

STF: DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

Marcelo Hugo da Rocha¹

Marco Félix Jobim²

RESUMO: O presente trabalho visa a analisar as teses que são veiculadas e propostas na judicialização das políticas públicas, exclusivamente, quanto ao direito à educação de qualidade prevista na Constituição Federal na perspectiva de uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, será estudada a referida decisão diante da perspectiva do embate das proposições jurídicas e doutrinárias delineadas pelo texto constitucional. O papel destacado do Poder Judiciário também é avaliado dentre as teses, devido ao seu relevante protagonismo quanto à concretização dos direitos sociais através de ações prestacionais diante da omissão da Administração Pública e da discricionariedade estatal amparada por falsas convicções.

Palavras-chave: Educação. Políticas Públicas. Constituição. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This study aims to analyze the arguments that are voiced and proposals on the legalization of public policy exclusively for the right to quality education provided for in the Constitution in view of a recent decision of the Supreme Court. In this context, the decision by the prospect of the clash of legal and doctrinal propositions outlined by the constitutional text will be studied. The leading role of the judiciary is also rated among the theses, because of its important role in achieving the social rights through omission actions before the Public Administration and state discretion supported by false beliefs.

Keywords: Education. Public Policy. Constitution. Judiciary. Supreme Court.

Introdução

Os direitos fundamentais, em especial, os sociais, sob o que se denomina de neoconstitucionalismo, logram grande interesse no ambiente nacional devido à aplicabilidade direta da Constituição Federal e seu reconhecimento como força normativa. Assim, o seu alcance está sendo levado pela intensa judicialização das políticas públicas em razão do déficit do Poder Público em concretizá-los.

A saúde e a educação representam grande parte das demandas judiciais envolvendo os direitos sociais, pavimentando o acesso à justiça e construindo legítimos alicerces nos tribunais superiores através de postulados como a dignidade da pessoa humana, da preservação do mínimo existencial e da proibição do retrocesso.

Em relação ao direito à educação, tema que será abordado neste trabalho, importa não só esperar que o Poder Público construa escolas, como também ofereça

¹ Mestre em Teoria Geral da Jurisdição e Processo na PUC/RS. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/RS. Advogado.

² Mestre e Doutor em Direito. Professor da graduação e pós-graduação lato e stricto sensu (mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Advogado.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

condições em preservar o direito à qualidade do ensino, como consta expressamente na Constituição Federal (art. 206, VII).

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado situações de grande desrespeito à garantia constitucional da educação de qualidade como o caso que se apresentará a seguir, cujo julgamento abrange grande parte das teses, freqüentemente, cotejadas sobre a questão.

1. As circunstâncias judiciais e a decisão do STF

A educação é um dos direitos fundamentais mais desrespeitados pelos governantes, devendo, assim, estar no topo das pretensões de defesa da ordem constitucional. Com base nesta premissa, o Ministério Público do Estado da Paraíba ajuizou ação civil pública objetivando a reforma da quadra escolar e na construção de sua cobertura de uma escola estadual paraibana, visando o atendimento ao princípio constitucional do padrão de qualidade no direito à educação, de acordo com o relatório do acórdão em sede de julgamento de apelação e remessa necessária, interposta pelo Estado da Paraíba. A sentença julgou procedente o pedido para:

Determinar que o Estado da Paraíba realize as obras de reparos necessárias para o desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem, na citada instituição educacional, nos termos requeridos na petição inicial, sob pena de multa no valor de R\$ 15.000,00(quinze mil reais)por mês de atraso, a ser revertida para o Fundo Municipal da Infância e Juventude de João Pessoa, nos termos dos arts. 5º, 205 e 208 da Constituição Federal, art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 3º e 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e 269, I, do Código de Ritos.³

O Ente Público apelou, defendendo o princípio da separação dos Poderes, a autonomia administrativa e orçamentária da Fazenda Pública Estadual (Plano Plurianual), o juízo de oportunidade e conveniência do Administrador Público, bem como a observância da cláusula da reserva do possível.

O Tribunal de Justiça da Paraíba negou provimento, a qual se extrai os principais trechos na ementa reproduzida pela decisão do STF, que se segue:

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REFORMA DE QUADRA DE ESPORTES DE ESCOLA ESTADUAL EM SITUAÇÃO PRECÁRIA. RISCO À SAÚDE E À INCOLUMIDADE FÍSICA DO CORPO DOCENTE E DISCENTE. EDUCAÇÃO DE QUALIDADE. DIREITO SOCIAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ. DEVER DO ESTADO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADO. DESPROVIMENTO DE AMBAS AS IRRESIGNAÇÕES.

-Assim como a saúde e a segurança pública (arts. 196 e 144, da CF), a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205 da CF), devendo, pela essencialidade do seu objeto, ser prestada, acima de tudo, de forma eficiente. Se o Poder Público não proporciona as condições físicas básicas ao adequado funcionamento das suas escolas, está em falta com seu dever constitucional. [...]

³ TJ/PA, Ap. eRA nº 0095744-16.2012.815.2004, p. 3.

