

DIREITO À EDUCAÇÃO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Eduardo Canizella Junior¹

RESUMO. O presente trabalho se propõe a investigar a possibilidade e eventuais limites do controle judicial de políticas públicas relacionadas ao direito à educação, a partir da moderna concepção de eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, da verificação do tratamento normativo dedicado pelos tratados internacionais, pela CRFB/1988 e pelas normas infraconstitucionais, bem como de princípios e construções doutrinárias pertinentes ao tema, como os princípios da Separação de Poderes, da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.

SUMÁRIO. 1. Introdução – 2. Do direito fundamental à educação: fundamentos normativos – 3. Direito à educação e controle de políticas públicas – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a educação é erigida a direito fundamental, direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, conforme disposto no artigo 205 da CRFB/88. Em se tratando de direito prestacional, sua plena consagração depende da observância de medidas positivas pelos Poderes Públicos, em especial os Poderes Executivo e Legislativo, mediante a adoção de todos os atos normativos e materiais tendentes e necessários ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo e qualificação para o trabalho e exercício da cidadania.

O papel do Poder Judiciário nesse processo passou por relevantes mudanças ao longo do século XX, com a derrocada do formalismo jurídico, alicerçada no prolapado “fracasso político do positivismo”. É voz dominante na doutrina constitucional brasileira que, ao fim da Segunda Grande Guerra, o cenário de devastação social e de menoscabo à condição humana impunha a substituição do arcabouço teórico positivista. No bojo daquele modelo de compreensão do fenômeno jurídico, o Poder Judiciário encontrava limitações na concretização de direitos e não detinha legitimidade para o controle da atividade administrativa, bem como se limitava a materializar as soluções previstas em abstrato pelo Poder Legislativo.

Até então, o discurso jurídico predominante era o de que os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, em especial os direitos sociais, estavam inseridos em uma

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Filosofia do Direito pela PUC/SP.

“dimensão prospectiva” da Constituição: eram normas de natureza programática, equivalentes meros conselhos aos Poderes Públicos, o que impedia que tais normas servissem de fundamento para a exigência, em juízo, de prestações positivas do Estado.

Tal cenário se modificou com a consolidação do chamado *pós-positivismo*, que promoveu uma inflexão teórica de notáveis repercussões práticas. O pós-positivismo representou o fim da aversão à inclusão da moral e dos valores no Direito, de tal modo que a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal já não se demonstrava mais aceitável. Em tais novas concepções, os direitos sociais constitucionalmente previstos possuem *eficácia plena*, e podem ser exigidos do Estado quando insuficientemente implementados, cabendo ao Poder Judiciário compelir o Legislativo a legislar e o Executivo a adotar providências concretas quando necessário à efetivação de um direito prestacional, como o direito à educação, em verdadeira revisão da ortodoxa leitura do Princípio da Separação de Poderes.

O Poder Judiciário passou a ser, então, o grande depositário das esperanças constitucionais. E a realidade brasileira demonstra, hoje, que os direitos sociais são plenamente sindicáveis e exigíveis do Estado, exercendo o Poder Judiciário efetivo controle sobre políticas públicas e opções legislativas. Contudo, o pós-positivismo e a consequente possibilidade de concretização de direitos sociais pelo juiz traz consigo questões complexas, que devem ser enfrentadas.

Se, no paradigma jurídico anterior, a atuação judicial na efetivação de direitos sociais era extremamente tímida, atualmente a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados ocorre em profusão, suscitando novos problemas de ordem teórica e prática. Deve-se considerar que o Poder Judiciário, a cada direito prestacional garantido, promove necessariamente duas decisões, uma *alocativa*, e outra *desalocativa*, vez que os recursos orçamentários são escassos, ao passo que as necessidades públicas são ilimitadas. De tal questão decorre a discussão a respeito da legitimidade do Judiciário para a escolha de quais gastos priorizar, vez que seus membros não são eleitos, não respondem politicamente para o povo e, portanto, não possuiriam as credenciais democráticas para interferir nas escolhas do Poder Executivo e Legislativo.

O presente trabalho se propõe a investigar a possibilidade de controle judicial de um dos direitos prestacionais por excelência, o direito à educação, a partir dos parâmetros acima esboçados. Em um primeiro momento, será exposto o tratamento normativo dedicado ao direito à educação pelos tratados internacionais, pela CRFB/1988 e pelas normas infraconstitucionais. Após, enfrentaremos a questão da eficácia do direito à educação e da

legitimidade do controle de políticas públicas educacionais pelo Poder Judiciário, a partir dos textos normativos expostos, de decisões judiciais selecionadas e de princípios e construções doutrinárias pertinentes ao tema, como os princípios da Separação de Poderes, da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Por conclusão, buscaremos esboçar quais os critérios e limites da atuação judicial na proteção de tal direito social.

