aponta que praticamente todas as crianças em idade escolar foram incorporadas ao ensino fundamental, sendo que muitas provêm de condições socioeconômicas desfavoráveis, o que exige mudança nas práticas pedagógicas, enfrentando-se o desafio de pensar a qualidade na nova realidade social escolar.

Nesse sentido, o autor irá pontuar que democratizar a educação é mais do que acesso à escola:

[...] é fundamental frisar que o *bem social* que se almeja democratizar com o acesso de todos à escola não é uma vaga na sala de aula ou o acesso físico às dependências da escola. Assim, qualidade de ensino na perspectiva de uma educação pública não é a formação de uma elite socioeconômica, mas a democratização do acesso aos bens culturais comuns que se encarnam nas disciplinas, saberes e valores da instituição escolar. (2007, p. 310).

A nova ordem constitucional, iniciada com a Constituição Federal de 1988, determinou, como princípio, que o ensino deve ser ministrado com garantia de padrão de qualidade (artigo 206, VII). Da mesma forma, o parágrafo 3º do artigo 212 determinou que a distribuição de recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à garantia de padrão de qualidade e equidade.

Confirmando a determinação constitucional quanto à exigência de padrão de qualidade no ensino público, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/1996, determina que o ensino será ministrado com base em alguns princípios, destacando-se aquele descrito no inciso IX – garantia de padrão de qualidade.

A Lei nº 9.172/2001, que aprovou o Plano Nacional da Educação (PNE) para o decênio 2001/2011, tem como um dos seus objetivos a

melhoria da qualidade de ensino em todos os níveis. O Projeto de Lei nº 8.035/2010,⁷³ que trata no novo Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020, com quatro anos de atraso, porque ainda aguarda aprovação da Câmara dos Deputados, estabelece, no artigo 2º, inciso IV, a melhoria na qualidade de ensino.

Assim, tanto a Constituição Federal quanto as legislações infraconstitucionais estabelecem a exigência de qualidade na educação, e, embora nenhum dos dispositivos supracitados faça referência ao que vem a ser a qualidade no ensino, é certo que a qualidade pode ser aferida à medida que o ensino cumprir com os objetivos da educação, descritos no artigo 205 da Constituição, que são o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Embora o sobredito artigo não garanta, por si só, um direito subjetivo público, revela uma feição impositiva e estabelece diretrizes a serem respeitadas pelo Estado. (SARLET, 2012).

Referindo-se à qualidade, Demo irá explicar que não é suficiente atender a metas quantitativas de acesso global, “no sentido de que todas as crianças em idade escolar entrem na escola”. Mais importante do que isto é “garantir a meta qualitativa do desempenho satisfatório a todos”. (2004, p. 69)

Portanto, as escolas públicas desempenham importante papel na garantia do direito à educação, pois são as portas de acesso aos mais desfavorecidos, para alcançarem o conhecimento inclusivo, devendo-se considerar, para tanto, que o direito fundamental à educação alcança duas dimensões: o acesso à escola e o acesso à educação com qualidade.

Por derradeiro, uma educação pública será de qualidade quando possibilitar que os mais desfavorecidos alcancem igualdade de condições para usufruírem das oportunidades de aprendizagem consubstanciadas no exercício da liberdade de expressão do que se pensa e na inclusão no mercado de trabalho, segundo as exigências, cada vez maiores, de profissionalização.

4.4.1 Definindo Critérios para uma Educação com Qualidade

⁷³ O projeto ainda está em trâmite na Câmara dos Deputados, cuja última movimentação deu-se no dia 11/03/2014, com pedido de prorrogação de prazo para expedição de parecer pela Comissão Especial, ao substitutivo do Senado. Consulta ao site da Câmara dos Deputados em 17.03.2014.

O reconhecimento de que o ordenamento jurídico brasileiro exige que a educação pública ofereça um ensino de qualidade é fato incontestável. Mas, por outro lado, a legislação não define os critérios para mensurar se a educação ofertada atende a padrões de qualidade, tampouco conceitua o que vem a ser a qualidade na educação.

Nesse sentido são as críticas da professora Lighia Horodynski-Matsushigue e do professor Otaviano Helene, ambos docentes do Instituto de Física da Universidade de São Paulo, membros do Grupo de Trabalho Educação da Adusp – Associação dos Docentes da USP, que, ao analisarem o PL nº 8.035/2010, que trata do Plano Nacional de Ensino para o decênio 2011-2020, manifestaram-se no sentido de que “[...] faz falta no PNE proposto uma conceituação de qualidade da educação. O texto inteiro peca por confundir qualidade da educação com sua suposta aferição por avaliações e exames nacionais padronizados”. (2011, p. 35).

O Diretor do Instituto Paulo Freire e professor titular da Universidade de São Paulo, Moacir Gadotti, defende que “Uma escola, uma universidade, precisa pouco para ser de qualidade, mas nelas não podem faltar ideias. Precisa basicamente de **três condições**: professores bem formados, condições de trabalho e um projeto” (*grifo do original*). (2013, p. 11).

Continuando seu raciocínio, Gadotti explica que o professor, além de ter paixão por ensinar e compromisso, precisa ter domínio técnico-pedagógico, porque a qualidade do ensino depende muito da qualidade do professor. Em relação à escola, ele defende que precisa oferecer as condições materiais, físicas, pedagógicas e humanas para criar um ambiente propício à aprendizagem. Quanto ao projeto pedagógico, este deve levar em consideração a realidade socioeconômica dos alunos. (2013, p. 11-12).

Ainda, Gadotti acentua que, daqui para frente, somente haverá crescimento econômico se houver melhoria na educação, pois “[...] a qualidade da educação é condição da eficiência econômica” (2013, p. 4). E explica porque a educação está relacionada ao crescimento econômico:

O trabalhador hoje precisa ser polivalente e especializado ao mesmo tempo. Não um generalista. Ele deve ser polivalente no sentido de que possui uma boa base de **cultura geral** que lhe permita compreender o sentido do que está fazendo. A qualidade política e econômica de um país depende da qualidade da sua educação. Isso não quer dizer que a **economia** deva determinar o que se passa na educação. (*grifo do original*) (2013, p. 4)

Segundo o doutor em educação Luiz Fernando Dourado, a qualidade na educação abarca algumas dimensões mínimas, no plano extraescolar, que compreendem a dimensão socioeconômica e cultural dos entes envolvidos e a dimensão dos direitos, das obrigações e das garantias do nível do Estado. Já no plano intraescolar, a qualidade refere-se às condições de oferta do ensino, à gestão e organização e ao desempenho escolar. (2007, p. 24).

O Ministério da Educação e Cultura, em parceria com outros organismos, como o Fundo das Nações Unidas Para a Infância - UNICEF, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, entre outros, publicou dois trabalhos referentes à qualidade na educação, sob a coordenação de Vanda Mendes Ribeiro, dentre outros. O primeiro trabalho, intitulado “Indicadores da Qualidade na Educação”, foi publicado em 2004, e um segundo, em 2009, voltado somente à educação infantil. Nestes trabalhos, há um esforço em estabelecer critérios para se aferir a qualidade na educação.

Os organismos que elaboraram o manual defendem que, para a avaliação da qualidade da escola, devem ser mobilizados pais, alunos, professores, funcionários, Conselho de Educação, Conselho Tutelar, Universidades. Ou seja, a sociedade deve ser convocada a participar do processo, sendo sugerido, no estudo, que a divulgação seja feita por meio de cartas aos pais, faixa em frente à escola, divulgação no jornal ou rádio, etc. Isso tudo revela o caráter democrático que encerra o processo educacional, confirmando a ordem constitucional de que a Educação é dever do Estado, da família e da sociedade.

Como parâmetros, identificaram-se sete elementos fundamentais, que foram denominados de dimensões e devem ser considerados pela escola na reflexão sobre sua qualidade. Para a avaliação das dimensões foram criados alguns sinalizadores de qualidade, que são os indicadores, mensurados a partir de seis quesitos.

Apresentar, ainda que minimamente, em que consistem as dimensões e os indicadores é importante para que se alcance a extensão de um trabalho que se propõe a investigar a qualidade na educação e medir seus

indicadores, os quais não se restringem a aspectos estruturais da escola, tão somente, mas alcançam aspectos do ser do aluno, dos pais e da comunidade escolar como um todo.

Assim, a primeira dimensão é o “Ambiente Educativo”, cuja avaliação compreende seis indicadores: amizade e solidariedade, alegria, respeito ao outro, combate à discriminação, disciplina e respeito aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A segunda dimensão é “Prática Pedagógica”, que compreende: proposta pedagógica definida e conhecida por todos, planejamento, contextualização, variedade das estratégias e dos recursos de ensino-aprendizagem, incentivo à autonomia e ao trabalho coletivo e prática pedagógica inclusiva.

A terceira dimensão é “A Avaliação”, que compreende: monitoramento do processo de aprendizagem dos alunos, mecanismos de avaliação dos alunos, participação dos alunos na avaliação de sua aprendizagem, avaliação do trabalho dos profissionais da escola e acesso, compreensão e uso dos indicadores oficiais de avaliação da escola e das redes de ensino.

A quarta dimensão é a “Gestão Escolar Democrática”, que compreende: informação democratizada, conselhos escolares atuantes, participação efetiva de pais, mães e comunidade em geral, parcerias locais e relacionamento da escola com os serviços públicos, tratamento dos conflitos que ocorrem no dia-a-dia da escola e participação da escola no Programa Dinheiro Direto da Escola.

A quinta dimensão refere-se à “Formação e Condições de Trabalho dos Profissionais da Escola”, a sexta dimensão trata do “Ambiente Físico Escolar” e, por fim, a sétima dimensão investiga o “Acesso, Permanência e Sucesso na Escola”, cada qual com seus respectivos indicadores.

Tanto Dourado (2007) quanto Gadotti (2013) defendem que tratar da qualidade da educação é assunto suficientemente complexo, que implica um processo de participação social e democratização do ensino.

E, de fato, é o que se constata a partir das sete dimensões constantes do modelo elaborado para medir a qualidade da educação, as quais permitem vislumbrar que, para a construção dos parâmetros de qualidade, as questões intra e extraescolares estão implicadas.

A definição de qualidade extrapola, portanto, a questão de quantidade, não sendo suficientes os percentuais de alunos matriculados para assegurar o direito fundamental à educação, que se completa em duas dimensões: acesso à escola e à qualidade do ensino na escola.

Aprimorar a qualidade da educação é exigência constitucional que se concretiza por meio de políticas públicas que visam reduzir a desigualdade escolar, mesmo estando a escola inserida em uma sociedade plasmada pela desigualdade social, o que significa dizer que uma escola inserida em um bairro de periferia, precisa, necessariamente, ser aplicado projeto pedagógico que atende a necessidade dos alunos ali matriculados, não sendo possível aplicar o mesmo projeto pedagógico utilizado em escolas cujas crianças advém de melhores condições socioculturais.

A política pública educacional que não estabelece projetos pedagógicos específicos segundo a realidade social desigual da qual provém a criança, está contribuindo para impactar a desigualdade social, porque desconsidera que as crianças precisam de práticas pedagógicas voltadas à sua realidade social, a fim de que a aprendizagem apresente resultados mais eficazes e a distribuição do bem social “educação escolar” seja mais justa.

A discussão da qualidade, segundo Vanda Mendes Ribeiro (2012), passou, primeiramente, pela questão do acesso, porque em um país de analfabetos ingressar na escola era um desafio, depois passou pela questão do fluxo, ou seja, os índices de evasão e repetência e, mais recentemente, incluiu a questão dos resultados medidos por teste padronizado de larga escala para aferir a igualdade de conhecimento adquirido ou os índices de desempenho, como é o caso do IDEB – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica.

Com a necessidade de se mensurar, por meio de indicadores, a qualidade na educação básica, foi criado o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica - IDEB, instituído por meio do Decreto nº 6.094, de 24 de abril de 2007, que estabelece, em seu art. 3º:

A qualidade da educação básica será aferida, objetivamente, com base no IDEB, calculado e divulgado periodicamente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), a partir dos dados sobre rendimento escolar, combinados com o desempenho dos alunos, constantes do censo escolar e do Sistema de Avaliação da Educação Básica – SAEB, composto pela Avaliação Nacional da Educação Básica – ANEB e a Avaliação Nacional do Rendimento Escolar (Prova Brasil).

O índice combina dois indicadores normalmente utilizados para acompanhar o sistema de educação: a) indicadores de fluxo (promoção, repetência e evasão) e b) pontuações em exames padronizados, obtidas por estudantes ao final de determinada etapa do sistema de ensino (4ª e 8ª séries do ensino fundamental e 3º ano do ensino médio), cujo resultado é a combinação de dois outros indicadores: a) pontuação média dos estudantes em exames padronizados, ao final de determinada etapa da educação básica (4ª e 8ª séries do ensino fundamental e 3º ano do ensino médio) e b) taxa média de aprovação dos estudantes da correspondente etapa de ensino. (FERNANDES, 2007).

Atualmente o IDEB é o principal índice para aferir a qualidade na educação básica. Entretanto, o Fórum Nacional de Educação, responsável por fiscalizar o Plano Nacional de Educação, entende que este índice precisa ser aperfeiçoado, incluindo outros elementos na avaliação da educação básica, como variáveis socioeconômicas dos alunos, o lugar onde as escolas funcionam e os insumos que existem em cada escola. (O GLOBO, 2012).

Os fatores que devem ser considerados para aferir a qualidade na educação, segundo a publicação do MEC, acima referida - "Indicadores de Qualidade na Educação (2004)", vão muito além daqueles considerados pelo IDEB, o que confirma a crítica do Fórum Nacional de Educação e leva à conclusão de que no Brasil não há indicadores oficiais para mensurar, suficientemente, a qualidade na educação, em que pese o IDEB ser um instrumento que pode contribuir para essa análise, restringe-se a avaliações externas em larga escala, não abordando o cotidiano da vida intraescolar.

O estudo "Indicadores de Qualidade na Educação" (2004) busca apresentar uma série de indicadores para contribuir na pesquisa de mensuração da qualidade, trabalhando-se com elementos da vida intra-escolar que permitem captar aspectos da realidade educacional ainda pouco abordados, mas que podem contribuir para a avaliação do sistema escolar como um todo a partir da autoavaliação escolar por meio de processos participativos, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 inovou em relação às Cartas anteriores, ao estabelecer, dentre seus princípios, a "gestão democrática do ensino público (art. 206, VII).

Os indicadores para mensurar a qualidade na educação visam, mais do que apontar problemas, avaliar se as ações propostas estão alcançando os resultados esperados.