- Não há falar em afronta ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário limita-se a determinar ao Estado o cumprimento de mandamento constitucional, impregnado de autônoma força normativa. [...]
- Tratando-se de pleito que visa propiciar condições minimamente decentes aos usuários de estabelecimento de ensino, estando a pretensão dentro do limite do razoável, já que garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao postulado do mínimo existencial. [...]
- Prevalece o entendimento de que é possível o controle judicial de políticas públicas, quando estiverem em perigo direitos fundamentais.
- A escola sem estrutura apropriada para acolher as crianças e realizar as atividades escolares adequadamente, reduz-se a qualidade do ensino e do aprendizado, além de contribuir para o desinteresse do aluno e fomentar a evasão escolar. Com isso, impor obrigação de fazer não é interferência de um poder no outro, mas sim uma oportunidade de garantir os filhos de uma sociedade carente o direito à educação, comum mínimo de qualidade. [...]⁴

Inconformado, o Estado da Paraíba interpôs recurso extraordinário contra este acórdão a qual não foi provido, confirmando a decisão do TJ/PA reproduzida acima, pois segundo seu relator, o Min. Luís Roberto Barroso:

[...] O acórdão recorrido se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Não se trata, aqui, de interferir na competência do Poder Executivo quanto à conveniência e oportunidade para a realização de políticas públicas – e a conseqüente disposição de recursos para tal fim – mas, sim, de assegurar a proteção do direito fundamental à educação.⁵

Essas são as questões preliminares que se levanta para seu devido enfrentamento nos títulos a seguir, sendo oportuno, desde já, indicar ao leitor o que entendem dos autores por educação, encontrando, nas palavras de José Celso de Mello Filho, um norte seguro. Refere-se ele (1984, p. 418):

É mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: *a)* qualificar o educando para o trabalho; e *b)* prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático. A educação, processo contínuo e complexo que é, deve ser vista e analisada como um exercício de liberdade, na medida em que, desenvolvendo e ampliando a capacidade do educando, qualifica-o a compreender e avaliar, criticamente, as experiências ministradas pela realidade social. A aquisição de conhecimentos e a formação de uma consciência crítica integram-se no conceito global de educação.

Oportuno, então, concluir que a educação não é mera instrução ou, simplesmente, aprendizado. Portanto, seguirá muito além da sala de aula, de um professor e uma turma de alunos presentes, de um quadro e carteiras.

⁴ STF, RE 864.509, p.1-2, DJE nº 32, divulgado em 18/02/2015.

⁵ STF, RE 864.509, p.2, DJE nº 32, divulgado em 18/02/2015.

2. As teses confrontadas

2.1 Primeira tese confrontada: O direito à educação de qualidade

O artigo 6º da Constituição Federal⁶, que inaugura o capítulo II “Dos Direitos Sociais” pertencente ao Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, afirma que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A lição de Ingo Wolfgang Sarlet é oportuna a respeito da posição topográfica⁷ que o constituinte de 1988 empregou, pois pela primeira vez em Constituições brasileiras, os direitos e garantias fundamentais estão logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais (arts. 1º ao 4º), destacando maior rigor lógico, uma vez que tais direitos constituem parâmetro hermenêutico e são valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, bem como a “acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais” (2015, p. 67).

Referente ao direito à educação, o constituinte tratou do tema ainda no Título “Da Ordem Social” nos artigos 205 ao art. 214 (seção “Da Educação” integrante do capítulo “Da Educação, da Cultura e do Desporto”), regulando seus objetivos, princípios, garantias, condições, conteúdos mínimos, organização estatal e a vinculação de receitas tributárias. Segundo Sarlet, desta seção, configuram os artigos 205 ao art. 208, legítimos integrantes da essência do direito fundamental social à educação, pois além da fundamentalidade formal também está presente a material⁸. Assim, vamos nos dedicar a estes dispositivos por concordar com esta distinção dentro das perspectivas do tema.

⁶A legislação infraconstitucional está prevista, principalmente, nos seguintes diplomas: Lei 9.394/1996 (LDB - Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional), Lei 10.172/2001 (PNE - Plano Nacional da Educação); Lei 8.069/1990 (ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente); etc.

⁷ Para nós, não há dúvidas que os direitos sociais são direitos fundamentais, especialmente, em relação ao critério topográfico assimilado pelo constituinte, no entanto, há quem discorde desta designação, como Ricardo Lobo Torres que afirma que este critério, por si só, “não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais” e que embora diferentes, exibem características complementares. (“A cidadania multidimensional na Era dos Direitos”. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.279-280).

⁸Resumidamente, de acordo com Sarlet, “intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que de acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, ‘aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material’ [J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 509]. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo [...]. A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 75-76 e p. 348).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

Ao comentar o art. 205 (*“a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, 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”*) da Constituição Federal, José Afonso da Silva defende (2005, p. 784):

A consecução prática dos objetivos da educação, consoante o art. 205 – pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho –, requer que o Poder Público organize os sistemas de ensino público, para cumprir com o seu dever constitucional para com a educação mediante prestações estatais que garantam, no mínimo, os serviços consignados no art. 208. Este dever estatal com a educação implica que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cada qual com seu sistema de ensino, em regime de colaboração mútua e recíproca, destinem, anualmente, recursos específicos para o financiamento dos serviços educacionais, num mínimo não inferior às percentagens previstas no art. 212 da CF.