2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO – FUNDAMENTOS NORMATIVOS

A **educação**, enquanto processo de reconstrução da experiência, é um atributo da pessoa humana². Inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, deve ser 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.

Sob este enfoque, e tendo-se em vista o forte amparo axiológico da época - em particular a observância do disposto na ordem internacional mais protetiva, dentre as quais se destaca a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948³, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁴ - foi a educação elevada pelo constituinte originário, em 1988, ao nível dos direitos fundamentais do homem. Isto porque a concebeu

² A expressão é de Canotilho *In* CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ed. Coimbra; Coimbra Editora, 1984, p. 361.

³ Estabelece a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 26 que “§1º Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. §2º A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. §3º Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”.

⁴ O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 determina em seu artigo 10 que “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde, ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei”. Já em seu artigo 13 estabelece que “§1º. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda 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. §2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: 1. A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos (...)”.

como direito social e direito de todos, no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

A consecução prática dos objetivos constitucionais da educação⁵, porém, só se realizará num sistema democrático, em que a organização da educação formal concretize o direito ao ensino, informado por diretrizes com ele coerentes. Por isso, dentre os princípios balizadores elencados acolhidos pela Constituição, em seu artigo 206, destacam-se: *igualdade* de condições para o acesso e permanência na escola; *liberdade* de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; *pluralismo* de ideias e de concepções pedagógicas, e *coexistência* de instituições públicas e privadas de ensino; *gratuidade* do ensino público em estabelecimentos oficiais; *valorização dos profissionais de ensino*, garantido na forma da lei; planos de carreira para o magistério público, com piso salarial e profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; *gestão democrática* e garantia de *padrão de qualidade*.

O valor jurídico da educação, primeiro consagrado no artigo 6º, quando dos direitos sociais, foi realçado quando da configuração, no *caput* do artigo 205, de um efetivo dever do Estado. Desta forma, revela-se completa a situação jurídica subjetiva que identifica ao titular da obrigação sua universalidade, ou seja, ao mesmo tempo em que todos têm direito à educação, o Estado, assim como a família, tem o dever de prestá-la.

A preferência constitucional pelo ensino público importa em que o Poder Público organize os sistemas de ensino de modo a cumprir o respectivo dever com a educação, mediante prestações estatais que garantam, nos termos do artigo 208, no mínimo, ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurado, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (artigo 208, já com as alterações trazidas pela EC 14/1996). Do mesmo modo, nos termos do artigo 210, será fixado conteúdo mínimo para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

⁵ A expressão é de José Afonso da Silva. In SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 416.

Ao se estabelecer expressamente no §1º do artigo 208 da Carta da República que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, o constituinte foi enfático. E não poderia ser diferente, uma vez que se trata de direito fundamental social de aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, além de possuir íntima relação com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (artigo 1º, inciso II), e requisito essencial para o exercício da cidadania.

O legislador ordinário agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais ratificados pelo Brasil, ao estabelecer, na Lei Federal nº 8.069/90, a doutrina de proteção integral como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe acerca da responsabilidade do Poder Público na implementação do direito à educação, enfatizando o ensino fundamental e a educação infantil. Destaca-se, nesse contexto, o artigo 4º, que reitera ter absoluta prioridade o direito à educação, explicando que esta garantia compreende a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas bem como a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Nos termos de seu artigo 54, reafirma o Estatuto os preceitos constitucionais de obrigatoriedade e gratuidade do direito público subjetivo ao acesso ao ensino e complementa que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

No mesmo sentido, a Lei Federal nº 9.394/96 estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, determinando, no bojo de seu artigo 5º que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo. Dando ênfase ao dispositivo, assevera, em seu §3º, que qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente. Por fim, consigna que, comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade (§4º).

3. DIREITO À EDUCAÇÃO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Estabelecido o regramento jurídico-normativo do direito à educação, é possível considerar em que medida é legítima a atuação do Poder Judiciário quando constatada suposta ineficiência na consagração de tal direito.