Nesse sentido, os dados estatísticos sobre a educação no Brasil são importantes instrumentos para aferir se as ações propostas pela política educacional têm alcançado resultados satisfatórios.

4.5 Alguns Dados da Educação no Brasil

Os dados estatísticos e indicadores contribuem para um diagnóstico da política pública em geral. Por isso, ao tratar de elementos como acesso à escola e qualidade, é imprescindível delinear um quadro que esboce a quantas anda a educação no Brasil, tanto na sua dimensão de acesso à escola como na de qualidade do ensino.

Pesquisadores brasileiros, depois de acurado estudo, revelaram que houve significativo aumento, nas duas últimas décadas, do orçamento destinado à educação. (DIAZ, 2007; MENEZES FILHO e AMARAL, 2009).

Pode-se dizer que este aumento decorreu da previsão, expressa na Constituição Federal de 1988, de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem destinar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências, para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, embora esta seja uma suposição, porque o estudo não comprovou as causas do aumento.

Ainda seguindo a política de aumentar os investimentos na educação, foi sancionada a Lei nº 12.858, de 09 de setembro de 2013, que prevê a destinação de 75% (setenta e cinco por cento) dos royalties do petróleo e 50% (cinquenta por cento) do Fundo Social do Pré-sal para a educação (e saúde), com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do

caput do artigo 214 da Constituição⁷⁴, inserido pela Emenda Constitucional nº 0059/2009.

Dados do Ministério da Educação e Cultura confirmam o estudo dos pesquisadores, ao apontar que o investimento direto em educação, em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), avançou de 3,9% (três vírgula nove por cento) para 5,3% (cinco vírgula três por cento), no período de 2000 a 2011. Os investimentos diretos são recursos das três esferas do governo, utilizados para bens, serviços e investimentos, incluindo, a título de exemplo, construção e manutenção dos estabelecimentos de ensino, remuneração dos profissionais, recursos para assistência estudantil, alimentação, transporte, material didático e formação de professores, entre outros. (MEC, Recursos Para Educação, 2013).

Publicação do Ministério da Educação (Programa de Apoio aos Dirigentes Municipais de Educação - PRADIME) aponta o elevado número na taxa de matrículas, entre crianças de 7 a 14 anos, com taxa de cobertura até 2003, o que comprova a efetividade das políticas públicas de acesso à escola.

Segundo os dados do PRADIME/MEC (2006, p. 9), a taxa líquida nacional de matrícula no Ensino Fundamental teve registro de 94% (noventa e quatro por cento), sendo alta também para as diferentes regiões do País: Norte - 93% (noventa e três por cento), Nordeste - 92% (noventa e dois por cento), Sudeste - 95% (noventa e cinco por cento), Sul - 96% (noventa e seis por cento) e Centro-Oeste - 94% (noventa e quatro por cento).

Os referidos dados mostram que essa taxa manteve-se alta considerando-se: a) as faixas de renda: 20% (vinte por cento) mais pobres - 91% (noventa e um por cento), 20% (vinte por cento) mais ricos - 96% (noventa e seis por cento); b) as raças: brancos - 95% (noventa e cinco por cento), negros e pardos - 93% (noventa e três por cento); c) o gênero: homens - 93% (noventa e três por cento), mulheres - 94% (noventa e quatro por cento); d) as zonas de domicílio: urbana - 94% (noventa e quatro por cento), rural - 92% (noventa e dois por cento).

⁷⁴ Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) - (...) VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

E os indicadores de matrícula mostram uma irrefutável redução das desigualdades de acesso ao Ensino Fundamental no Brasil.

A redução da desigualdade diz respeito somente aos índices de matrícula, ou seja, à entrada na escola. Contudo, a entrada na escola é virtual, porque a conclusão do ensino apresenta índices bem mais baixos.

Nesse sentido são os estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – “Brasil, o estado de uma nação” (2006, p. 129), que demonstram que somente 84% (oitenta e quatro por cento) concluem a 4ª série e 57% (cinquenta e sete por cento) terminam o ensino fundamental. No ensino médio, o índice cai para 37% (trinta e sete por cento). O maior número de desistentes está entre os 20% (vinte por cento) mais pobres da população, e são eles os mais prejudicados no processo educacional:

No Brasil, não apenas os mais pobres frequentam escolas piores, mas, mesmo quando estão nas mesmas escolas do que os menos pobres, têm maiores dificuldades em aprender e avançar dentro do sistema. Ou seja, a escola é incapaz de oferecer a eles um aprendizado razoável e é, assim, incapaz de reduzir a desigualdade herdada dos pais. Tal como já indicado na edição de 2005 desta série, do ponto de vista de uma política de equidade, deve-se estabelecer como maior prioridade para a educação brasileira a melhoria da qualidade do ensino fundamental. (IPEA, 2006, p. 129).

Mas o quadro de exclusão do pobre do sistema de ensino e, por consequência, da profissionalização inclusiva, vai mais longe, conforme aponta o estudo:

[...] um pobre talentoso que conseguisse passar no vestibular de medicina em uma universidade pública não poderá se sustentar durante o curso. Daí a observação de que os poucos alunos de classe baixa que ingressam nas universidades públicas o fazem em cursos que não exigem grande comprometimento de tempo e dinheiro. Nesse aspecto, há um caráter eminentemente discriminatório no nosso ensino. No ensino fundamental, freqüentado pelos mais pobres, os gastos por aluno são 1/10 do que o governo gasta com suas universidades, freqüentada predominantemente pelos 40% mais ricos. (IPEA, 2006, p. 131)

Portanto, o acesso à educação não foi acompanhado da melhoria na qualidade da educação ofertada nas escolas da rede pública, tampouco pelo direito à igualdade de acesso, principalmente para as faixas pobres da população, que necessitam da inclusão social. Para confirmar essa

assertiva tem-se o resultado da Prova Brasil⁷⁵, realizada pelo Ministério da Educação (MEC), no ano de 2005, que apontou que um aluno de oitava série, no Brasil, detém conhecimento similar àquele adquirido por um aluno de quarta série, nos países desenvolvidos.

Ainda revelando a qualidade do ensino público no Brasil, os alunos da rede pública de ensino ocuparam as últimas posições mundiais na apropriação do conhecimento de matemática, ciências e língua, nos exames do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), segundo resultados divulgados em 2010. Num total de 65 (sessenta e cinco) países que fizeram o exame, o Brasil ocupou a 53ª (quincuagésima terceira) posição no ranking geral, esta mesma posição nos exames de compreensão de leitura e ciências, e a 57ª (quincuagésima sétima) posição nos exames de matemática. (PISA, OCDE, 2010)

O programa é desenvolvido e coordenado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e, em cada país participante, há uma coordenação nacional. No Brasil, o Programa é coordenado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC).

Comparando-se o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica - IDEB, do ensino fundamental (anos iniciais) da escola pública com o da escola particular, em âmbito nacional, constata-se que, para a escola pública, no ano de 2011, o índice foi de 4,7 (quatro vírgula sete), enquanto que para a escola particular, no mesmo ano, o índice foi de 6,5 (seis vírgula cinco). Já para o ensino fundamental (anos finais), a escola pública obteve o índice de 3,9 (três vírgula nove), em 2011, e a escola particular, 6,0 (seis) (INEP – Portal IDEB)

Os dados demonstram, claramente, que embora tenha havido o aumento de investimentos na educação, o indicador de qualidade da escola particular ainda é superior ao da escola pública, em âmbito nacional. Por sua

⁷⁵ **Avaliação Nacional do Rendimento Escolar - Anresc (também denominada "Prova Brasil")**: trata-se de uma avaliação censitária envolvendo os alunos da 4ª série/5ºano e 8ªsérie/9ºano do Ensino Fundamental das escolas públicas das redes municipais, estaduais e federal, com o objetivo de avaliar a qualidade do ensino ministrado nas escolas públicas. Participam desta avaliação as escolas que possuem, no mínimo, 20 alunos matriculados nas séries/anos avaliados, sendo os resultados disponibilizados por escola e por ente federativo. Disponível em: <www.mec.gov.br>. Acesso em: 23 mar. 2014

vez, a comparação com os países membros da OCDE também revela o baixo índice da qualidade da educação brasileira. Esses resultados são altamente preocupantes, em face da importância social da educação e do contingente populacional que essa política pública envolve. Segundo dados do Censo Escolar (2006, p. 38), existem 203,9 (duzentos e três vírgula nove) mil estabelecimentos educacionais no Brasil, dos quais 82,6% (oitenta e dois vírgula seis por cento) são públicos e 17,4% (dezessete vírgula quatro por cento), privados.

Professor titular da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, Vitor Henrique Paro, não economiza nas críticas ao sistema público educacional brasileiro. Para ele, a educação é caminho para a construção de uma sociedade mais humana:

[...] o efetivo bem viver dos educandos e com sua contribuição para uma sociedade mais humana, sendo que os gastos são muito altos para oferecer uma educação desinteressante e que faz com que milhões de crianças desperdicem horas preciosas de suas vidas e o que é pior, tira-lhes o gosto de viver o presente, tudo isso em troca de resultados pífios, representados por um aprendizado que, para expressivas proporções da população que passa pelo ensino fundamental, fica muito aquém até mesmo das rudimentares capacidades do ler, escrever e fazer contas a que se propõem as mais tímidas e despreziosas políticas públicas para a escola elementar. (2007, p.35).

Trata-se, portanto, de uma triste realidade, que alcança milhões de crianças e jovens brasileiros, que têm o direito fundamental à educação pública com qualidade. Em que pese o desafio para dimensionar o conceito de qualidade na educação, é inegável que a educação com qualidade deve garantir que a pessoa tenha condições de inserir-se no mercado de trabalho e exercer a cidadania democrática, que compreende a conscientização do aluno do seu papel na sociedade enquanto sujeito histórico, o que é possível por meio da apropriação de conhecimentos de leitura, escrita, interpretação e cálculo, favorecendo uma vida com maior satisfação pessoal e melhor convivência social.

As pesquisas de organismos oficiais do governo demonstram, claramente, que o direito fundamental à educação está longe de ser efetivado, uma vez que não se pode concluir pela efetividade da educação somente com os índices de matriculados, pois este dado não é suficiente para comprovar a

eficácia da política pública de educação, principalmente no que pertine à inclusão social das populações mais pobres.

Por outro lado, a efetividade do direito à educação guarda relação direta com a dignidade da pessoa humana, dada a importância daquele em todo o processo de humanização do ser, havendo, entre dignidade e educação, uma reciprocidade axiológica que as complementa, na medida em que a educação concretiza a dignidade da pessoa e esta é o conteúdo para aquela. (SARLET, 2011)

Neste aspecto, ressalta-se que é dever dos Três Poderes da República a efetivação dos direitos fundamentais e a proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, fato este que tem gerado o fenômeno da judicialização das políticas públicas.

Mas, tendo em vista que o direito fundamental à educação compreende duas dimensões, que são o acesso à escola e à qualidade da educação (mais abrangente que ensino), e considerando, ainda, a crescente intervenção do Judiciário na política pública de educação, surge a grande questão: com que grau e amplitude o Judiciário pode efetivar o direito fundamental social à educação?

Com o escopo de responder à questão proposta, serão analisados julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR), referentes ao direito à educação, para identificar o grau e a amplitude alcançados pelas decisões do Judiciário na efetividade desse direito e os limites entre o direito e a política.

4.6 As Decisões do Poder Judiciário e o Direito à Educação: O Caso do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

A análise de uma amostra de decisões judiciais de segundo grau, pertinentes ao direito à educação, tem por foco o levantamento de informações sobre o conteúdo da intervenção judicial especificamente nesta política, e a relação das decisões com as duas faces do direito fundamental à educação: o acesso à escola e à qualidade da educação.

Os dados apresentados foram levantados a partir de consulta à base de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, compreendendo Segundo Grau e Turmas Recursais.

A catalogação das decisões observou duas classificações: o direito de acesso à escola e o direito à educação com qualidade. Estas classificações serão analisadas considerando ações individuais e ações coletivas.

a) Direito de Acesso à Escola:

A intervenção judicial no direito de acesso à escola será analisada por meio de ações julgadas pelo Tribunal, tanto individuais quanto coletivas, relacionadas à adoção, pelo Estado do Paraná, de duas políticas públicas, no que tange à educação.

A primeira delas foi a que tratou da matrícula das crianças por meio do georreferenciamento, e a segunda, a que tratou da implantação do ensino fundamental de nove anos, que, no Paraná, foi regulamentada por meio da Deliberação nº 003/2006, da Secretaria de Estado da Educação.

As duas políticas adotadas pela Secretaria de Estado da Educação do Paraná geraram discussões político-sociais que adentraram no campo judicial, razão pela qual foram eleitas para serem analisadas.

A intervenção judicial no direito de acesso à escola também será estudada, tendo em vista as ações impetradas para garantir vaga na educação infantil.

a.1) Ações Civis Públicas e a Garantia de Vaga na Educação Infantil

O Ministério Público impetrou diversas ações coletivas, para garantia de vaga em creches e pré-escolas para crianças com idades entre 0 e 5 anos, uma vez que, conforme determinação constitucional, é dever do Estado a garantia do ensino infantil (art. 208, IV), merecendo análise os fundamentos que vêm sendo adotados pelo Tribunal, segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à garantia de vaga em creches e pré-escolas.

No Agravo de Instrumento nº. 683.250-8/2011, com provimento parcial, por unanimidade de votos, pela 5ª Câmara Cível, o Município de Medianeira agravou da decisão que conferiu tutela antecipada, determinando a efetivação de matrícula, em cinco dias, em creches e pré-escolas, para crianças de 0 a 3 anos, constantes em lista. A reforma da decisão que concedeu a tutela antecipada foi no sentido de estender o prazo para cumprimento da medida, passando de 05 (cinco) dias para 03 (três) meses.

Na fundamentação, constou que não se tratava de violação do princípio da Separação dos Poderes:

[...] na medida em que se trata de aferição do cumprimento de exigência legal e constitucional, constituindo-se em verdadeiro dever do administrador público, em que de outro lado revela um direito assegurado constitucionalmente às crianças, direito este individual e social de absoluta prioridade. E, assim, perfeitamente possível a intervenção do Poder Judiciário.

Na Apelação Cível nº 758095-0, o Município de Araucária recorreu de sentença que confirmou liminar, determinando que promovesse, no prazo de 03 (três) meses, o atendimento em creche e pré-escola, em período integral, para, no mínimo, 746 (setecentos e quarenta e seis) crianças, e que fossem atendidas, até a data de 31.12.2010, pelo menos mais 745 (setecentos e quarenta e cinco) crianças, de acordo com a demanda já conhecida pelo Município.