Este artigo, por si só, não estaria reconhecendo um direito subjetivo, que exija uma cobrança frente ao Estado na falta da concretização do direito à educação, conforme defende Ingo Sarlet, apesar de impositiva de tarefas e objetivos aos órgãos públicos (e ao legislador), a norma tem feição programática e eficácia limitada, estabelecendo fins genéricos e diretrizes a serem alcançadas e respeitadas pelo Estado, como parâmetro obrigatório a ser aplicado e interpretado (2015, p. 348).

O artigo 206 elenca um rol de princípios constitucionais do ensino, os quais se destacam a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I), como princípio derivativo da isonomia, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV) e que esteve presente em todas as nossas Constituições, exceto pela Constituição de 1891 e a garantia de padrão de qualidade (inciso VII). Segundo Marcos Augusto Maliska, referente ao primeiro princípio (2013, p. 1966):

O acesso e a permanência na escola devem ser vistos sob a perspectiva das diferenças, e isso significa, por exemplo, que o acesso de pessoas com deficiência física aos prédios deve ser garantido mediante rampas de acesso, que o indígena tem o direito de utilizar-se da sua língua materna e dos seus processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental, que a identificação de elementos de discriminação que acabam por impedir o acesso e a permanência de grupos da sociedade na Universidade merecem tratamento diferenciado, enfim, que sem desprestigiar o tratamento isonômico, os elementos de caráter não pessoal que possuem fundamento constitucional, aqui o direito à diferença e o direito ao pluralismo também devem ser levados em conta.

Frente ao segundo princípio referido, o acesso à gratuidade do ensino público⁹, ele está garantido expressamente como direito público subjetivo no §1º do art. 208 da

⁹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, reforça a gratuidade conforme prevê no item 1 do art. 26 que “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 dever ser

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

Constituição Federal (*“o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”*), bem como nos incisos I e II do próprio artigo em comento¹⁰. Não há outro direito fundamental que tenha recebido tal distinção textual na Constituição Federal. Esta condição municia, por si só, a exigência de cumprimento do que se estabelece com o direito à educação em relação à gratuidade da sua prestação nos termos propostos pelo constituinte. Caso a prestação seja deficiente, a Lei Fundamental não deixa dúvidas: *“o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”* (art. 208, §2º).

Já o artigo 207 prevê autonomia às universidades, e como também o artigo anterior, são dispositivos diretamente aplicáveis e dotados de plena eficácia. Neste sentido, o STJ decidiu, em sede de recurso especial, que *“a extinção antecipada de curso superior, ainda que por razões de ordem econômica, encontra amparo no art. 207 da Constituição Federal e na Lei nº 9.394/1996, que asseguram autonomia universitária de ordem administrativa e financeira, motivo pelo qual a indenização por dano moral será cabível tão somente se configurada a existência de alguma conduta desleal ou abusiva da instituição de ensino”*.¹¹

Quanto ao direito à educação de qualidade, como bem refere Rodrigo Albuquerque de Victor, *“não é pelo número de creches e escolas construídas que se mede a educação de um povo”* (2011, p. 84)¹², mas também pelo papel fundamental que exercem o transporte escolar, a merenda e programas de assistência social. O texto constitucional é rico em referências à qualidade como objetivo educacional.

Dentre os princípios configurados para o ensino está a *“garantia de padrão de qualidade”* (art. 206, VII, CF). Novamente, o texto constitucional autoriza a defesa da qualidade do ensino quando prevê que o Poder Público irá avaliar as escolas privadas por este parâmetro (art. 209, II, CF), bem como quando distribui competência à União para organizar um sistema federal de ensino, de forma a garantir um *“padrão mínimo de qualidade”* (art. 211, §1º, CF).

generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito”.

¹⁰“O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I- educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; [...]”.

¹¹ No caso concreto, *“a universidade teria comunicado previamente a extinção do curso, oferecido restituição integral dos valores pagos e oportunidade de transferência, o que demonstra transparência e boa-fé, não caracterizando, por conseguinte, nenhum ato abusivo a ensejar indenização por danos morais”*. (STJ, RESP 1155866 / RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 18/02/2015).

¹² O autor exemplifica ao referir, oportunamente, que *“crianças de tenra idade exigem cuidados especiais. De pouco adianta garantir acesso a creches e pré-escolas mal aparelhadas para estimular e educar o menor”* (p. 70).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

Por fim, o constituinte exige que a distribuição de recursos para financiar a educação, por parte da União, deverá assegurar, entre outros, a garantia de padrão de qualidade e equidade (art. 212, §3º, CF) e que o Plano Nacional de Educação - PNE, a ser estabelecido em lei, dentre diversos objetivos, deverá conduzir para melhoria da qualidade de ensino (art. 214, III, CF). Portanto, a qualidade¹³ que se propugna na educação não é casual, mas evidente e necessária para alcançar os fins que se buscam com este direito fundamental. Nas palavras de Eduardo Cambi e Giovana Zaninelli “a educação de qualidade, em todos os níveis e modalidades, para todos, é um direito humano essencial” (2014, p. 29).¹⁴

No entanto, mesmo diante de uma densidade normativa, Pontes de Miranda, ao seu tempo, já criticava a falta de conexão entre o discurso constitucional e legislativo ao direito da educação e a prática posta pelo Poder Público (1972, p. 348):

A ingenuidade ou a indiferença ao conteúdo dos enunciados com que os legisladores constituintes lançam a regra “a educação é direito de todos” lembramos aquela Constituição espanhola em que se decretava que todos “os Espanhóis seriam”, desde aquele momento, “*buenos*”. A educação somente pode ser direito de todos se *há* escolas em número suficiente e se *ninguém* é excluído delas; portanto, se há direito público subjetivo à educação e o Estado pode e tem de entregar a prestação educacional. Fora daí, é iludir o povo com artigos de Constituição ou de leis. Resolver o problema da educação, não é fazer leis, ainda excelentes; é abrir escolas, tendo professores e admitindo os alunos”.