É preciso considerar, de início, que muitas são as possíveis demandas individuais ou coletivas que exigiriam a consagração do direito à educação. Nossos Tribunais enfrentam diariamente casos nos quais os jurisdicionados ou os legitimados em demandas coletivas pedem, no mais das vezes amparados no diploma constitucional, a criação de vagas em creches, a construção de escolas, o incremento da merenda escolar ou a contratação de professores especializados na Linguagem Brasileira de Sinais – LIBRAS para alunos surdos-mudos. As possibilidades e a plêiade de pedidos amparados em um mesmo direito fundamental são praticamente ilimitadas.

Nesse ponto compreendemos que, em decorrência da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, §1º da CRFB/88), todas aquelas demandas perfeitamente identificáveis em âmbito normativo são inafastáveis do Poder Judiciário. É o caso de pedidos que ostentem ofensa à garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, ou, ainda o atendimento em creche e pré-escola para crianças até seis anos de idade (artigo 208, I e II da CRFB/88). Para tais casos, o Estado assumiu um compromisso constitucional inequívoco, devendo o Poder Judiciário atuar na correção de eventuais desvios e descumprimento do comando constitucional.

No entanto, há hipóteses mais nebulosas, nas quais a possibilidade de controle é incerta. Imaginemos, por exemplo, determinada Ação Civil Pública na qual o Ministério Público busca compelir o Estado à contratação de professores de mandarim para toda a rede pública de ensino, em se tratando de idioma em grande expansão, tudo para a plena qualificação das crianças ao mercado de trabalho e em homenagem ao direito à educação. Imaginemos, ainda, uma ação judicial na qual determinada criança, representada pelos pais, peça ao Judiciário a construção de uma escola para crianças superdotadas em seu Município, mediante a contratação de professores suficientemente gabaritados para habilitar os alunos ao ingresso nas melhores universidades do mundo.

Embora seja possível admitir que tais pedidos estão amparados no direito à educação, que é inequivocamente dever do Estado, nos parece claro que tais casos não podem ser simplesmente resolvidos com a admissão intransigente do controle judicial. Não soa razoável, no atual estágio de desenvolvimento brasileiro, exigir do administrador público a contratação de professores de mandarim, ou a construção de uma escola para crianças superdotadas. A proposta de solução desse impasse deve passar pela compreensão da moderna concepção da

força normativa de preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais, e a consideração dos princípios da Separação de Poderes, da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.

A nova corrente de compreensão do fenômeno jurídico, surgida em meados do século XX e chamada de pós-positivismo, surgiu inicialmente como um ideário difuso, com propostas de nova hermenêutica constitucional, reconhecimento da força normativa dos preceitos constitucionais e de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana⁶.

(...)(O pós-positivismo) esplende em riqueza e fecundidade inovadora, fazendo nascer da gestação de seus conceitos a Nova Hermenêutica, ao passo que o segundo (o positivismo jurídico) jaz embalsamado num formalismo álgido e refratário aos conteúdos velozes e dinâmicos daquele universo novo de direitos fundamentais em expansão; alheado da realidade, freqüenta unicamente as páginas do Direito Constitucional clássico, de inspiração liberal (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo : Malheiros, 2006. p. 591/592).

Para Luís Roberto Barroso⁷, o surgimento do novo direito constitucional foi motivado por mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência, que podem ser identificadas por três marcos fundamentais: o *histórico*, o *teórico* e o *filosófico*. O pós-positivismo constitui o *marco filosófico* do novo direito constitucional, identificado pela alcunha do *neoconstitucionalismo*, assinalado como a superação dos antagonismos que caracterizam o jusnaturalismo e o positivismo jurídico; o primeiro, superado pela história, enquanto o segundo se demonstrara inapto ao abrigo da ética e de valores morais. Reputa-se como a principal referência histórica do novo direito constitucional a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a subsequente criação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951. Nesse contexto, também adquirem relevo a Constituição da Itália de 1947 e a redemocratização dos países ibéricos na década de 70 (Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978). No Brasil, o marco histórico é também associado à “reconstitucionalização” do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. No plano teórico, o ideário do pós-positivismo culminou no reconhecimento da força

⁶ BARROSO, Luiz Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In. *A nova interpretação constitucional/ Luís Roberto Barroso (organizador)*. 3ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 336.

⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Os direitos sociais, nesse cenário, deixam de ser meras proclamações políticas ou exortações desprovidas de força vinculante dirigidas ao legislador, possuindo força normativa própria⁸. No Brasil, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988, marco histórico dessa nova doutrina constitucional, o Poder Judiciário passou a exercer efetivo controle sobre políticas públicas e opções legislativas. Contudo, o pós-positivismo e a conseqüente possibilidade de concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário traz consigo questões complexas, que devem ser enfrentadas.