Na fundamentação do voto, o relator explicou que “[...] não há que se falar em invasão de competência do Poder Judiciário, pois este está apenas garantindo direitos constitucionalmente e legalmente previstos àqueles a quem estes direitos se destinam”, e citando o Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 208 da Constituição Federal postulou que:

Não se nega, inicialmente, que, em regra, a atribuição para decidir qual o destino a ser dado às verbas públicas que, como é sabido, não são suficientes para o atendimento de todas as demandas sociais, compete ao chefe do poder executivo, que, inclusive, é eleito pelo voto popular, vale dizer, é escolhido pelos próprios munícipes para, durante um certo período de tempo - mandato -, administrar o município. Ocorre, entretanto, que o dever de garantir a educação infantil é indisponível, ou seja, não pode o chefe do poder executivo, por mais que tenha sido eleito pelo povo, deixar de tomar medidas concretas para assegurar a todas as crianças do município o acesso à educação infantil.

Em sede de apelação, a decisão foi reformada, ampliando o prazo para concretização da medida, de 03 (três) para 12 (doze) meses após a conclusão das licitações, para o atendimento em creche e pré-escola, em período integral, de, no mínimo, 746 (setecentos e quarenta e seis) crianças, o que representava 50% (cinquenta por cento) do número de infantes em lista de espera. Determinou, ainda, que o Município incluísse na previsão orçamentária do ano seguinte as verbas para a criação de mais 745 (setecentos e quarenta e cinco) vagas, com prazo de 12 (doze) meses, após concluída a licitação, para a implantação das vagas.

No que se refere à garantia de vagas, em creches e pré-escolas, para crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, as decisões do Tribunal analisadas, em sede de Ação Civil Pública, foram unânimes no sentido de determinar ao ente público a efetivação das vagas, por entender que não há discricionariedade do administrador na implantação desta política, porque vinculada a direito subjetivo fundamental estabelecido constitucionalmente.

Passa-se à análise específica das políticas públicas de georreferenciamento e implantação do ensino fundamental de nove anos.

a.2) Georreferenciamento:

A Secretaria de Estado da Educação do Paraná, por meio da Instrução Normativa nº 002/2007, adotou critério territorial para matrícula, por meio da política do georreferenciamento, que visa matricular os alunos em instituições próximas às suas residências, independentemente de ser esta a sua vontade e indiferentemente de onde cursou os anos anteriores. Esta medida foi discutida judicialmente, merecendo destaque a fundamentação de algumas decisões quanto à política pública do georreferenciamento.

Utilizando-se do critério de busca “georreferenciamento e educação”, o sistema de busca do TJ/PR apresentou 121 (cento e vinte e um) registros, compreendendo decisões proferidas entre 01.02.2008 e 08.03.2012, distribuídas entre a 6ª e a 7ª Câmara Cível, todas em ações individuais.

Foram destacados alguns julgados, segundo a razão de decidir apresentada pelo relator, a qual irá se repetir, de modo geral, nos demais julgados, o que demonstra, claramente, o posicionamento divergente das duas

Câmaras, com exceção do julgamento proferido no Mandado de Segurança (MS) nº 653.444-1/2010, da 7ª Câmara Cível, que não seguiu os fundamentos dos demais julgados da referida Câmara.

Os julgados serão divididos em dois blocos, sendo que, no Bloco I, são agrupadas as amostras das decisões que pugnam pela impossibilidade de intervenção judicial na política de georreferenciamento e, no Bloco II, as que entenderam pela viabilidade da intervenção judicial.

- BLOCO I: não intervenção na política de georreferenciamento

- AC 215/2008 (6ª Câmara Cível):

“O direito constitucional de acesso ao ensino, previsto também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura o “acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência”, de maneira que o critério do georreferenciamento cumpre exatamente a determinação legal. No caso específico, embora inexistisse ofensa a direito líquido e certo, a liminar concedida criou uma situação fática que deve ser respeitada, aplicando-se a teoria do fato consumado. Entretanto, fica ressalvada a possibilidade de realocação da mesma no próximo ano letivo, a depender das regras do georreferenciamento.”

- MS nº 064.0951-6/2010 (6ª Câmara Cível):

“Não há que se falar em ato arbitrário ou ilegal, pois o redirecionamento destes Impetrantes para outro Colégio, embora distante de suas moradias, quer tenha sido uma falha de GPS ou não, visava assegurar o acesso de todos os estudantes à escola. Cumpre esclarecer que a política pública do georreferenciamento não está tolhendo o acesso dos alunos à rede pública de ensino, **mas sim assegurando a todas as crianças e adolescentes a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola**, previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96)”. (fundamento legal: art. 206, I da Constituição Federal; art. 3º, I da LDB e art. 53, V do ECA). (destacamos).

- MS nº 064.961-2/2010 (6ª Câmara Cível):

“Ora, não se está obstando o acesso da impetrante ao ensino público. Ainda, cabe à Administração, através da Secretaria de Educação, no âmbito do território estadual, o planejamento, desenvolvimento e execução de política pública que concretize o ideário constitucional de ensino com igualdade de condições

para o acesso e permanência na escola. Por fim, embora seja dever do Estado fornecer educação à criança e ao adolescente que lhe garanta seu desenvolvimento pessoal, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, não é possível amparar pretensão de escolha, por conveniência pessoal dos pais e do próprio aluno, desta ou daquela instituição de ensino, sob pena de gerar desequilíbrio incontrolável na oferta de vagas, frustrando, por completo, o ideário de acesso a todos à escola pública. (...) Portanto mostra-se inviável à prática administrativa a atenção às vontades de cada um dos estudantes, sendo que a adoção do critério do georreferenciamento é evidente exercício da Administração, **justificado pela supremacia do interesse público sobre o particular**, o qual se mostra dentro dos limites da legalidade, sem ofender direito líquido e certo”. (fundamento legal: art. 206, I da C.F.; art. 3º, I da LDB e art. 53, V do ECA). (destacamos)

- MS nº 653.444-1/2010 (7ª Câmara Cível):

“O critério que objetiva garantir, primeiramente, o direito de matrícula aos alunos que residem nas proximidades dos estabelecimentos de ensino da rede pública estadual, denominado “**georreferenciamento**”, não viola direito líquido e certo da impetrante porque não se está a impedir seu ingresso e permanência na rede pública de ensino, mas assegura a todas as crianças e adolescentes a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96). (...) Ademais, a conveniência de se encontrar matriculada em um estabelecimento de ensino equidistante do local onde reside a criança ou o adolescente não justifica o impacto de desproporcional dimensão social acerca das ofertas de vagas na rede de ensino público”.

- AgrvReg nº 05549397-01/2009 (Órgão Especial):

EMENTA: PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR - MATRÍCULA ESCOLAR DETERMINADA JUDICIALMENTE POR CRITÉRIO OUTRO QUE NÃO O GEORREFERENCIAMENTO - RISCO DE LESÃO À ORDEM PÚBLICA ADMINISTRATIVA CONFIGURADO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Nos termos do artigo 206, inciso I, da Constituição da República e artigo 53, V, da Lei 8.069/90 (ECA), a matrícula por georreferenciamento assegura a todas as crianças e adolescentes o acesso e permanência em escolas próximas de sua residência. Afastado tal sistema por ordem judicial, alunos outros terão, por vias transversas,

acesso ao ensino público negado. Risco de lesão à ordem pública, na medida em que, privado o Executivo da sua capacidade de planejamento, comprometida está a eficiência administrativa no âmbito educacional. Com efeito, **em atenção ao princípio da separação harmônica dos Poderes**, o Judiciário não deve se imiscuir em ações executivas de governo, quanto mais atendida a ordem constitucional vigente. Em sendo assim, caso prevaleça a decisão de primeiro grau, aquele Juízo transformar-se-á em administrador, na medida em que delimitará, segundo critérios de oportunidade e conveniência, acerca do melhor critério para a matrícula escolar em rede pública de ensino. Tal decisão priva o Executivo da capacidade de planejar, comprometendo a eficiência administrativa em sua atuação educacional. **A decisão de primeiro grau pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à educação.**” (destacamos)

- BLOCO II: intervenção judicial na política de georreferenciamento

- MS 649.540-9/2010 (7ª Câmara Cível):

“É bem verdade que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 53, inciso V, garante o direito à educação e o acesso à escola pública e gratuita próxima da residência do aluno.(...) Por assim ser, ao contrário do pretendido pela Secretária de Educação do Estado do Paraná, é o direito subjetivo da Autora que deve prevalecer na hipótese, mesmo porque compelir a Aluna-Impetrante a mudar de educandário em razão da localização de sua residência, inevitavelmente lhe causaria prejuízos de grandes proporções em face do rompimento dos laços de afetividade e do necessário processo de adaptação que se iniciaria. Ademais, não custa ressaltar que a educação próxima à sua residência **é direito e não dever da criança ou adolescente; deriva que tal obrigação é exclusiva do Estado, não lhe cabendo, por imperativo lógico, exigir do sujeito passivo de tal múnus o seu cumprimento**”. (art. 206, I Constituição Federal, art. 53, I do ECA). (destacamos)

- MS 842.379-6/2012 (4ª Câmara Cível):

“É bem verdade que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 53, inciso V, garante o direito à educação e o acesso à escola pública e gratuita próxima da residência do aluno. Entretanto, em que pesem as razões da Impetrada, fato é que correta se revela a pretensão exordial, pois corroborada não só pelo artigo 206, inciso I, da Constituição da República

(“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”), como também pelo artigo 53, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente. (...) Por assim ser, ao contrário do pretendido pela Diretoria da Administração Escolar Sude Seed, é o direito subjetivo do Autor que deve prevalecer na hipótese, mesmo porque compelir o Aluno-Impetrante a mudar de estabelecimento de ensino em razão da localização de sua residência, inevitavelmente lhe causaria prejuízos de grandes proporções em face do rompimento dos laços de afetividade e do necessário processo de adaptação que se iniciaria. Ademais, não custa ressaltar que **a educação próxima à sua residência é direito e não dever da criança ou adolescente; deriva que tal obrigação é exclusiva do Estado, não lhe cabendo, por imperativo lógico, exigir do sujeito passivo de tal *múnus* o seu cumprimento**”. (destacamos)

- MS 657.424-5/2010 (7ª Câmara Cível):

MANDADO DE SEGURANÇA – REMATRÍCULA EM ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE ENSINO – CRITÉRIO DE GEOREFERENCIAMENTO – INAPLICABILIDADE - DIREITO DE PERMANÊNCIA DO ALUNO NA ESCOLA EM QUE ESTÁ AMBIENTADO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 53, INCISO I DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 206, INCISO I, DA MAGNA CARTA – SEGURANÇA CONCEDIDA. O aluno tem direito de permanecer na instituição de ensino freqüentada, não podendo ser compelido a mudar de escola em razão do local em que reside, porque além de acostumado com o ambiente, professores e programa escolar, é lá que mantém laços de amizade e afetividade.

Por assim ser, ao contrário do pretendido pela Secretária de Educação do Estado do Paraná, **o interesse particular deve prevalecer sobre o público**, porque compelir à Aluna-Impetrante a mudar de educandário em razão da localização de sua residência, inevitavelmente lhe causaria prejuízos de grandes proporções em face do rompimento dos laços de afetividade e do necessário processo de adaptação que se iniciaria. (destacamos).

No item seguinte será discutida a intervenção judicial na política pública que estendeu o ensino fundamental de oito para nove anos.

a.3) Ensino Fundamental de Nove Anos

A implantação progressiva do ensino fundamental de nove anos foi prevista no Plano Nacional de Educação, Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, e concretizada por meio da Lei Nacional nº 11.274, de 6 de fevereiro de 2006, que alterou a Lei Nacional nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), e estabeleceu que os Municípios, os Estados e o Distrito Federal teriam até o ano de 2010 para adequarem-se à obrigatoriedade do ensino fundamental de nove anos, o que implicaria no direito de a criança ser matriculada no primeiro ano do ensino fundamental no ano em que completasse seis anos.

A nova lei dividiu o ensino fundamental em dois períodos, que compreendem anos iniciais (1º ao 5º) e anos finais (6º ao 9º).

Com a finalidade de atender às disposições da nova lei, o Conselho Estadual de Educação do Paraná expediu a Deliberação nº 003/2006, determinando, no art. 12, que a data de corte para matricular as crianças no primeiro ano do ensino fundamental seria o dia 01.03, o que vale dizer que crianças que completassem seis anos após esta data não poderiam ingressar no primeiro ano.

Ressalta-se que o art. 208, IV, da Constituição Federal, previa, até dezembro de 2006, o direito à educação infantil, em creches e pré-escolas, para a criança até seis anos de idade, texto que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 056, de 19.12.2006, reduzindo de seis para cinco anos a idade do ensino infantil.

O indeferimento das matrículas de crianças que não tinham completado seis anos de idade antes de 01.03 gerou demandas judiciais, coletivas e individuais, requerendo que o Poder Judiciário determinasse a matrícula de crianças que completariam seis anos no decorrer do ano letivo.

Todas as ações individuais analisadas, de um total de 170, independente do tipo de ação e recurso impetrado, que tiveram julgamento proferido pelo tribunal entre 29.01.2007 e 28.01.2014, foram julgadas procedentes, confirmando, em sede de segundo grau, as decisões que determinaram a matrícula das crianças com menos de seis anos no primeiro ano.

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE
SEGURANÇA.INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA DE

CRIANÇA MENOR DE SEIS ANOS NO PRIMEIRO ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL. ATO ABUSIVO E ILEGAL.APROVAÇÃO NO ÚLTIMO ESTÁGIO DA EDUCAÇÃO INFANTIL E APTIDÃO PARA CURSAR O PRIMEIRO ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL RATIFICADAS PELA PRÓPRIA ESCOLA ONDE A CRIANÇA CONCLUIU A EDUCAÇÃO INFANTIL. ARTS. 205, 206, I E II E 208, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 53 E 54, V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.INTELIGÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA. MEDIDA POTENCIALMENTE PREJUDICIAL AO SEU DESENVOLVIMENTO NO CASO.DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO.JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CÂMARA.SENTENÇA REEXAMINADA MANTIDA. (TJPR - 6ª C.Cível - RN - 1035813-7 - Paranavaí - Rel.: Sérgio Arenhart - Unânime - - J. 28.01.2014)

REEXAME NECESSÁRIO - IDADE INFERIOR À MÍNIMA ESTABELECIDADA NA DELIBERAÇÃO Nº 003/2006 DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ-CEE - DIREITO, ENTRETANTO, ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE E PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DA LEI Nº 11.274/2006 QUE DETERMINA QUE O ENSINO FUNDAMENTAL, AGORA COM DURAÇÃO DE 9 (NOVE) ANOS, CONTEMPLA CRIANÇAS QUE COMPLETEM 6 (SEIS) ANOS DE IDADE NO ANO LETIVO A SER CURSADO - LIMINAR, OUTROSSIM, QUE JÁ RESTOU DEFERIDA, TORNANDO CONSUMADA A SITUAÇÃO FÁTICA - SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 7ª C.Cível - RN - 635386-6 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira - Unânime - 04.05.2010).