A questão da qualidade da educação como direito público subjetivo também está diretamente ligada à permanência dos alunos nas escolas (art. 206, I, *in fine*). Com um ambiente hostil e precário, é improvável que haja condições de aprendizado. No caso concreto, a escola tinha uma quadra de esportes sem cobertura e não condizente às aulas de educação física. Neste sentido, Eduardo Cambi e Giovana Zaninelli apresentam dados recentes do censo escolar sobre a precariedade escolar (2014, p.29):

No Brasil, conforme dados do Pnad de 2009, apenas 32% das escolas estão ligadas à rede pública de esgoto e 62% utilizavam fossas sépticas. Um total de 7,4% das escolas públicas não estavam conectadas nem à rede de esgotos e nem possuía fossas sépticas. Quanto ao abastecimento de energia elétrica, cerca de 15,3 mil escolas públicas (9,4% do total), que atendiam a 514,7 mil alunos, não estavam conectadas à rede de distribuição ou possuíam alguma alternativa para a geração de eletricidade. Pelo Censo Escolar de 2009, 10% do total de escolas públicas não

¹³ Segundo Bruno Fraga Pistinzi, “deve-se mencionar que o acesso ao ensino de qualidade não se vincula apenas à destinação de verbas para seu custeio ou princípios, cuja intenção primordial é consagrar o direito evidenciado como um importante postulado merecedor da tutela constitucional” (“O direito à educação nas Constituições brasileiras”. *Revista de Direito Educacional*, vol. 2, p. 63, Jul / 2010).

¹⁴ De acordo com os autores, “a discussão a respeito da qualidade do ensino pode envolver diversos aspectos acerca de qual é o melhor método pedagógico, o tipo de escola, os insumos, os conteúdos, a forma de organização do tempo e do espaço de aprendizagem etc. É necessário refletir como e quais as melhores estratégias do poder público para aprimorar o ensino ofertado, bem como a mais adequada forma de financiamento, a estruturação da carreira docente, a divisão dos papéis na estrutura federativa etc”. (“Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania”. *Revista de Direito Privado*, vol. 59/2014, p. 29 –54, Jul – Set / 2014).

possuíam cozinhas, para o preparo da merenda escolar. Além disso, três quartos das escolas públicas no Brasil não possuíam laboratórios de informática (66% não tinham acesso à internet e 74% não dispunham de tecnologia de banda larga), quadras de esporte nem uma simples máquina fotocopadora; apenas 7% tinham laboratórios de ciências; 74% das escolas públicas não possuíam bibliotecas; 10.385 escolas públicas em todo Brasil (6,4% do total), onde estudam cerca de 700 mil alunos, não possuíam sequer banheiros, dentro ou fora do prédio escolar.

É importante observar que não só elementos materiais podem permear a questão, como também a própria instrução que deve ser levada para sala de aula, pois a partir dela se justificará o aparelhamento das escolas, p.ex., a inclusão digital na educação como dever estatal¹⁵ e a educação inclusiva em respeito aos alunos com deficiência¹⁶. De acordo com as concepções da UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, “a educação de qualidade para todos, como direito humano fundamental, está associada a três dimensões básicas: a equidade, a relevância e a pertinência”.¹⁷

Sinteticamente, a equidade está na intenção de buscar uma educação ajustada às necessidades de cada um, observada as capacidades individuais, para garantir o direito à igualdade de oportunidades, gerando condições para aproveitá-las. Em outras palavras, é oferecer mais para quem precisa mais e não apenas dispensar tratamento homogêneo, tendo em vista as desigualdades que as crianças chegam às escolas. A relevância e pertinência são dimensões estreitamente relacionadas entre si, pois a educação será relevante quando promove uma aprendizagem significativa, buscando alcançar as finalidades que se propõe, e pertinente, quando é flexível o suficiente ao considerar as necessidades e características dos estudantes no contexto da sociedade que participam.

Reforçamos, que entre os princípios constitucionais do ensino no Brasil, designação emprestada de Lélvio Maximino Lellis, o “*princípio do adequado padrão de qualidade do ensino*” ganha destaque, cujo conteúdo essencial está previsto na Lei Fundamental, a saber

¹⁵ Referência que não se pode ignorar diante do uso benéfico como instrumento de aprendizagem o uso da internet, de acordo com Catarine Gonçalves Acioli, em dissertação de mestrado de Direito para PUCRS, “as políticas públicas de inclusão digital, devido sua estrita vinculação com os direitos fundamentais à informação, educação e igualdade, além de consistirem em parte da dimensão objetiva daquele primeiro, concernem relevantes instrumentos para realização prática da dignidade humana na Sociedade da Informação, ao caracterizarem formas de as pessoas desenvolverem sua autonomia no meio eletrônico” (*A educação na sociedade de informação e o dever fundamental estatal de inclusão digital*. Porto Alegre: PUCRS, 2014, p. 117).