Deve-se investigar quais os limites do controle de políticas públicas que visam assegurar o direito à educação pelo Poder Judiciário. Não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito⁹. Nas palavras de Eros Grau, a expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social¹⁰.

As políticas públicas são, em apertada síntese, os meios necessários para a efetivação de direitos fundamentais. O direito à educação deve ser consagrado por tais políticas, vez que a Educação é dever do Estado, embora seja também da família e conte com a colaboração da sociedade (artigo 205 da CRFB/88).

Tais políticas, embora regular e universalmente prestadas pelo Estado, poderão ser contestadas em juízo; em tais casos, a política pública será controlada pelo Poder Judiciário, que interferirá nas decisões do administrador.

No entanto, sabe-se que a concretização de direitos fundamentais envolve custos, e os recursos à disposição da Administração Pública são escassos, de modo que o Poder Judiciário, no mais das vezes, em tais pronunciamentos jurisdicionais, não tem condições de aferir o impacto global que uma decisão judicial pontual poderá produzir no orçamento do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas de governo. Assim, quem detém informações sobre suas receitas é a Administração, que, em suas atividades diárias, é confrontada com

⁸ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

verdadeiras “escolhas trágicas”: diante de inúmeras demandas igualmente legítimas, é preciso escolher se as receitas públicas disponíveis serão destinadas à melhora da merenda, ao incremento do saneamento básico, à criação de leitos nas unidades de saúde, no fornecimento de medicamentos para algumas doenças raras ou à ampliação de programas de habitação popular. Feitas tais constatações, a conclusão é uma só: o Poder Judiciário, a cada direito prestacional garantido, promove necessariamente duas decisões, uma alocativa, e outra desalocativa. Eis a noção do *Princípio da Reserva do Possível*, muitas vezes invocado para a limitação da atuação judicial na garantia de direitos sociais.

A expressão “reserva do possível” foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã, proferida em 1972 e conhecida como o caso *Numerus Clausus*, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Na decisão, o Tribunal Constitucional alemão compreendeu que o direito de acesso ao ensino universitário “se encontra sob s reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade”¹¹.

No direito brasileiro, o princípio da reserva do possível foi por muitas vezes ventilado para afastar o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Contudo, parte da doutrina se opõe à utilização do referido princípio da realidade brasileira, vez que, em países pobres como o Brasil, em que muitas necessidades humanas básicas não são minimamente atendidas, não seria possível empregar a idéia de reserva do possível, criada em países desenvolvidos, sob pena de completo esvaziamento dos direitos sociais¹².

É preciso considerar que, por muitas vezes, o argumento da reserva do possível pode se traduzir em ilegítimo instrumento de política, criando óbices à efetivação dos direitos que os próprios Poderes Públicos se obrigaram a consagrar. Nesse sentido, merecem destaque as palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Seria ingênuo não reconhecermos a existência de dificuldades na distribuição de recursos públicos entre as diversas alternativas respeitantes às diversas demandas sociais. Todavia, não devem estas dificuldades servir como álibi argumentativo para eximir o poder público de prove as políticas públicas necessárias à efetivações dos direitos sociais. Deve, portanto, este princípio ser observado com cautela, uma vez que possui, obviamente, um

¹¹ BVerfGE 33, 303 (1972), in SCHABE, Jurgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig et. AL.. Konrad Adenauer Stiftung: Berlim, 2005, p. 656-667.

¹² KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

pano de fundo ideológico (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 127)

Dessa forma, a reserva do possível seria somente invocável em situações “apocalípticas”, de comprovada insuficiência orçamentária, e, ainda assim, após efetivada uma parcela de direitos sociais que são necessários à própria garantia de dignidade da pessoa humana. A isto equivale o *Princípio do Mínimo Existencial*, segundo o qual, independentemente de qualquer outra circunstância, deve ser garantido ao indivíduo, em termos materiais, o mínimo necessário à sua sobrevivência. Respeitável parte da doutrina compreende que, numa ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana, há prioridades e gastos que se impõe aos demais, de tal modo que as decisões do legislador orçamentário e do administrador apenas são livres após providas as necessidades materiais mais básicas dos administrados. Dessa forma, haveria direito absoluto ao mínimo existencial, que não se sujeita à reserva do possível¹³.