Além dessas duas decisões, dá-se destaque especial ao caso de três alunas de Paranavaí, que completariam cinco anos no ano de 2009, cujos pais ingressaram com Mandado de Segurança (MS) contra a diretora da escola que negou a matrícula das alunas no primeiro ano do ensino fundamental, já no ano de 2009. O MS foi protocolado em 11.12.2008 e, em 16.12.2008, o juízo *a quo* expediu liminar, que foi confirmada em sede de sentença, em março de 2009. Em face da sentença, o próprio Ministério Público ingressou com recurso de Apelação ao Tribunal, aduzindo que as impetrantes não tinham direito líquido e certo ao ingresso no ensino

fundamental e que o ato da impetrada não foi revestido de ilegalidade ou abusividade – invocou o teor dos artigos 208, inciso IV, da Constituição Federal, e 32 da Lei Federal nº 11.274/2006.

Contudo, em sede de segundo grau, a Decisão Monocrática nº 598773-7, proferida em 02.08.2011, dois anos e cinco meses após a prolação da sentença, negou provimento ao recurso de Apelação, com o fundamento de que “[...] a situação fática a respeito da vida escolar das crianças afigura-se consumada e não comporta regresso”, mas não deixou de manifestar o entendimento reiterado da 6ª Câmara Cível de que “[...] o acesso ao ensino fundamental e mesmo a níveis mais elevados de ensino é constitucionalmente garantido nos termos ditados pelo artigo 208 da Carta Magna e repisado pelo texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 54, da Lei nº 8.069/90)”.

Com relação às ações coletivas, analisa-se a Ação Civil Pública nº 402/2007, de 05.03.2007, impetrada pelo Ministério Público do Estado do Paraná, por meio da Promotoria de Justiça de Proteção à Educação, que requereu tutela antecipada para suspender a vigência do art. 12 da Deliberação nº 03/2006, do Conselho Estadual de Educação, entre outros pedidos.

Na data de 07.03.2007, o juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba decidiu:

Finalmente, cumpre tecer considerações sobre os efeitos da presente decisão, de uma ação civil pública em que se postula a produção de efeitos *erga omnes*, atingindo, efetivamente, todo o Estado do Paraná o que se mostra cabível, considerando que trata-se de direito difuso (direito à educação).

Ante ao exposto, defiro a medida liminar pleiteada, com fundamento no artigo 273, inc. I, do Código de Processo Civil, para determinar: (destaque do original)

(...)

b) à Secretaria de Estado de Educação comunicando a presente decisão que suspende a vigência do artigo 12 da Deliberação 03/06 do Conselho Estadual de Educação e, dessa forma, para que definam uma regra de transição no prazo de 30 dias conforme já determinado e **providenciem o cumprimento do dever de matricular todas as crianças com seis anos de idade no primeiro ano do ensino fundamental com nove anos de duração, independentemente da limitação imposta pela Deliberação 03/06**, em vista do dever imposto pelo artigo 2º da Deliberação 05/06/CEE-PR combinado como o disposto no artigo 208, inciso I, parágrafos 1º, 2º e 3º da Constituição Federal, artigo 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e artigo 55 do ECA. Deve ser ressaltado que o não cumprimento acarretará nas penas culminadas ao crime de desobediência. (destacamos)

O Estado do Paraná, inconformado com a concessão da liminar, protocolou, no TJ/PR, pedido de suspensão de liminar nº 412996-0,

tendo em vista que se tratava de 83.000 (oitenta e três mil) crianças. Em sua decisão, o Presidente do Tribunal deferiu parcialmente o pedido:

[...] tão-somente para suspender a decisão na parte em que obrigou a Rede Estadual de Ensino Público à imediata inclusão de todas as crianças com 6 anos completos ou a completar no decorrer do ano letivo de 2007, na 1ª série do ensino fundamental de 9 anos de duração e seus consectários, proferida na Ação Civil Pública n. 402/2007, que tramita na 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Curitiba, 02 de maio de 2007. J. VIDAL COELHO. Presidente.

Com a decisão de suspensão parcial da liminar, o Ministério Público interpôs Recurso de Agravo Regimental Cível, nº. 412996-0/01, cujo provimento foi negado pelo voto unânime dos desembargadores integrantes do Órgão Especial, merecendo destaque alguns excertos da decisão:

“[...] Não se perca de vista que, se provida a pretensão, estar-se-ia ofendendo o Princípio da Separação do Poderes, contido no artigo 2º da Constituição Federal, pois a Lei Federal nº 11.274/2006 concedeu prazo até o ano de 2010 para implantação do ensino fundamental com 9 anos de duração e o Conselho Estadual concedeu prazo até final de 2007. Vale dizer que, obedecido o prazo estabelecido em lei, cabe ao agente público escolher a conveniência e oportunidade para implantação de referido ensino. [...] Dessa forma, o Judiciário não pode determinar ao Executivo que implante o ensino de 9 anos imediatamente, pois, embora esteja obrigado a fazê-lo até o ano de 2010, nesse período tem liberdade de escolha no que diz respeito à conveniência e oportunidade para prática do ato. [...] Caso prevaleça a decisão de primeiro grau, obrigando a implantação imediata do ensino de 9 anos, o Juiz se transformará em administrador das finanças, obras e prioridades públicas, ferindo o Princípio da Independência dos Poderes. Em nenhuma hipótese o Judiciário deve substituir o executivo na determinação das políticas públicas. Não pode interferir no âmbito da discricionariedade administrativa, pois deve respeitar a autonomia do Executivo em definir a conveniência e a oportunidade de atuar, obedecendo à previsão orçamentária e ao programa de governo, salvo, em caso de ilegalidade, marcada pelo abuso ou desvio de poder, o que não se cogita no presente caso. Sem perder de vista que a educação é um direito fundamental, sendo imprescindível sua implementação, não se deve descuidar, ao tema pertinente a “reserva do possível”, principalmente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) de certos direitos, que exigem do Poder Público prestações estatais positivas. No presente caso não se está negando o direito à educação, mas apenas respeitando a necessária gradualidade da implementação do ensino de 9 anos, que está atrelado ao vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias da imediata efetivação. A conclusão que se impõe é a de que, diante da caracterização de risco de lesão à ordem pública e econômica, está justificada a parcial suspensão da execução da liminar concedida na Ação Civil Pública”.

A discussão dos julgados será feita em item específico, motivo pelo qual, no próximo tópico, serão colacionadas decisões relacionadas ao direito à educação com qualidade.

b) Direito à Educação com Qualidade

Nas pesquisas junto ao banco de jurisprudências do TJ/PR foram encontradas muitas decisões fazendo alusão à educação com qualidade, mas com referências genéricas, no sentido de que o aluno tem direito à educação com qualidade.

Nos julgados que se referiam a pleito de matrícula em creches e pré-escolas e vaga no ensino fundamental, o juiz, na fundamentação, relacionava o direito à vaga como dever do Estado de oferecer educação com qualidade.

Dos julgados analisados, num total de 92 (noventa e dois), não foi encontrado nenhum que definisse o que seria educação com qualidade, ou que utilizasse o termo fazendo referência a elementos pedagógicos, número de professores, número de alunos por sala, etc.

Na Apelação Cível e Reexame Necessário nº 796542-8, a 5ª Câmara Cível negou provimento ao recurso interposto pelo Município de Guarapuava, por unanimidade de votos, contra decisão em Ação Civil Pública que determinou que todas as crianças até cinco anos de idade fossem matriculadas em creches e pré-escolas.

Nas Razões de Recurso o Município postulou, entre outras alegações, como reserva do possível e Separação dos Poderes, que a decisão levaria à queda na qualidade do ensino, e sobre este aspecto, manifestou-se o relator:

Por outro lado, inadmissível a alegação do apelante no sentido de que a ampliação do número de vagas poderá diminuir a qualidade dos serviços prestados, pois o direito à educação em igualdade de condições é assegurado constitucional e legalmente, conforme já analisado acima, sendo assegurando, portanto, a qualidade de ensino a todos os alunos indistintamente. Em sendo assim, pela fundamentação disposta acima, nega-se provimento ao recurso de apelação e, mantém-se a sentença em sua integralidade em grau de reexame necessário, conhecido de ofício.

Tal decisão demonstra que o Judiciário relaciona o acesso à vaga na escola pública à qualidade, como se fosse decorrência lógica do acesso à escola, o que foi verificado em todas as decisões que determinavam a garantia de vaga na escola pública e nas quais se fez referência à qualidade da educação.

Da mesma forma, no Recurso de Agravo Regimental Cível nº 412996-0/01, já referido no subitem que tratou do Ensino Fundamental de Nove Anos, fez-se menção à qualidade, quando o julgado se referiu ao acesso de

crianças ao primeiro ano do ensino fundamental e aos limites dos Municípios para implementar as matrículas de uma única vez, manifestando-se o relator:

Em que pese a necessidade premente de melhorar a qualidade do ensino em todo o Paraná, não se pode perder de vista a proporcionalidade, ou seja, o reconhecimento de que a solução jurídica não pode ser produzida por meio de isolamento do aplicador em face da situação concreta, pois os municípios que integram o sistema estadual de ensino têm realidades diversas.

Constata-se, portanto, que o Judiciário limita-se a vincular a qualidade à existência de vaga e ao acesso à escola.

No julgamento do Agravo Regimental nº 116.840-3/01, impetrado pelo Estado do Paraná, que se insurgiu contra o deferimento de liminar em Mandado de Segurança, na qual foram suspensos os efeitos da Resolução n.º 2.618/2001, emitida pela Secretária de Estado da Educação, que substituiu a oferta de ensino fundamental regular noturno nas escolas da rede estadual de ensino pelo ensino destinado a jovens e adultos, o relator manifestou-se, em referência à qualidade:

[...] Não se pode perder de vista, também, que o direito à educação deve ser ministrado sob os princípios: a) da igualdade de condições de acesso e permanência (art. 206, I, CF); b) da gestão democrática (art. 206, VI, CF); c) da garantia de padrão de qualidade (art. 206, VII, CF). [...] Um estudante de período noturno não receberia o mesmo conteúdo daquele estudante do período diurno e estar-se-ia oferecendo educação de qualidade e conteúdo diferenciados, criando cidadãos diferenciados, uns mais preparados que outros.

Foi a única decisão analisada em que o conceito de qualidade fez referência mais próxima ao conteúdo didático ministrado na escola, sopesando que o ensino regular apresenta maior qualidade que o ensino destinado a jovens e adultos.

A exigência de qualidade, conforme apontado no subitem 4.4.1 – “Definindo Critérios para uma Educação com Qualidade”, inclui, entre outros elementos, estrutura adequada da unidade escolar.

Nesse sentido, foi negado provimento ao Agravo de Instrumento nº 1169517-7, de 17.12.2013, confirmando a decisão de primeira instância, proferida em Ação Civil Pública, que condenou o Estado à obrigação de fazer, consistente em cobrir áreas estratégicas de determinada Escola Estadual, para garantir o acesso de alunos com deficiência física em dia de

chuva, referindo-se, na fundamentação, ao dever do Estado de garantir educação efetiva e de qualidade.

No Agravo de Instrumento nº 972.210-3, de 26 de fevereiro de 2013, o Ministério Público do Estado do Paraná recorreu de decisão do juízo *a quo*, que negou tutela antecipada em Ação Civil Pública atinente à cessação das atividades educacionais em Escola Estadual, com conseqüente realocação dos alunos e professores em ambiente adequado de ensino, até a finalização da obra destinada a sediar nova unidade, por entender que as condições da escola, por se revelarem inadequadas, prejudicavam as atividades de magistério e não apresentavam qualquer condição de atendimento da finalidade educacional.

Os desembargadores integrantes da 7ª Câmara Cível deram provimento ao Agravo, por unanimidade de votos, seguindo o voto do Relator, que consignou, em sua fundamentação:

A par da nocividade do ambiente, que pode irromper em desastre a qualquer momento, ainda cumpre indagar que tipo de aulas podem ser ministradas e em que grau o conhecimento assimilado em condições tão precárias e inadequadas para a prática de atividade tão vital ao desenvolvimento das crianças e ponto nodal da própria justificação existencial do Estado. Não fosse suficiente, o quadro obtido a partir da verificação das várias fotografias acostadas ao Agravo é desalentador vindo a desafiar frontalmente o senso comum quanto aos quesitos mínimos necessários a tão vital mister. Nessa perspectiva, impossível ao Poder Judiciário fechar seus olhos à situação calamitosa em que se encontra o barracão que atualmente alberga a Escola Estadual Geraldina da Mota.

Na fundamentação, o relator não fez qualquer menção taxativa ao ensino de qualidade, contudo, tanto nas razões de reforma do Ministério Público, quanto na decisão em si, a menção à qualidade da educação está implícita, sendo elemento nodal da decisão a falta de elementos mínimos necessários à educação, ao lado da preocupação com a incolumidade física dos alunos e professores.

Assim, após destacar alguns julgados relacionados ao direito de acesso à escola e à educação com qualidade, passa-se à análise do grau e da amplitude alcançada pelas decisões do Judiciário na efetividade deste direito, segundo a sua arquitetura constitucional e os limites entre o direito e a política.

4.7 Limites e Alcance da Judicialização da Política Educacional

Os limites e o alcance da judicialização da política de educação serão analisados a partir dos julgados acima referidos, observando o Princípio da Separação dos Poderes, a Legitimidade Democrática e a Capacidade Institucional do Judiciário.

As normas constitucionais e infraconstitucionais estabelecem que o direito à educação deve compreender acesso à escola, acompanhado de ensino de qualidade. Em última análise, a efetividade do direito à educação, conforme consubstanciado na Constituição, implica em disponibilidade de vaga e qualidade de ensino.