¹⁶ RIGOLDI, Vivianne. “Atendimento educacional especializado: do direito à educação especial à educação inclusiva”. In: DE AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Birigui: Boreal Editora, 2011, p.307-330. A autora muito bem observa que a “educação especial é a única maneira de o Estado assegurar à pessoa com deficiência o direito à educação, uma vez que, para cumprir os preceitos constitucionais relativos ao direito à cidadania (que se traduz pelo direito à educação), é necessária a dotação das salas de aula, da rede pública de ensino, de recursos materiais e humanos voltados para educar e preparar o deficiente, objetivando sua integração, se adequado, na rede regular de ensino” (p. 327).

¹⁷ *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*. Brasília: UNESCO, OREALC, 2007, p. 56.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

(2011, p. 198): a) oferecimento contínuo de educação escolar básica gratuita e de frequência obrigatória (art. 208, *caput*, I e §3º); b) cumprimento das normas gerais da educação escolar nacional e de autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209); c) fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental (art. 210, *caput*, §§1º e 2º); d) valorização dos profissionais da educação escolar (art. 206, V e VIII); e) reconhecimento e estímulo ao mérito docente, discente e institucional (arts. 206, V; 208, V; 209, II; 212, §6º; 213, §2º); f) auxílio econômico ao educando (art. 208, *caput*, VII); g) destinação dos recursos previstos na Constituição para o custeio da educação básica (art. 212, *caput*, e parágrafos).

2.2 Segunda tese confrontada: Princípio da Separação dos Poderes

De acordo com a Constituição Federal, textualmente, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º). Tal doutrina da separação de poderes¹⁸, a qual se adotou, provém de **Charles-Louis de Secondat**, barão de La Brède e de Montesquieu a partir de uma das suas mais célebres obras, “Do Espírito das Leis” (1748). Ocorre que as funções dos três Poderes não são exclusivas, mas preponderantes como se admite na doutrina moderna¹⁹. Assim, há funções *típicas* e *atípicas* exercidas por cada Poder estabelecido.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 44):

Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de Poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e deste com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de Poderes*, que é característica do Parlamentarismo.

¹⁸ Prefere-se divisão de funções. Nesse sentido, o “poder do Estado é uno, independente e afirmado pela sua soberania exercida em dois planos distintos, no plano internacional [...] e no plano territorial [...]. Esta unidade de poder, reconhecido leva à autoridade. Autoridade que se organiza para o cumprimento de funções e competências bem delineadas e sistematizadas no texto constitucional. Em qualquer plano [...], conduz a uma perspectiva de divisão horizontal e vertical do poder. Neste sentido, há separação horizontal na ausência de hierarquia e existência de igualdade de posições previamente destacadas na Constituição (caso do art. 2º da Carta de 1988) com finalidade de fixar recíprocos e simétricos condicionamentos da ação de qualquer dos órgãos apoderados. De outro modo, podemos descobrir uma separação vertical nas relações que se desenvolvem entre o Estado e os indivíduos ou grupos deles confrontadas com os sistemas de regulação, bem como, o conjunto de relações havidas pela divisão de competências que remanesce constitucionalmente entre os entes da federação” (SARLET, Ingo Wolfgang; e MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia – Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro. Observatório do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: FAFICH, 2011, p. 24).

¹⁹ Segundo Uadi Lammêgo Bulos, “o que existe, em verdade, é uma *separação de funções estatais*, porque o poder político é um só, não admitindo fragmentações, nem dicotomias. Mas, diante da sua unidade, ele desempenha tarefas por intermédio de três funções: a função Legislativa, a função Administrativa (ou Executiva) e a função Jurisdicional. Tais funções são conferidas a órgãos especializados para cada atribuição. Algumas funções são típicas, próprias ou preponderantes. [...] Em contrapartida, os órgãos estatais também exercem funções atípicas ou impróprias. São denominadas de *atípicas*, porque não são inerentes a cada órgão, mas sim secundárias ou subsidiárias. Assim, o Legislativo também administra e julga (arts. 51, IV, e 52, XIII); o Executivo julga e legisla (arts. 62 e 68, §2º) e o Judiciário legisla e administra (art. 96, I, *α e β*)” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.66).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

Neste sentido, Uadi Lammêgo Bulos afirma que o constituinte de 1988 conferiu “flexibilidade” ao princípio da separação funcional do poder notada em diversos dispositivos presentes na Constituição, legitimando a ingerência de uma função em outra, conclusão que se define como uma modificação sensível à clássica e tradicional disciplina tripartite das funções do poder.²⁰

Assim, não há dúvidas que o “vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura” (KRELL, 2000, p. 53), caso contrário, ficaremos à mercê da omissão estatal. A eficácia deste sistema depende do mecanismo dos freios e contrapesos (*check and balances*), cujo objetivo está em garantir a harmonia entre os Poderes.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a respeito do princípio da separação dos Poderes, a interferência do Poder Judiciário em outros Poderes somente é possível em situações excepcionais, conforme se colacionou na decisão em comento:

As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes.²¹

A excepcionalidade invocada pelos Ministros do Supremo está presente em outras decisões citadas pelo Min. Luís Roberto Barroso²², mas se analisarmos o contexto da omissão estatal às políticas públicas, o Poder Judiciário é garantidor, como regra, da concretização dos direitos sociais, em especial, à saúde e educação.