Nos parece mais sensata, no entanto, a posição segundo a qual nem sempre o mínimo existencial pode ser assegurado judicialmente de forma incondicional¹⁴, vez que, em sociedades pobres, não é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas. Tal posição pode ser agradável aos “progressistas”, mas, a longo prazo, promove uma fatal desorganização das finanças do Estado, que, ao fim, acabaria por vitimar os administrados, sobretudo os mais pobres.

Todos os problemas acima sumarizados são agravados quando posta a questão em face do clássico Princípio da Separação dos Poderes. Em sua construção tradicional, proveniente da consolidação do Estado Liberal, ao Poder Judiciário caberia a aplicação das soluções em abstrato previstas pelo Poder Legislativo, democraticamente eleito, mantendo-se intangíveis determinadas áreas de ação estatal, consideradas no âmbito do “campo político.

Nesse sentido, defende Edinilson Donisete Machado que “tais escolhas não cabem ao Judiciário ou a qualquer outro ator da comunidade dos intérpretes, que não os escolhidos democraticamente”¹⁵. No entanto, as alterações pelas quais passou o Estado no último século impõem necessária revisão dessa conclusão, a partir do reconhecimento da eficácia dos

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88**. In: Ingo Wolfgang Sarlet: O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 418.

¹⁵ MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão Judicial sobre Políticas Públicas: Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 130.

direitos fundamentais, que, antes contidos em normas programáticas, hoje conferem um *direito* a uma prestação estatal, traduzido em verdadeiro compromisso constitucional do Estado. Não deve o Poder Judiciário arrogar-se nas funções de administrador público ou de legislador; mas deve atuar, no caso concreto, para garantir que aquelas promessas constitucionais sejam cumpridas¹⁶.

4. CONCLUSÃO

O panorama legislativo brasileiro erige o direito à educação ao *status* de direito fundamental, que, na moderna concepção constitucional, tem eficácia plena, podendo ser exigida sua cabal consagração ao Poder Judiciário quando a atividade legislativa ou material se demonstrarem insuficientes.

Considerados os tratados internacionais subscritos pelo Brasil e as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao tema, bem como a moderna concepção pós-positivista da força normativa da Constituição, compreendemos pela possibilidade de controle judicial das omissões estatais quando perfeitamente identificadas no plano normativo, como a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, ou, ainda o atendimento em creche e pré-escola para crianças até seis anos de idade (artigo 208, I e II da CRFB/88), pois, em tais casos, há direito público subjetivo à prestação estatal. Às demais demandas, que não são imediatamente decorrentes dos comandos normativos, será preciso observar os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, não se afastando, em qualquer caso, a possibilidade do controle judicial. Em tais casos, embora as demandas individuais e coletivas sejam importante via para a cidadania, é preciso empreender madura reflexão sobre as conseqüências de decisões judiciais pontuais sobre o orçamento público, sempre considerando o atual estágio de desenvolvimento da sociedade e do Estado brasileiro, sob pena de, ao buscar o juiz consagrar o direito fundamental de alguns, inviabilizar seu exercício aos demais.

Compreendemos que o Princípio do Mínimo Existencial, para tais casos, não pode ser absoluto, vez que, em sociedades pobres como a brasileira, não é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas. Não é possível, portanto, ignorar o Princípio da Reserva do Possível, que atua como limitador das decisões judiciais às possibilidades fáticas daquela sociedade, naquele período

¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?**. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 09. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 45.

histórico, sob pena de fatal desorganização das finanças do Estado, que, ao fim, acabaria por vitimar os administrados, sobretudo os mais pobres.

Sobre a possibilidade de controle de políticas educacionais, assinalamos que o Princípio da Separação dos Poderes, embora íntegro, não pode ser “um fim em si mesmo”, impondo-se sua releitura e adequação ao atual momento do Constitucionalismo, no qual o Poder Judiciário não deve observar, de mãos atadas, eventual inércia dos demais Poderes Constituídos. Dizer que determinado direito não é justiciável equivale a transformá-lo em mero favor ou obrigação moral¹⁷.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

_____, e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. In: A nova interpretação constitucional/ Luís Roberto Barroso (organizador). 3ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ed. Coimbra; Coimbra Editora, 1984.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?**. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 09. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

HORBACH, Carlos Bastilde. **A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 859:81-91, maio 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão Judicial sobre Políticas Públicas: Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ed., São Paulo: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ed., São Paulo : Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 129.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88.** *In:* Ingo Wolfgang Sarlet: O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** *In:* NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2009.

SCHABE, Jurgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Beatriz Hennig et. AL.. Konrad Adenauer Stiftung: Berlim, 2005.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.