4.7.1 A Judicialização da Educação e o Direito de Acesso à Escola

No que tange ao direito de acesso à escola, foram analisadas decisões que intervieram na política pública de georreferenciamento e na implantação do ensino fundamental de nove anos, bem como aquelas que determinaram a disponibilização de vagas no ensino infantil.

A judicialização da política pública de educação, no que se refere à garantia de vaga e matrícula na escola pública, que se resume no direito de acesso à educação, tem como limite o Princípio da Separação dos Poderes, desde que a política esteja efetivamente implantada e o acesso à escola alcance todas as crianças em idade escolar, não havendo justificativa legal para a intervenção judicial nesses casos, cabendo ao Poder Público, segundo a conveniência e oportunidade, administrar a oferta de vagas.

No caso da implantação do ensino fundamental de nove anos, retoma-se o conteúdo da Ação Civil Pública nº 402/2007, na qual a decisão de primeira instância afrontou o Princípio da Separação dos Poderes, ao determinar a matrícula imediata das crianças com seis anos no primeiro ano do ensino fundamental, ferindo a discricionariedade do administrador, conferida em lei, para que planejasse, até o ano de 2010, a forma como iria efetuar a transição do ensino fundamental de 08 (oito) para o de 09 (nove) anos.

Da mesma forma, ao suspender os efeitos da Deliberação nº 03/2006, que estabelecia data de corte (01.03) para ingresso no primeiro ano

do ensino fundamental, houve intervenção judicial em uma medida adotada pelo Estado, dentro de uma política educacional, sem que o Judiciário tivesse o instrumental adequado para analisar as questões pedagógicas e estruturais para a oferta de vagas no primeiro ano do ensino fundamental, havendo, ao que parece, uma intervenção na política que extrapolou o limite da capacidade institucional do Judiciário.

Neste caso, havia também o limite estabelecido pela separação dos poderes, haja vista que as crianças não estavam sendo prejudicadas no direito de acesso à escola, apenas estava sendo administrada a transição do ensino fundamental de oito para o de nove anos, o que competia, exclusivamente, à Administração Pública.

A interpretação dada pelo Judiciário à Lei nº 11.274/2006, que estendeu o ensino fundamental para nove anos, na ação coletiva, bem como nas inúmeras ações individuais, combinada com o art. 208, IV, da Constituição Federal, que define a idade limite de cinco anos para o ensino infantil, implicou que crianças com cinco anos ingressassem no primeiro ano do ensino fundamental, mesmo que fossem completar a idade de seis anos no dia 31 de dezembro do ano de ingresso nesse ensino.

Tais decisões não avaliaram as questões pedagógicas que envolvem o ensino infantil e o fundamental e ativeram-se, apenas, à interpretação do texto da Lei nº 11.274/2006.

Se a Deliberação nº 03/2006 feria, supostamente, o direito das crianças de ingressarem no ensino fundamental no ano que completariam seis anos, a intervenção judicial, por sua vez, atravessou questões pedagógicas, cujas consequências emocionais, psicológicas e de aprendizado que afetam a criança que ingressa com cinco anos no ensino fundamental não podem ser mensuradas.

É indubitoso que a educação infantil tem sua razão própria dentro do processo de formação humana, com espaços, materiais e procedimentos pedagógicos lúdicos adequados às necessidades de uma criança com cinco anos.

Qual seria, então, o prejuízo maior para a criança, segundo o princípio da proteção integral: ingressar no ensino fundamental infantil com seis anos, ou prestes a completá-los, ou ingressar no primeiro ano do ensino

fundamental com cinco anos, e completar seis anos somente em meados ou final do ano? Como dito, não é possível mensurar tais prejuízos, porque as decisões judiciais não avaliaram as questões pedagógicas do ensino infantil e do ensino fundamental.

Mas uma certeza é possível extrair: a de que o Judiciário não detém *expertise* para julgar casos que envolvem questões de cunho pedagógico que extrapolam o processo interpretativo.

Nas diversas ações individuais em que foi concedido o que se pleiteava, que era a matrícula de crianças com cinco anos no ensino fundamental, os juízes analisaram a política de forma fragmentária, sem considerar a pluralidade do direito à educação e o quantitativo de vagas disponíveis, uma vez que o planejamento do Estado para ingresso, no ensino fundamental, das crianças egressas do ensino infantil, considerou aquelas com seis anos completos, ou a completar até março, o que gera um problema na efetividade da política, pois, se crianças com cinco anos, fora da programação da política, ingressaram no ensino fundamental, crianças com seis anos poderia ter o seu direito de acesso prejudicado.

Então, no Estado do Paraná, as decisões impostas pelo Judiciário tornaram-se centrais no processo de implantação do Ensino Fundamental de 09 (nove) anos, e, mesmo envolvendo questões pedagógicas e de estrutura, a oferta do ensino fundamental saiu da esfera política e foi para a judicial.

Neste caso, houve uma intervenção judicial na administração da política pública de educação, mesmo não havendo ofensa a direito fundamental, pois se discutiram questões atinentes à idade em que a criança deveria ingressar no ensino fundamental, assunto pertinente aos saberes pedagógicos e não jurídicos. Ademais, as crianças estavam devidamente matriculadas no ensino infantil, ou seja, no gozo efetivo do direito fundamental à educação.

A doutora em educação Simone Fátima Flach, da Universidade Estadual de Ponta Grossa, analisando a questão do ingresso de crianças de cinco anos no ensino fundamental, manifestou que a antecipação do ensino fundamental traz maiores prejuízos para crianças das classes trabalhadoras, e explicou:

Assim, a política educativa de ampliação da escolaridade obrigatória com vistas à melhoria da educação brasileira, proporcionando mais tempo para os alunos aprenderem mais e melhor foi totalmente ignorada, face aos argumentos fechados, que não vislumbraram a totalidade da questão. A concessão de Medida Liminar foi, no mínimo, uma afronta ao direito das crianças paranaenses de estar na escola por um período de tempo maior e aprender mais. A aquisição de conhecimentos por determinada classe torna-se fundamental ao exercício de seus direitos e conseqüentemente no exercício pleno da cidadania. Nesse sentido, o direito de ingresso no ensino fundamental é acompanhado paralelamente pelo “não direito” à educação infantil, e isso faz toda a diferença para os filhos da classe trabalhadora. Como os conflitos gerados pela implantação do Ensino Fundamental de 9 anos envolvem interesses coletivos em sentido amplo e os direitos à educação dos filhos da classe trabalhadora em específico, é preciso olhar a questão sob a ótica de possibilidade de ampliação de conhecimentos e conseqüentemente de cidadania. As crianças oriundas da classe que vive do trabalho precisam que suas necessidades e direitos sejam considerados na implementação de políticas públicas e assim não se adaptarem aos interesses da minoria privilegiada. (2012, p. 8).

A minoria privilegiada a que Simone Fátima Flach faz menção decorre do fato de que o pedido para matrícula de crianças com cinco anos de idade no ensino fundamental partiu de 14 (quatorze) escolas particulares, que ingressaram com Mandado de Segurança (MS nº 2.972/2006)⁷⁶ contra a Deliberação nº 003/2006, sendo que a Ação Civil Pública nº 402/2007 foi distribuída por dependência ao MS das escolas particulares. Portanto, o pedido partiu de escolas particulares e alcançou os filhos dos trabalhadores, que, segundo Gramsci, têm maiores dificuldades no processo de adaptação psicofísico no ambiente escolar:

Decerto, a criança de uma família tradicional de intelectuais supera mais facilmente o processo de adaptação psicofísico; quando entra na sala de aula pela primeira vez, já tem vários pontos de vantagem sobre seus colegas, possui uma orientação já adquirida por hábitos familiares: concentra a atenção com mais facilidade, pois tem o hábito da contenção física, etc. (...) Também o regime alimentar tem importância, etc., etc. Eis por que muitas pessoas do povo pensam que, nas dificuldades do estudo, exista um “truque” contra elas (quando não pensam que são estúpidos por natureza): (...). Numa nova situação, estas questões podem tornar-se muito

⁷⁶ O Mandado de Segurança nº 2.972/2006 foi impetrado pela SOCIEDADE EDUCACIONAL POSITIVO LTDA e OUTROS em face do CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ e tinha por objeto a matrícula, na rede particular de ensino, das crianças com 06 (seis) anos incompletos no primeiro ano do ensino fundamental de nove anos, com o afastamento da incidência do teor da determinação constante na Deliberação nº 03/2006, especialmente seu artigo 12. A sentença de primeiro grau foi prolatada em 29 de fevereiro de 2008, com concessão da segurança no sentido de que o direito das impetrantes revela-se na possibilidade de, além de confirmar as matrículas já feitas, matricularem seus alunos com 06 anos incompletos no primeiro ano do ensino fundamental de nove anos, afastando a incidência do teor da determinação constante na Deliberação nº 03/2006, especialmente em seu artigo 12 (com sentença de embargos declaratórios prolatada em 20 de outubro de 2008).

ásperas e será preciso resistir à tendência a facilitar o que não pode sê-lo sob pena de ser desnaturado. (Gramsci, 2006, p. 52, apud FLACH, p. 8).

O Ministério da Educação, por meio do Conselho Nacional de Educação, expediu diversos pareceres e resoluções sobre o Ensino Fundamental de Nove Anos.

No Parecer nº 07/210, aprovado em 07/04/2010, cujo despacho do Ministro foi publicado no Diário Oficial da União de 09/07/2010, seção 1, página 10, definiu que a Educação Infantil compreende: a Creche, englobando as diferentes etapas do desenvolvimento da criança até 3 (três) anos e 11 (onze) meses; e a Pré-Escola, com duração de 2 (dois) anos.

Neste período da infância a educação é voltada para o estímulo da curiosidade da criança, a partir de brincadeiras orientadas pelos profissionais, com a finalidade de “dar início aos laços de solidariedade e de tolerância recíproca, [...] articulando saberes da experiência e socialização do conhecimento⁷⁷”, dando-se ênfase:

[...] na gestão das emoções, no desenvolvimento de hábitos higiênicos e alimentares, na vivência de situações destinadas a organização dos objetos pessoais e escolares, no contato com diferentes linguagens representadas, predominantemente, por ícones – e não apenas pelo desenvolvimento da prontidão para a leitura e escrita, como potencialidades indispensáveis à formação do interlocutor cultural⁷⁸.

Na sequência, o Parecer trata do Ensino Fundamental de nove anos, que se divide em duas fases, sendo a primeira denominada de anos iniciais, de 06 (seis) a 10 (dez) anos, e a segunda de 11 (onze) a 14 (quatorze) anos, que tem como objetivo ampliar, gradativamente, o processo educativo iniciado na educação infantil, tendo como foco central, nos três primeiros anos do ensino fundamental, a alfabetização.

Em nota técnica, aprovada pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação⁷⁹, esclareceu-se que as Resoluções que trataram da data de corte para o ingresso no ensino fundamental foram precedidas de inúmeras audiências públicas nacionais, observando-se também o que se estabeleceu nas reuniões do MERCOSUL Educacional, que objetivou unificar, entre os países membros, a mesma data de corte para finalização das

⁷⁷ Parecer nº 07/2010, Conselho Nacional de Educação, p. 32

⁷⁸ Idem, 2010, p. 32.

⁷⁹ Ministério da Educação, Nota Técnica sobre o Ensino Fundamental de Nove Anos, disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13556&Itemid=956 – acesso em 16 jun. 2014.

matrículas e efetivo início do ano civil escolar, para facilitar o trânsito dos alunos entre os seus diversos países membros.

São diversas as publicações do Conselho Nacional de Educação⁸⁰, resultado de estudos pedagógicos e audiências públicas nacionais, que reforçam a importância do ensino infantil e do ensino fundamental, guardadas as particularidades pedagógicas de cada fase, para que a criança não ingresse muito cedo no ensino fundamental e comprometa o processo de aprendizagem.

As resoluções e pareceres expedidos pelo Ministério da Educação revelam que o Poder Judiciário não possui capacidade institucional para intervir na política de implantação do ensino fundamental de nove anos, resultado de estudos, discussões, conferências e planejamento pedagógico de profissionais com formação específica e experiência profissional na área de educação.

Neste ponto, ficou demonstrado que houve afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, porque não havia descumprimento a direito fundamental, e da mesma forma, não se respeitou o limite da Capacidade Institucional do Judiciário - que não detém *expertise* e estrutura para decidir questões políticas atinentes a processo pedagógico de ensino. A mera interpretação da lei é rasa demais para alcançar a profundidade, a extensão e a dimensão da questão pedagógica envolvida nos processos de transição da educação infantil para a fundamental.

Do mesmo modo, foram extrapolados os limites estabelecidos pela legitimidade democrática, porque compete ao Executivo materializar o modelo brasileiro de educação, observado o planejamento educacional que vincule elementos pedagógicos, sociais e de estrutura da rede de ensino.

Neste caso, as decisões judiciais e suas respectivas interpretações foram decisivas para a formatação da oferta do ensino fundamental de nove anos, contrariando deliberação do Conselho Estadual de

⁸⁰ Brinquedos e Brincadeiras – Por quê a criança precisa de trabalho diferenciado na Educação infantil. Disponível em:

http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12579%3Aeducacao-infantil&Itemid=1152; Parecer CNE/CEB nº 17/2012; Parecer CNE/CEB nº 12/2010; Parecer CNE/CEB nº 11/2010; Resolução CNE/CEB nº 7/2010; Resolução CNE/CEB nº 6/2010; Resolução CNE/CEB nº 1/2010

Educação, órgão de deliberação democrática, composto por técnicos com *expertise* na área de educação, cujas decisões são submetidas à análise de todos os Conselheiros, no que se refere ao ingresso no ensino fundamental de criança com seis anos completos, os quais se manifestaram votando, por unanimidade, seguindo o voto do relator, no Processo nº 449/2008⁸¹.

Quanto à política pública de georreferenciamento, os julgados demonstram que os Órgãos de julgamento do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (6ª e 7ª Câmaras Cíveis) divergiram quanto aos limites do Judiciário na intervenção da referida política.

As decisões prolatadas pela 6ª Câmara Cível manifestaram o entendimento dos desembargadores de que a política de georreferenciamento não restringe o direito fundamental à educação, tampouco impede o acesso do aluno à escola pública, e decisões judiciais nesta matéria afrontariam o Princípio da Separação dos Poderes.

Já as decisões da 7ª Câmara Cível propugnaram que a política do georreferenciamento causa prejuízos de grandes proporções ao aluno, em face do rompimento de laços de afetividade e do necessário processo de adaptação que se iniciaria, ou seja, julgaram a demanda de forma fragmentada.