Concluindo, superada a doutrina tripartite, serve a lição de Karl Loewenstein, quando defende que há uma distribuição das funções do Estado a diferentes órgãos e

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. Cit.*, p. 66-67.

²¹ STF, ARE 761.127-AgR, Min. Luís Roberto Barroso, DJE nº 86, divulgado em 07/05/2014.

²² “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. [...] - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.” (RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

agentes, de forma não exclusiva, através de um controle recíproco, além de propugnar por uma nova divisão tripartida.²³

2.3 Terceira tese confrontada: Reserva do possível

A designação da *reserva do possível*, primeiramente, como muito bem coloca Ana Paula de Barcellos, “funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar o Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas” (2002, p.237).

De acordo com Fabiana Okchstein Kelbert, diferente do que está expressamente previsto na Lei Fundamental alemã, no Brasil não existe correspondência constitucional.²⁴ Mesmo assim, reconhece sua aplicação e os desdobramentos que implicam na restrição à concretização dos direitos fundamentais, especialmente, os direitos sociais que exigem prestações. Em outras palavras, quando estivermos diante da tese da reserva do possível, certamente, as prioridades (“escolhas trágicas”) ou limites orçamentários estarão em questão.

Reconhece-se que o direito orçamentário é complexo e exige, precipuamente, desempenho efetivo estatal. Aos Tribunais de Contas e ao Judiciário cabem o controle externo. Ocorre, conforme vem decidindo o STF, cabe a intervenção judiciária, visto que o Poder Judiciário não estaria inovando, pelo injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado, em especial, às políticas públicas, previamente, estabelecidas ao Poder Executivo.²⁵ Assim, não é possível invocar a teoria da reserva do possível para se desincumbir dos encargos constitucionais pela escassez de recursos e quanto à questão das “escolhas trágicas”.

²³ Loewenstein defende uma nova divisão tripartite, a saber: *policy determination, policy executione policy control*. (“Teoria de La Constitution”, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2.ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1979, p. 62).

²⁴ Traduzido o art. 109, §2º da LF alemã pela autora (“A Federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto”), tem razão quando afirma que “é duvidoso que se possa compreender a reserva do possível, no caso do direito constitucional brasileiro, nos mesmos termos em que foi desenvolvida na doutrina e jurisprudência alemãs”, no entanto, mesmo assim, conclui que “ela existe como um limite fático e jurídico à plena realização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais” (KELBERT, Fabiana Okchstein, *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 74 e 78).

²⁵ STF, ARE 855762 AgR / RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-102, publicado 01-06-2015. Neste sentido: ARE 875333 ED / RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-088, publicado 13-05-2015; ARE 745745 AgR / MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-250, publicado 19-12-2014; ARE 727864 AgR / PR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-223, publicado 13-11-2014; RE 581352 AgR / AM; Rel. Min. Celso de Mello, DJe-230, publicado 22-11-2013; RE 642536 AgR / AP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe-038, publicado 27-02-2013; ARE 639337 AgR / SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-177, publicado 15-09-2011.

Cola-se ementa do STF quando se decidiu sobre educação de deficientes auditivos e a contratação de professores especializados em Libras.

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁶

Esclarece Ingo Sarlet, que a reserva do possível não faz parte do núcleo nem dos limites imanentes dos direitos fundamentais, pois, em verdade, assume um papel limitador jurídico e fático dos mesmos, apesar de que em determinados casos possa garanti-los quando houver conflito de direitos, e diante dos critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial, valorizar aquele que preconiza fundamentalidade (ou maior qualidade para tal)²⁷.

Em resumo, mesmo que a própria Constituição Federal (art. 212) exija da União aplicação anual, “nunca menos” de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, “no mínimo”, da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, os governantes implicam em defender a escassez de recursos para destinar à educação, sem nem mesmo alcançar as exigências constitucionais, com o discurso da teoria da reserva do possível.

2.4 Quarta tese confrontada: Dignidade da pessoa humana

O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, entre eles, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Apesar da difícil tarefa de conceituação devido a seus valores que carrega e seus contornos abertos, na perspectiva jurídico-constitucional, Ingo Sarlet apresenta a dignidade da pessoa humana como (2015, p. 70):

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

²⁶ STF, ARE 860979 AgR / DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-083, publicado 06-05-2015. Neste sentido, é oportuna a colocação de Vivianne Rigoldi, pois “para que o Poder Público possa concretizar a inclusão social das pessoas com deficiência por meio de uma política educacional inclusiva, com respeito aos princípios fundamentais do Estado e aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de direitos e proteção das pessoas com deficiência, é imprescindível que as escolas regulares estejam efetivamente dotadas de recursos humanos e materiais capazes de desenvolver, tanto do ponto de vista social quanto intelectual, a pessoa com deficiência, por meio do trabalho de profissionais qualificados, aptos ao exercício da docência no acolhimento da diversidade e de gestores comprometidos com a busca da qualidade e do respeito aos direitos constitucionais dos alunos com necessidades especiais” (RIGOLDI, Vivianne. “Atendimento educacional especializado: do direito à educação especial à educação inclusiva”, p.327-328).

²⁷ Sarlet dispõe também que a reserva do possível apresenta, ao menos, uma “dimensão tríplice”, sinteticamente: 1) disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; 2) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (competências tributárias, orçamentárias, etc.); 3) proporcionalidade da prestação e a sua exigibilidade quanto à razoabilidade. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 296).

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 corresponsável 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.

Disso, é possível concluir que os direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, estão integrados ao conceito de dignidade humana proposto por Sarlet quando se sustenta que há uma dimensão dúplice e simultânea, por gerar direitos fundamentais negativos contra atos violadores, e por assegurá-la por medidas positivas (ou prestações) para construir a igualdade e a liberdade material como forma de promoção²⁸. Quanto ao direito à educação, em especial, como bem observa Denise Souza Costa, é possível enxergarmos uma dupla dimensão ao seu conteúdo em dignidade, cuja consciência de ambas está diretamente vinculada à educação²⁹.

Neste sentido, reporta-se também a Sergio Alves Gomes ao encontrar na educação as dimensões da dignidade da pessoa humana, principalmente, quando destaca que somente “ela é capaz de libertar o indivíduo e os povos das amarras da ignorância a respeito de seus próprios direitos, valores e dignidade, bem como sobre os direitos, valores e a dignidade do outro, de modo a ver neste um semelhante e não um inimigo” (2005, p. 53).

Apesar de não ter sido referido à decisão, ora comentada, nem mesmo ter correspondência expressa em nossa Constituição, o postulado do “mínimo existencial” se encaixa dentro da temática debatida³⁰. Segundo Ricardo Lobo Torres, integra a própria ideia de liberdade, igualdade e de dignidade humana, pois exige condições básicas de existência do homem, que não podem retroceder aquém de um mínimo, abrangendo, assim,

²⁸ De acordo com o autor, a “dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade” (“As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 32).

²⁹ Segundo a autora, “em relação ao direito à educação, identifica-se uma dupla dimensão no seu conteúdo em dignidade. A primeira é a capacidade individual de reconhecer e exigir a proteção da sua dignidade, vista como qualidade intrínseca da pessoa, que não pode ser concedida nem retirada, podendo, porém, ser violada. A segunda dimensão seria a de reconhecer e respeitar a dignidade do outro, inserido dentro da sociedade, como cidadão de um Estado Social Democrático, uma vez que todos têm dignidade, e sua preservação é condição da democracia” (COSTA, Denise Souza. *Direito Fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 95).

³⁰ De acordo com Rodrigo Albuquerque de Victor, “o direito à educação tem pelo menos dois bons motivos para figurar no rol de direitos minimamente exigíveis. A uma porque se revela direito basilar e essencial para o atingimento da personalidade e dignidade humana. A duas porque serve de ponte para uma plêiade de outros direitos igualmente essenciais para a dignidade do ser humano” (*Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

qualquer direito ainda que originariamente não-fundamental. Sintetiza o autor (1999, p. 263):

O mínimo existencial, portanto, como direito às condições da liberdade, exhibe o *status positivus libertatis*. A sua proteção positiva se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como ocorre na prestação jurisdicional, educação primária, saúde pública, etc. [...] A retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva de lei.

Em obra sinônima, o autor expressa que não é qualquer direito que pode ser transformado em *mínimo existencial*, mas somente um “direito a situações existenciais dignas”.³¹ Reflete, ainda que não seria um valor nem um princípio, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Seria uma regra, visto que se aplicaria por subsunção, constituindo direitos definitivos e não se sujeitando a ponderações (TORRES, 1999, p. 83).

2.5 Quinta tese confrontada: Proibição de retrocesso social

Pertinente às razões expostas, apesar de não constar da decisão em comento, faz-se necessário, mesmo que brevemente, elencar considerações sobre este princípio que auxilia na concretização dos direitos fundamentais diante das restrições que lhe impunham. Neste sentido, a observação de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 567):

Importa salientar que, tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vem reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas, que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados.

O Supremo Tribunal Federal, avaliando o direito fundamental social à saúde da criança e do adolescente, reconheceu a legitimidade do controle jurisdicional quando da omissão do Poder Público e o injusto inadimplemento dos deveres estatais de prestação, a qual justificou a atividade de fiscalização judicial pela “necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso)”.³²

O constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho, didaticamente, apresenta uma conceituação para qual determina como princípio, a saber:

³¹ Complementa o autor: “só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial [...]. O mínimo existencial é direito de dupla face: a) aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva; b) compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irreduzível” (TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.36-37).

³² STF, ARE 745745 AgR / MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-250, publicado 19-12-2014.

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial.³³

Quando o constituinte originário se importou, textualmente no §1º do art. 5º, assegurar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, e superado que os direitos sociais estão neste rol, tal norma-princípio busca atribuir a esses direitos, segundo Eliane Ferreira de Sousa, o máximo possível de efetividade, diminuindo, assim, a margem de discricionariedade de que dispõe o legislador, evitando o retrocesso social (2010, p. 30).