A política pública de georreferenciamento foi adotada pela Secretaria de Estado da Educação do Paraná, como critério objetivo de distribuição de vagas nas escolas públicas do Estado, garantindo a matrícula do aluno na escola mais próxima de sua residência.

Quando o juiz decide que o aluno tem o direito de continuar na escola em que está matriculado, em desacordo com o georreferenciamento, está tolhendo o direito de outros alunos, que estão em escolas distantes de suas residências porque algumas vagas, nas escolas mais próximas, estão sendo ocupadas por alunos que não querem submeter-se à política do georreferenciamento. Então, o juiz pode conceder um direito em prejuízo de

⁸¹ Processo nº 449/2008 – Declaração de Voto: “De qualquer forma pode-se dizer que o direito a infância será respeitado, já que todos os conselheiros estão convictos sobre a necessidade de 6 (seis) anos completos no início do ano letivo. E o ano letivo ocorre a partir do calendário escolar, aprovado, de cada instituição de ensino”. Disponível em:

outrem ou de toda uma política pública, direito que, neste caso, parece-se mais com vontade do aluno em permanecer na escola em que estava.

As decisões da 6ª Câmara estão conformes com o Princípio da Separação dos Poderes, pois não se tratava de situação em que estava havendo, por parte do Executivo, descumprimento ao direito fundamental à educação, mas, ao contrário, a Administração Pública estabeleceu critérios para organizar a distribuição de vagas, observando a proximidade da escola com a residência do aluno.

Também houve observância à legitimidade democrática, pois, como já foi dito, compete ao Executivo o planejamento da educação, segundo estrutura da rede de ensino e realidade demográfica de alunos em idade escolar, sendo que a Administração, ao estabelecer uma política pública, considera as questões globais de sua implantação, no que confere melhor efetividade à educação.

Por fim, as decisões da 6ª Câmara também observaram a Capacidade Institucional do Judiciário, que impõe limites na intervenção de uma política global, a qual, para ser implantada, foi precedida de estudo técnico, segundo demandas de vaga, estrutura da rede, e, até mesmo, reivindicações dos pais, que, via de regra, preferem que os filhos estejam matriculados em escolas próximas de suas residências, facilitando o deslocamento e diminuindo os riscos.

Já as decisões prolatadas pela 7ª Câmara Cível desconsideraram a natureza plurilateral dos direitos sociais e afrontaram o Princípio da Separação dos Poderes, a Legitimidade Democrática e a Capacidade Institucional, por todos os fatos e motivos já referidos, no que tange à observância dos mesmos pela 6ª Câmara Cível.

E ainda revelam que os julgadores, tanto o de primeiro grau, quanto os de segundo, integrantes da 7ª Câmara, agiram com vontade política própria e desconsideraram a realidade que envolve a implantação do georreferenciamento, deixando de analisar se a política atendia ao direito da coletividade ou o violava, fundamentando a decisão em elementos não jurídicos, como as condições emocionais do aluno. A fundamentação, além de imprimir caráter jurídico à decisão, contribui para que o magistrado reconheça que a concessão de um direito individual não deve causar lesão ao direito de

toda uma coletividade, em se tratando de política pública de grande dimensão, como o é a educação.

No que tange ao direito de acesso à educação, foram analisados limites do Judiciário na intervenção da política, que pode gerar prejuízos que não são mensuráveis pelo julgador, pois desconhece a extensão da política pública e todos os fatores que a compreendem.

Mas também há situações em que a intervenção do Judiciário na política pública é condição única para que o direito fundamental à educação seja consubstanciado. É o caso dos julgados que compeliram os Municípios de Medianeira e de Araucária a adotarem as medidas necessárias para garantir vagas em creches e pré-escolas, para atender o direito fundamental à educação infantil.

No caso do Município de Araucária, havia em lista de espera, no ano de 2010, 1.490 (um mil, quatrocentas e noventa) crianças, de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, aguardando por uma vaga para ingressar no ensino infantil.

O número elevado de crianças fora da escolaridade infantil não pode ser considerado como lista de espera, mas efetivo não direito, tratando-se de típico caso no qual a ausência de política pública educacional estava obstaculizando o direito fundamental de acesso à educação.

Neste caso, a decisão não se revela em afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, pois o Judiciário, na qualidade de guardião da Constituição, interveio na política pública para efetivar direito fundamental descumprido, porquanto, em face da exigência constitucional de implantação do ensino infantil, não há discricionariedade do administrador, mas vinculação aos ditames da Constituição.

Não há, também, violação da legitimidade democrática, porque, ao chegar ao conhecimento do Poder Judiciário afronta a direito fundamental, por ausência de política pública, é dever institucional agir, segundo as competências jurisdicionais, para resguardar direito público subjetivo violado pelo Poder Executivo, que se quedou omissa diante de uma fila de 1.490 (um mil, quatrocentas e noventa) crianças que estavam fora da escola, excluídas do processo educacional.

Ressalta-se que, neste caso, o Município de Araucária já havia firmado Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público, no ano de

2008, para providenciar a construção de Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI), com vagas para 745 (setecentas e quarenta e cinco) crianças, fato que confirma a omissão do administrador em dar efetividade ao direito fundamental à educação infantil.

Com efeito, ao proferir decisões que obriguem o Poder Executivo a garantir o direito à educação infantil, a intervenção judicial não encontra limites na Capacidade Institucional, uma vez que o número de crianças fora da escola, por ausência de vaga, em fila de espera, e a obrigação constitucional de garantir educação infantil são elementos objetivos, que independem de estudos pedagógicos ou técnicos que extrapolam as capacidades institucionais do Judiciário, restringindo-se a um processo de interpretação.

Ainda, no caso de Araucária, a decisão demonstrou-se adequada quanto à capacidade orçamentária, pois estabeleceu prazos razoáveis a fim de que o Município adequasse as previsões orçamentárias à construção dos CMEIs (Centro Municipal de Educação Infantil).

No que se refere ao direito de acesso à educação, o alcance das decisões judiciais vai até onde há descumprimento da exigência constitucional que vincula o administrador ao oferecimento de educação pública gratuita e obrigatória para o ensino infantil e o fundamental, não havendo limites quando se trata de efetivar tal direito.

Entretanto, são estabelecidos limites para a intervenção judicial quando o direito fundamental à educação está efetivado e o administrador adota políticas públicas para gerir a oferta de vagas, segundo critérios de conveniência e oportunidade, sem que estas políticas obstem o acesso ao direito fundamental à educação, pela coletividade, como é o caso do georreferenciamento e do estabelecimento de corte etário para o ingresso no primeiro ano do ensino fundamental de nove anos, situações em que a intervenção judicial encontra limites no Princípio da Separação dos Poderes, na Legitimidade Democrática e na Capacidade Institucional.

Por fim, a intervenção judicial na política pública, para efetivar direito fundamental à educação, no que concerne ao acesso à escola por meio da garantia de vaga, é instrumento hábil para constranger o administrador a

adequar o planejamento orçamentário, com a finalidade de implementar políticas públicas garantidoras do acesso à educação infantil e fundamental.

Contudo, o julgador precisa saber distinguir quando se trata de ofensa a direito fundamental ou quando está diante de situações que são competência do Executivo, como é o caso das políticas públicas implantadas para melhor atender o direito fundamental à educação em sua plurilateralidade.

4.7.2 A Judicialização da Educação e o Direito à Educação de Qualidade

No subitem 4.4 deste Capítulo demonstrou-se que o direito fundamental à educação compreende o acesso à escola e o acesso à educação de qualidade⁸². Já no subitem 4.5, discorreu-se sobre a realidade da educação brasileira, cujos dados não deixam dúvida de que, se por um lado, o acesso à educação foi implementado à proporção de quase 100% (cem por cento), por outro lado, a qualidade na educação não tem possibilitado a inclusão social dos mais pobres, que são a parcela da população que mais sofre os efeitos da má qualidade do ensino brasileiro.

As decisões judiciais destacadas no subitem 4.6, letra “b”, fizeram menção à educação com qualidade, sem mencionar, com exatidão, o que seria a qualidade na educação.

A expressão *qualidade na educação* foi utilizada pelos juízes para se referir a vagas na escola ou à estrutura da instituição de ensino, elementos que estão abrangidos pelo conceito de qualidade, mas que não compõem o núcleo do que vem a ser a qualidade na educação.

No subitem deste Capítulo, 4.4.1 – “Definindo Critérios para uma Educação com Qualidade”, foram apresentados indicadores apontados pelo Ministério da Educação como possíveis para mensurar a qualidade na educação, os quais demonstram que a aferição da qualidade compreende a relação interpessoal entre alunos e professores, estrutura física da escola, condições pedagógicas, formação dos professores e conteúdo didático, entre outros elementos.

⁸² O artigo 206 da Constituição Federal estabelece os princípios que regerão a oferta de ensino no Brasil, dentre estes se destaca o do inciso VII – garantia de padrão de qualidade.

Se o direito fundamental à educação compreende o acesso à educação e à qualidade da educação, a garantia de vaga, por si só, com resultados pífios de qualidade, demonstra que o direito fundamental não está sendo efetivado, o que justificaria a intervenção judicial, sem que isso pudesse configurar invasão de competência ou ilegitimidade democrática, pois há um descumprimento da exigência constitucional, por parte do administrador, na oferta da educação com qualidade, implicando a inefetividade do direito à educação, porque a falta de qualidade compromete tremendamente a inclusão social das camadas sociais mais pobres, que são as que mais dependem do ensino público.

Contudo, a partir dos elementos que integram a qualidade educacional, vislumbra-se que efetivar a educação com qualidade por meio da intervenção judicial na política da educação não é possível, encontrando-se óbice na capacidade institucional do Judiciário para avaliar todos esses critérios, que exigem técnicos da área de educação, estrutura, tempo e recursos que o Judiciário não detém.

Neste vértice, estabelece-se o limite do Judiciário para analisar demandas que tratem da qualidade na educação, não sendo possível efetivar a qualidade na educação por meio da intervenção judicial na política pública educacional da mesma forma como é possível efetivar o acesso à educação por meio da disponibilização de vagas. A capacidade institucional do Judiciário não alcança essa face do direito fundamental à educação.

Todavia, é imperioso que o direito fundamental à educação seja efetivado, tanto no acesso ao ensino quanto na qualidade, pois é exigência para realizar os objetivos da educação traçados no artigo 205 da Constituição Federal - desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Surge, então, a necessidade de pensar outro caminho, uma vez que os dados comprovam a baixa qualidade da educação brasileira, o que prejudica a camada da população mais pobre.

Por outro lado, a vontade política para oferecer uma educação com qualidade, que possibilite a libertação por meio da conscientização, não tem possibilitado uma excelente qualidade no ensino, porque a qualidade é

investimento em longo prazo, por isso desinteressante para o profissional político.

Por outra via, não há que se olvidar que é imprescindível alguma forma de controle, porque a vontade política é movida pelas intervenções externas ao Poder Executivo.

Nesse sentido, se não é possível o controle judicial, é preciso pensar na possibilidade de controle social da qualidade da educação, o que pode ser viável por meio da participação popular na política pública de educação.

Segundo o art. 206 da Constituição Federal de 1988, a gestão democrática da educação é um dos princípios constitucionais do ensino público. Ao passo que os objetivos da educação, estabelecidos no art. 205 da Constituição, que consistem no pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, ficarão prejudicados se não houver a atuação concomitante do Estado, da família e da sociedade.

Por sua vez, a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 1996), confirmando esse princípio, determina no art. 3º, inciso VIII que o ensino será ministrado com base na gestão democrática.

Indubitavelmente, a gestão democrática é princípio assentado no ordenamento jurídico para contribuir no processo de organização e gestão da escola, a fim de garantir ações concretas em prol de uma educação de qualidade.

4.8 A Participação Popular como Caminho Possível à Educação com Qualidade

Com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito se ampliaram os mecanismos que integram o controle social na Administração Pública, destacando-se, no tocante à educação, a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – FUNDEF, e,

posteriormente, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica - FUNDEB.

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB foi criado pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007 e pelo Decreto nº 6.253/2007, em substituição ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, que vigorou de 1998 a 2006. A supracitada lei, no art. 24, prevê a existência de um conselho, com a finalidade de exercer o controle social e o acompanhamento da distribuição, da transferência e da aplicação dos recursos dos Fundos junto aos governos, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A criação dos conselhos do FUNDEB foi motivada pelo traço constitucional da participação popular, mas é preciso cuidar para que não seja mais um mecanismo burocrático, que cria uma aparência de controle social, onde os conselheiros comparecem, apenas para assinar a ata, sem, sequer, tomar conhecimento da pauta de deliberações.

Para que os conselhos não se resumam a mero cumprimento formal da exigência legal, principalmente nos Municípios, onde há o risco da hegemonia do Executivo, confabulando uma participação enganosa, é essencial que os conselheiros possam ser capacitados a fim de cumprirem as suas competências no controle social da educação, que são relevantes, segundo a Lei nº 11.494/2007, citando-se, a título de exemplo, as prestações de contas apresentadas ao respectivo Tribunal de Contas.

Mas, pensar nos conselhos do FUNDEB como órgão para análise da legalidade da aplicação dos recursos é minimizar a potencialidade que se pode extrair dessa possibilidade de controle social. Os conselhos podem funcionar como meio idôneo para o controle da eficiência, da eficácia e da efetividade da política pública educacional, segundo o investimento realizado, ou seja, para avaliar se o resultado produzido pela educação é compatível com os recursos investidos.

Foi demonstrado, nesta pesquisa, que houve aumento de investimentos na educação. Por outra via, também ficou demonstrada a baixa qualidade do ensino público fundamental, principalmente segundo os índices

do IDEB, sendo que a conjugação do binômio investimento de recursos e educação com qualidade tem que apresentar resultado eficiente, uma vez que o princípio da eficiência, por determinação constitucional, rege a Administração Pública.

É certo que, para isso, é preciso estabelecer indicadores que possibilitem mediar a eficácia da aplicação de recursos públicos, que pode ser conjugada com o indicador já existente, que mede a qualidade na educação, que é o IDEB, para, então, avaliar a eficiência do investimento e o serviço de educação prestado.

Mas também é preciso que os conselhos sejam fortalecidos, por meio de uma formação adequada dos conselheiros, o que dificilmente será possibilitado pelo Executivo, a fim de que exerçam efetivo controle dessa política pública.

Nesse sentido, a contribuição para a formação dos conselheiros, com vistas a um efetivo controle social da educação, poderia advir do terceiro setor. Integram o terceiro setor as organizações privadas, sem fins lucrativos, que desenvolvem ações para suprir lacunas deixadas pelos setores público e privado, visando, sempre, a promoção social. Trata-se, portanto, de um espaço institucional que abriga entidades privadas com finalidade pública. (TEIXEIRA, 2004).

O terceiro setor surgiu na década de 1990 e trazia uma proposta inovadora, com vistas à renovação do espaço público, ao resgate da solidariedade e da cidadania, à humanização do capitalismo e, se possível, à superação da pobreza. (FALCONER, 1999).

Com a finalidade de exemplificar, citam-se algumas organizações que compõem o Terceiro Setor: organizações não governamentais (ONGs), cooperativas, associações, fundações, institutos, instituições filantrópicas, entidades de assistência social e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). Cumpre destacar que a Constituição Federal reconhece, nos seus artigos⁸³ 194 e 195, que o Estado

⁸³ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais

não pode, isoladamente, se encarregar das ações sociais, e inclui a participação das entidades filantrópicas na formulação das políticas públicas e na concretização de iniciativas de seguridade, abrangendo saúde, previdência e assistência social, isentando-as da contribuição previdenciária. (TCU, 2002).

Segundo o Tribunal de Contas da União, “[...] o terceiro setor significa o fortalecimento da sociedade civil em contraponto à iniciativa pública de controle social, que compromete a participação popular ao ditar as regras”. O órgão de controle também aponta que o terceiro setor tem como característica viabilizar novas relações na sociedade, as quais estimulam a cidadania e favorecem o “surgimento e aperfeiçoamento de movimentos sociais de opinião e pressão social”. (TCU, 2002, p. 31).

Merecem destaque as ONGs, na medida em que não são entidades representativas de interesses de seus associados ou quaisquer segmentos da população, desenvolvendo um trabalho político, social e cultural.

Segundo Jacobi:

[...] não são entidades assistencialistas de perfil tradicional, elas servem a comunidade realizando trabalhos de promoção da cidadania e de defesa dos direitos coletivos, lutando contra exclusão e contribuindo para o fortalecimento dos movimentos sociais (2002, p. 168).

As ONGs desenvolvem trabalhos na formação de lideranças, visando à constituição e ao pleno exercício dos direitos prescritos na Constituição e demais leis. Nesse âmbito de atuação, o trabalho das ONGs se concentra em algumas categorias nucleares: assessoria, educação, capacitação, pesquisa e informação, campanhas de denúncia, etc.

A atuação dessas organizações mantém um caráter eminentemente educativo. E ao trinômio educação, assessoria e informação se deve agregar uma multiplicidade de ações de atendimento direto à população. Os resultados desses trabalhos refletem no crescimento e amadurecimento político da sociedade brasileira, incentivando a participação popular na formulação, implementação e controle das políticas públicas.

O conselho do FUNDEB tem papel importante, não somente no controle da legalidade dos gastos públicos, mas na efetividade do gasto, com vistas a uma educação com qualidade. A importância desse conselho está no fato de que os conselheiros estão próximos da realidade das escolas, frequentam a unidade escolar e podem participar do cotidiano da vida na

escola. Essa proximidade física possibilita um controle aguçado, para identificar desvios e, também, para contribuir para uma gestão educacional efetiva.

Repensar as funções dos conselheiros, para que o controle social não se restrinja à aplicação de recursos públicos, é essencial para conjugar investimentos de recursos com qualidade de ensino. Cabe vírgula depois de

Para tanto, podem-se estabelecer, além do IDEB, outras variáveis, a serem aferidas pelo Conselho, segundo o recurso investido, tais como: número de professores regentes e professores auxiliares nas escolas, número de alunos por turma, número de supervisores pedagógicos por escola, nível de escolaridade dos profissionais, atividades pedagógicas implantadas, rotatividade de professores na escola, práticas desportivas e culturais, equipamentos em quantidade, qualidade e condições de uso, biblioteca com espaço físico apropriado para leitura, consulta ao acervo, estudo individual ou em grupo, pesquisa online, acervo com quantidade e qualidade para atender o trabalho pedagógico e o número de alunos na escola, laboratório de ensino, informática, brinquedoteca em condições de uso, serviço de apoio e orientação aos estudantes, entre outros, que viabilizem um acompanhamento da realidade escolar, pelos conselheiros.

Além do Conselho do FUNDEB, merecem acentuado destaque os Conselhos Escolares, que, em muitas escolas, não estão em funcionamento porque a LDB não estabelece, taxativamente, a sua obrigatoriedade, mas que poderiam atuar em parceria com o Conselho do FUNDEB, neste intuito de vincular ao gasto público com educação a qualidade do ensino, até porque são membros do Conselho Escolar, além do diretor, representante dos pais, dos alunos, dos professores, dos funcionários da escola e dos membros da comunidade onde a escola está inserida, ou seja, todos os que estão envolvidos com a realidade escolar, possibilitando a concretização do princípio da gestão democrática.

O fundamento de existência dos Conselhos Escolares está na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9394/1996, que estabelece:

Artigo 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na Educação Básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

- I – participação dos profissionais da Educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;
- II – participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Segundo publicação do Ministério da Educação, o Conselho Escolar tem papel importante “[...] na vivência da proposta curricular e na construção e implementação do projeto político-pedagógico da escola [...]” (2008, p. 88), funcionando também como um organismo de base com força social, porque:

[...] é o espaço da prática da democracia participativa. E essa, quando bem exercitada, concorre, efetivamente, para a ampliação e para o fortalecimento dos diferentes segmentos que compõem a escola e a comunidade. A atuação articulada entre a escola, a comunidade e outras instituições sociais confere ao Conselho Escolar poder social [...] Enquanto força social, o pode influenciar nas políticas educacionais e nos projetos da escola, propondo ações inovadoras que contribuam para melhoria da qualidade do ensino, para a democratização da gestão e para a garantia dos Direitos Humanos. (2008, p. 88).

A partir da Constituição Federal de 1988 houve um processo de busca de autonomia pelas escolas, o que se verifica, de forma bem acentuada, em relação às universidades, mas essa autonomia gera tensões no exercício do poder, sendo que um Conselho Escolar forte, com participação ativa da comunidade, fortalece, também, a autonomia da escola, não sendo, portanto, um organismo à parte, mas inserido na institucionalidade da escola, por meio da gestão democrática, para fortalecer o poder de decisão situado na estrutura da gestão escolar.

Nesse sentido, a atuação do Terceiro Setor, conforme defendido neste estudo, revela-se importante na educação cidadã para a participação, que é tão incipiente na sociedade brasileira, em decorrência do histórico de formação política e social do povo brasileiro. Mas, com isso não se está querendo dizer que os organismos do Terceiro Setor devam substituir os Conselhos, pois não podem substituir a institucionalidade da escola, mas os Conselhos, por outra via, fazem parte dessa institucionalidade.

A escola não pode ser um espaço de poder do diretor e dos professores, mas, sim, de poder de gestão democrática, pois, segundo o próprio Ministério da Educação, o novo paradigma de participação exige “exercício de poder” (2004, p. 59).

Mas, não é um poder que se confunde com autoritarismo, porque tem a ver com participação democrática na escolha das decisões sobre as ações, pois, conforme propugnado pelo Ministério da Educação, “[...] se o ator faz parte da ação, tem o direito de fazer parte da decisão, uma vez que a ação afeta sua vida”. (2004, p. 59).

A participação popular na gestão escolar, por meio dos Conselhos, é tema suficiente para outra dissertação. Aqui, o que se pretende é apenas demonstrar que, embora a intervenção judicial na política pública não tenha o condão de efetivar o direito fundamental à educação, pois carece de capacidade institucional para efetivar a educação com qualidade, a participação democrática pode ser um caminho para efetivar a qualidade na educação, complementando, assim, a atuação da intervenção judicial quando há omissão dos demais Poderes.

Esperar que somente os três Poderes deem efetividade ao direito à educação é utopia que contraria a Constituição Federal (artigo 205), pois, embora a educação seja dever da família e do Estado, a sociedade também deve promovê-la e incentivá-la, no exercício da cidadania ativa, por meio da participação democrática.

Por isso, ao final deste estudo destaca-se, mais uma vez, tão grande pensador, Freire, que, em suas palavras, revela um universo do que ainda resta ser concretizado, que ultrapassa as instituições formais de Poder, mas que deve impulsionar o cidadão a deixar o seu cômodo espaço de eleitor na democracia representativa:

Tudo o que a gente puder fazer, no sentido de abrir mais a escola, no sentido de provocar, pedir, desafiar estudantes, merendeiras, zeladores, vigias, diretores de escola, coordenadores pedagógicos, pais, médicos, dentistas, alunos, vizinhos da escola, tudo o que a gente puder fazer para convocar os que vivem em torno da escola e dentro da escola, no sentido de participarem, de tomarem um pouco o destino da escola na mão, também. Tudo o que a gente puder fazer nesse sentido é pouco ainda, considerando o trabalho imenso que se põe diante de nós, que é o de assumir esse país democraticamente, que é o de ter voz, o de ganhar voz e não apenas o de falar, não apenas o de dar bom-dia. Ora, o conselho de escola é um dos momentos, é um dos meios de que a gente pode se servir, se é que eu posso usar esse verbo, nessa luta pela democratização da escola e pela democratização do ensino no Brasil. (Apud MARQUES, 2007, p. 55).

A palavra de ordem, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, é democratização. Democratização das instâncias de Poder,

da participação popular e, mais do que tudo, da educação com qualidade para todos.

ASPECTOS FINAIS

A análise das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná que tiveram como mérito o direito à educação, sob a luz dos limites teóricos entre o direito e a política, possibilitou construir algumas conclusões.

O Capítulo 1 forneceu elementos para concluir que se vive sob a égide do Estado Constitucional da Democracia Participativa, último estágio da evolução do constitucionalismo, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais, que introduziu o neoconstitucionalismo, que, por sua vez, favoreceu o florescimento de teorias que defendem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova teoria da interpretação constitucional.

Desenvolvendo o estudo, no Capítulo 2 demonstrou-se que a democracia participativa é essencial para se construir um conceito de desenvolvimento que tem como fatores primeiros a inclusão e a sustentabilidade econômica, ambiental e social, que implica, em última análise, na efetividade dos direitos humanos fundamentais individuais e sociais, que, ao serem interpretados, exigem, em razão de sua natureza fundamental e de seu esteio constitucional, a adequação ao caso concreto por meio da hermenêutica ontológica, que ultrapassa o método, porque é resultado de uma experiência histórico-cultural do intérprete, que se realiza com a arte, a história e a linguagem.

Seguindo o raciocínio, no Capítulo 3 revelou-se que o poder é o ponto onde as duas linhas paralelas - uma que delimita o mundo jurídico e outra que define o universo da política - encontram-se, sendo a Constituição o espaço que legitima a tríade direito, política e poder. Esta relação tem importância para a judicialização da política pública, observados os limites entre o direito e a política que têm sua gênese também na Constituição, destacando-se o Princípio da Separação dos Poderes, a Legitimidade Democrática e a Capacidade Institucional do Poder Judiciário.

Então, os Capítulos 1, 2 e 3 forneceram o suporte teórico para desenvolver a pesquisa, a fim de se responder à questão proposta, que é saber com que grau e amplitude o Judiciário pode efetivar o direito fundamental social à educação, considerando-se o acesso à escola e o acesso à educação com qualidade – faces integrantes do direito fundamental à educação.

Neste intuito, no Capítulo 4 concluiu-se que o direito à educação compreende o acesso à escola e o acesso à educação com qualidade. As duas faces da educação contribuem significativamente para a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo um dos direitos fundamentais sociais mais importantes, ao passo que a realização, em certa medida, de outros direitos está vinculada à qualidade da educação, como, por exemplo, o direito ao trabalho e o exercício ativo e consciente dos direitos políticos.

Com o intuito de se aferir a abrangência da intervenção judicial em políticas públicas de educação foram analisados julgados que trataram do acesso à educação e à educação com qualidade.

No que se refere ao direito de acesso à educação, destacaram-se julgados que tiveram como objeto o acesso à educação infantil, por meio da garantia de vaga, a política de georreferenciamento e a política que implantou o ensino fundamental de nove anos, cuja análise observou os limites entre o direito e a política, destacando-se o Princípio da Separação dos Poderes, a Legitimidade Democrática e a Capacidade Institucional do Poder Judiciário, os quais também serviram de parâmetros para a análise do direito à educação com qualidade.

A amostra de julgados que se referem ao acesso à educação infantil, a fim de garantir vaga nesta modalidade de ensino público, evidenciou que a intervenção judicial na política de educação deu-se em situações nas quais o direito fundamental subjetivo à educação infantil estava sendo descumprido pelo poder político.

Nestes casos, quando o Judiciário profere um julgamento constringendo a Administração Pública a efetivar o acesso à educação a crianças que estão em idade escolar, contudo, fora da escola, não está ultrapassando os limites entre o direito e a política quanto à Separação dos Poderes, pois o Judiciário, enquanto integrante da estrutura de Poder da República Federativa do Brasil e responsável, também, pelo cumprimento das exigências constitucionais para a efetividade dos direitos fundamentais, não pode se eximir de proferir julgamentos em situações em que há afronta direta a direito público subjetivo.

Da mesma forma, não incorre em afronta à legitimidade democrática, porque o poder soberano outorgou ao Judiciário a guarda da Constituição, e, tampouco, está impedido pela capacidade institucional, haja vista que o acesso à educação, nestas condições ora tratadas, não reclama elementos não jurídicos, mas

apenas a interpretação jurídica a partir de elementos objetivos, como direito de acesso e número de excluídos da escola.

A intervenção judicial na política pública de georreferenciamento, analisada a partir dos julgados da Sexta e Sétima Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Paraná, demonstrou que os Órgãos de julgamento do próprio Tribunal têm posicionamentos divergentes, sendo que os julgadores da Sexta Câmara entendem que, no caso desta política, o Judiciário deve eximir-se de intervir, em observância à supremacia do interesse público sobre o privado e ao Princípio da Separação dos Poderes. Por sua vez, os julgadores da Sétima Câmara postularam pela intervenção na política, porque, neste caso, o interesse particular deve prevalecer sobre o público, a fim de proteger a criança dos prejuízos emocionais que a mudança de escola lhe causaria.

Assim, sob o prisma da Separação dos Poderes, a Sétima Câmara Cível extrapolou os limites entre o direito e a política, uma vez que o direito fundamental à educação, pela via do acesso à escola, não estava sendo obstado pela Administração Pública, tampouco negligenciado, ao se aplicar a política pública do georreferenciamento, que tinha como intuito administrar as vagas existentes na rede pública de ensino, segundo a proximidade da residência do aluno - competência esta do Poder Executivo.

A legitimidade democrática é decorrência lógica da Separação dos Poderes e, por consequência, se o Judiciário avançou a Separação dos Poderes, afigurou-se como democraticamente ilegítimo para intervir na política do georreferenciamento.

Quanto à capacidade institucional, o Judiciário não detém estrutura suficiente para equalizar os efeitos da decisão individual no todo da política pública, carecendo de elementos concretos sobre a estrutura da rede de educação pública que pudessem subsidiar a decisão, valendo dizer que a matéria apreciada extrapolou elementos de interpretação jurídica.

A decisão judicial que interveio na política pública que estabeleceu a data de corte para acesso à educação fundamental dos egressos do ensino infantil também extrapolou os limites entre o direito e a política, segundo a Separação dos Poderes, a Legitimidade Democrática e a Capacidade Institucional, na medida em que a matéria pertinente à idade para ingresso no ensino fundamental demanda

aspectos pedagógicos e de estrutura da rede de ensino público, que escapam da capacidade do Judiciário de aferi-los.

Do mesmo modo, extrapola os limites entre o direito e a política, segundo a Separação dos Poderes, uma vez que o Judiciário, sob este prisma, somente poderia intervir na política caso o direito fundamental de acesso à educação estivesse inviabilizado pelo Poder Político, o que não era o caso, pois a política pública não impediu o acesso à educação, apenas buscou administrar elementos adstritos à oferta da educação e à questão pedagógica.

Portanto, com relação ao direito de acesso à escola, a intervenção judicial na política tem limites bem definidos, que são a Separação dos Poderes, a Legitimidade Democrática e a Capacidade Institucional, os quais não devem ser ultrapassados quando as políticas adotadas pelo Poder Público não obstam o direito fundamental à educação, mas, ao contrário, têm o condão de planejá-lo segundo critérios pedagógicos e de estrutura da rede de ensino.

Por outra via, caso a política adotada não favoreça a inclusão, na escola, de crianças em idade escolar, a abrangência da atuação do Poder Judiciário estará legitimada pelos limites ora elencados, pois haverá clara afronta a direito fundamental subjetivo e, portanto, não configuraria afronta à Separação dos Poderes, à Legitimidade Democrática e à Capacidade Institucional.

Nos julgados que se referiram à educação com qualidade ficou demonstrado que o Judiciário tem dificuldade em alcançar a amplitude da qualidade na educação, sendo certo que a Separação dos Poderes, a Legitimidade Democrática e a Capacidade Institucional do Poder Judiciário funcionam como limites estanques entre o direito e a política, não sendo possível a intervenção judicial na política de educação sob este ângulo.

Esta impossibilidade de intervenção judicial mantém-se, ainda que seja exigência constitucional a qualidade, como integrante do direito fundamental à educação, e ainda que a Administração Pública não ofereça uma educação que alcance índices adequados de qualidade.

Portanto, o Poder Judiciário, ao intervir no direito fundamental à educação, pode proferir decisões que abranjam integralmente o acesso à escola, quando obstado pelo Poder Público pela ausência de planejamento para atender à demanda de alunos. Contudo, no que tange à qualidade, as decisões são incapazes

de alcançar a efetividade de educação com qualidade, mesmo havendo omissão do Poder Público.

Desta feita, a participação popular, por meio do Conselho Escolar e do Conselho do FUNDEB, apresenta-se como condição importante para exigir do Poder Político o planejamento de políticas públicas educacionais que efetivem o direito à educação, uma vez que as atuações do Executivo precisam ser fiscalizadas, a fim de garantir melhoria na qualidade da educação, sem perder de vista que o direito fundamental à educação é direito de todos, dever do Estado e da família, que se efetiva com o apoio e a contribuição da sociedade, pelo fortalecimento da democracia participativa.

Os limites entre o direito e a política devem preservar as funções institucionais de cada um dos três Poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário não poderá intervir na política pública quando a análise do mérito extrapolar a interpretação da norma em face do caso concreto, exigindo elementos não jurídicos, como saberes pedagógicos, estrutura da rede de ensino, planejamento da política para a coletividade, etc., que dizem respeito às competências e à capacidade institucional do Poder Executivo.

De igual forma, os limites entre o direito e a política não podem obstaculizar a efetivação de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, o que equivale a dizer que, quando o Poder Executivo for omissivo no planejamento orçamentário, a fim de dar efetividade a direito subjetivo público, como o direito fundamental à educação infantil, os limites entre o direito e a política se estendem até a efetivação do direito fundamental, por meio da intervenção judicial na política.

Ainda, a intervenção do Poder Judiciário na política pública de educação deve observar a natureza plurilateral desse direito. Por isso, em matérias que envolvem políticas públicas relacionadas a direitos sociais de grande alcance, como a educação, o julgador, ao analisar pedidos individuais, deve considerar o planejamento da política para toda a coletividade.

É inconteste o fato de que a efetivação do direito fundamental à educação implica no recrudescimento da democracia. Por essa razão, a participação popular na política pública de educação, por meio dos Conselhos, decorre da conscientização democrática de que a sociedade pode e deve participar das instâncias de poder, porque, em última razão, o poder emana do povo.

Por fim, a educação tem o compromisso com a construção de uma sociedade na qual a vida individual seja marcada pelos indicadores de cidadania, e a vida coletiva, pelos indicadores da democracia, e o fundamento para esse compromisso está na exigência ética da solidariedade que deve existir entre todos.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALVES, Rubem. Ganhei coragem. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 5 maio 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0505200208.htm>> Acesso em: 30 jan. 2014.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade PUC-RJ**, n. 38, jan./jun. 2011, p. 6-50. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.
- BALESTERO, Gabriela Soares. **UNOPAR Científica Ciência Jurídica Empresarial**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-52, set. 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, 2005.
- _____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD-Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan/jun 2012. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/view/196/showToc> >. Acesso em: 1 mar. 2014
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 18 jan. 2014.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Syn]thesis, Caderno do Centro de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

ESTADO. In: ENCICLOPÉDIA Barsa. São Paulo: Enciclopédia Britânica Editores, 1969.

BENEDICTIS, Ricardo de. **Heródoto, o pai da história**. Disponível em: <<http://66.228.120.252/ensaios/41562>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

Bíblia Sagrada. Tradução dos Monges de Maredsous. 72º ed, São Paulo: Ave Maria, 1989

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. **Estado, governo, sociedade, para uma teoria geral da política**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003

_____. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência**: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARVALHO, Deusvaldo. **Orçamento e contabilidade pública**: teoria e prática. Campo Grande: D. Carvalho, 2005.

CARVALHO, Salo. A ferida narcísica do direito penal – primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: CARVALHO S. (Org.). **A qualidade do tempo para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba. n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2014;

CARVALHO, José Sérgio F. A qualidade de ensino vinculada à democratização do acesso à escola. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 60, p. 307-310, ago. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000200023&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2014.

CAVALCANTE, João Trindade F. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2014.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Atica, 2008.

_____. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, L. W. (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p.17-42.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 39-48, abr/jun. 1998.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUSTÓDIO, Andre Vieira; VIEIRA, Reginaldo de Souza. (org.). **Estado, política e direito**: políticas públicas e direitos sociais. Criciúma: UNESC, 2011.

DEMO, Pedro. **Educação e qualidade**. 9. ed. Campinas: Papyrus, 2004.

_____. **Política social, educação e cidadania**. 7. ed. Campinas: Papyrus, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed., atual. São Paulo: Atlas, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

_____.; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 118-136.

DOURADO, Luiz Fernandes. (Org.). **A qualidade da educação: conceitos e definições**. Brasília: INEP/MEC, 2007. (Série Textos para Discussão, n. 24).

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995

EHRlich, Ppriscila Aparecida; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. O que é isto?: a hermenêutica constitucional?. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo A. Dias (Org.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Barigui: Boreal, 2012. p. 1-11.

ERICKSEN, Lauro. Possibilidade de concretização dos direitos fundamentais através do estudo hermenêutico-constitucional. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 53-77, ago. 2012. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrrj/article/view/352>. Acesso em: 8 ago. 2014.

FAORO, Raymundo. **Machado de Assis**: a pirâmide e o trapézio. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERRARO, Alceu Ravello. Escolarização no Brasil na ótica da exclusão. In: MARCHESI, A. ; GIL, C. H. **Fracasso escolar**: uma perspectiva multicultural. Porto Alegre: Artmed, 2004.

FERNANDES, Reynaldo. **Índice de desenvolvimento da educação básica (Ideb)**: metas intermediárias para a sua trajetória no Brasil, Estados, Municípios e Escolas. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira, 2007. Disponível em: <http://www.publicacoes.inep.gov.br/arquivos/%7B9C976990-7D8D-4610-AA7C-FF0B82DBAE97%7D_Texto_para_discuss%C3%A3o26.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2014.

FLACH, Simone de Fátima. Influências das decisões judiciais na oferta da educação paranaense. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA EM EDUCAÇÃO DA REGIÃO SUL, 12., 2012, Caxias do Sul. **Anais...** Caxias do Sul: ANPED, 2012. p. 1-17.

Disponível em:

<http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2012/Estado_e_Politica_Educacional/Trabalho/01_06_14_26-7242-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. (Org.). **Educação como direito fundamental**. Curitiba: CRV, 2011.

FRANKL, Vitor E. **Um sentido para a vida: psicoterapia e humanismo**. 11. ed. Aparecida: Idéias & Letras, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 42. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GADOTTI, Moacir. Qualidade na educação: uma nova abordagem. In: CONGRESSO DE EDUCAÇÃO BÁSICA, 3., 2013, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: [S.l.], 2013. p. 1-18. Disponível em: <<http://www.pmf.sc.gov.br/sites/coeb/index.php?cms=anais&menu=11>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GONZALES, Everaldo T. Quilici. et. al., O culturalismo jurídico da escola do Recife. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI/UNICAP, 14., 2006, Recife. **Anais...** Recife: CONPEDI, 2006. p. 1-11. Disponível Em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_da_justica_everaldo_gonzales_e_outros.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2014.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HERKENHOFF, J. Baptista. **Como aplicar o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: [s.n.], 1991.

JORNAL O GLOBO. **Índice de Desenvolvimento da Educação Básica mede qualidade do ensino brasileiro**, 15 abr. 2012, disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/forum-nacional-de-educacao-que-fiscaliza-pne-faz-criticas-ao-ideb-4655447>, acesso em 23 jun. 2014.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**, n. 17, Curitiba, p. 45-54, nov. 2001,. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n17/a04n17.pdf> - acesso em 04.03.2014>. Acesso em: 3 mar. 2014.

MARQUES, Luciana Rosa. **A descentralização da gestão escolar e a formação de uma cultura democrática nas escolas públicas**. Recife: UFPE, 2007.

MATSUSHIGUE, Lighia Horodysk; HELENE, Otaviano. Novo PNE não define qualidade na educação e tem viés privatista. **Revista da ADUSP**, n. 50, p. 34-39, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/files/revistas/50/r50a05.pdf>> . Acesso em: 19 mar. 2014

MELO, Felipe de. A legitimidade do poder judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/junho/julho, 2009, disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Conrado Hüber. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Secretaria da Educação Básica. **Conselhos escolares: uma estratégia de gestão democrática da educação pública**. Brasília: MEC, 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Consescol/ce_gen.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014.

_____. **Conselho escolar e direitos humanos**. Brasília: MEC, 2008. Disponível em:

<<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Meus%20documentos/Metrado/Projeto%20de%20pesquisa/disserta%C3%A7%C3%A3o/material%20disserta%C3%A7%C3%A3o/conselho%20escolar%20e%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

_____. **Indicadores de qualidade na educação**, 2004, disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Consescol/ce_indqua.pdf >. Acesso em: 19 mar. 2014.

_____. Conselho Nacional de Educação. **Parecer nº 007/2010 – Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica** Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15074&Itemid=866

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das leis**. São Paulo : Saraiva, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NAVARRO, Vicenç. As consequências antidemocráticas da concentração de riqueza. **Domínio Público** do diário “PÚBLICO” (Espanha), em 9 de maio de 2013. Tradução de Luis Leiria para o site “Esquerda.net” de Portugal. Transcrito para o site “Carta Maior” – disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=22030> Acesso em: 30 jan. 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

POMPEU, Gina Vida Marcílio. Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial. Rio de Janeiro: ABC, 2005.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

_____. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993,

_____. **Teoria tridimensional do direito**: situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalistas e substancialistas. **Sequência**, v. 33, n. 65, Florianópolis, p. 189-207, 2012.

RIBEIRO, Vanda Mendes. **Justiça na escola e regulação institucional em redes de ensino do estado de São Paulo**. 2012. 455 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, disponível em:

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-28062012-140954/pt-br.php> - acesso em 24 jun. 2014.

SALIBA, Maurício Gonçalves; PAULA, Paulo Mazzante de. O acesso à educação pela via processual: forma de inclusão social. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2008, Brasília. **Anais...** Brasília: Fundação Boiteux, 2008. p. 6272-6287.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo, Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo W. (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2009. p. 213-253.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo W. (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-49.

_____. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

SCHILLING, Flávia. **Direitos humanos e educação**: outras palavras, outras práticas. São Paulo: Cortez, 2005.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no estado democrático de direito**. São Paulo: LTR, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras, 2000.

_____. "Democracy as a Universal Value" **Journal of Democracy**, 10.3 (1999), 3-17. Disponível em: <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira. **O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias. (Org.) **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2012.

SOARES, Marly Carvalho. **Sociedade civil e sociedade política em Hegel**. Fortaleza: UECE, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285-326.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? "**CONJUR**", 13.06.2013, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano, 2001.

TEIXEIRA, Rubens de França. Discutindo o terceiro setor sob o enfoque de concepções tradicionais e inovadoras de administração. **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 1-15, jan-mar. 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes: de certas leis e certos costumes que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 29-49, jul./set. 1989.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. VIEIRA, Reginaldo de Souza. (Org.). **Estado, política e direito**: relações de poder e políticas públicas. Criciúma: UNESC, 2008.

WALZER, Michel. **Esferas da justiça**: em defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZYMLER, Benjamin. **Política & direito**: uma visão autopoietica. Curitiba: Juruá, 2005.