Conclusão

O tema sobre os direitos fundamentais sociais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é possivelmente um dos mais debatidos na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira devido à problemática da sua eficácia e efetividade³⁴. Quanto à eficácia, parece que não há dúvidas para doutrina majoritária que os direitos sociais têm aplicabilidade imediata. Ocorre que quanto à efetivação própria destes direitos, segundo Sarlet, há muitas resistências como direitos subjetivos, visto que tem sido responsável pela maioria das discussões, que vão desde “a delimitação do conteúdo em si da reserva do possível, até os limites da atuação jurisdicional nesta matéria, designadamente quando esta esbarra em escassez de recursos, limitações orçamentárias e de outra natureza” (2001, p. 268).

Como também adotamos a posição de que o direito à educação é um direito fundamental social prestacional (ou a prestações)³⁵, e, portanto, maior relevância é

³³ O autor ainda refere que “os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, um *garantia institucional* e um *direito subjetivo*” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 338-340).

³⁴ Sarlet trouxe esta impressão quando da comemoração dos 20 anos da promulgação da Constituição Federal (SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988”. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253). Em texto mais antigo, o autor comenta que “cada vez mais se torna perceptível que a crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como uma crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que esta se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade” (“Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, Vol. I, N.º 1 – Abril de 2001 – Salvador/Bahia). Se há consenso entre a doutrina e operadores do Direito, são que os direitos sociais estão sendo cada vez mais judicializados, em especial, saúde e educação. Diante da problemática trazida, Sarlet informa que a doutrina majoritária se apóia na aplicabilidade imediata não só dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Lei Fundamental, mas como também das disposições entre art. 6º ao 17º, por força do §1º do próprio art. 5º da Constituição, bem como de outros direitos localizados no texto constitucional e em tratados internacionais (*Op. cit.*, p. 263).

³⁵ A distinção dos direitos fundamentais quanto às dimensões negativa e positiva é tema que requer maior espaço, sendo assim, vamos apenas posicionar o direito à educação, pois tem como objeto prestações do Estado que visam “tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

creditada a um “custo” para que possa ser efetivado, questões como a *reserva do possível* são largamente defendidas para justificar a ineficiência da aplicação dos recursos necessários ao bem fundamental garantido pelo constituinte. A “má” Administração³⁶ não pode contornar direitos consignados expressamente na Lei Fundamental nem restringir a dignidade da pessoa humana à mera disposição de sobrevivência caótica e irracional.

Por outro lado, há campanhas de interesse público, como a “Campanha Nacional pelo Direito à Educação”, que buscam quantificar o custo do direito à educação pública de qualidade, propondo equações (como chamam de CAQi – Custo Aluno-Qualidade Inicial) para ampliar não só os gastos com educação como também buscar um controle eficiente e adequado da aplicação destes recursos.³⁷

As conquistas com a Constituição Federal de 1988, em especial, aos direitos fundamentais, não devem ser relegadas ao plano da discricionariedade estatal sob o argumento das “escolhas dramáticas” ou de construções dogmáticas datadas de 1748. Especificamente ao direito da educação, conforme bem aponta Ana Paula Barcellos (2007):

É possível afirmar que o Estado brasileiro está obrigado a, prioritariamente, oferecer educação fundamental a toda a população, sem qualquer custo para o estudante (CF, art. 208, I). Os recursos públicos disponíveis, portanto, devem ser investidos em políticas capazes de produzir esse resultado até que ele seja efetivamente atingido. Enquanto essa meta concreta não houver sido alcançada, outras políticas públicas não prioritárias do ponto de vista constitucional terão de aguardar.

Segundo um mapeamento sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito à educação a partir da promulgação da Constituição Federal vigente até o ano de 2011³⁸, a maioria tratava de vagas pleiteadas para crianças em creches e pré-escolas (36%) e, em segundo lugar, a inclusão de menor, vítima de violência sexual, em programa social (10%). O restante é dividido por diversas causas que não ultrapassam 6%, entre elas,

bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12.ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2015, p. 292).

³⁶ Em contrariedade ao direito fundamental à boa Administração, cujo defensor, Juarez Freitas, conceitua como o “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seu deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas” (FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à Boa Administração Pública*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21).

³⁷ Segundo a Campanha, o “custo aluno-qualidade até hoje nunca saiu do papel, nunca foi definido pelos governos, apesar de suas bases estarem previstas na Constituição Federal (1988), na LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996), na Lei do Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento no Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), no Plano Nacional de Educação (de 2001) e na Lei do Fundeb (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais de Educação)” (Vários colaboradores. *Educação pública de qualidade: quanto custa esse direito?* 2.ed. São Paulo: Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2011).

³⁸ Segundo ainda o levantamento, 157 demandas educacionais foram julgadas neste período, cujo campeão de relatoria/julgamento monocrático foi o Min. Celso de Mello (18,4%). (VIECELLI, Roberto Del Conte. “A Efetividade do Direito à Educação e a Justiciabilidade das Políticas Públicas na Jurisprudência do STF (1988-2011)”. *Revista de Direito Educacional*, vol. 5/2012, p. 211, Jan / 2012).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

destaca-se a carência de professores (4%), transporte para estudantes da rede pública (3%), acessibilidade de deficientes e o direito à educação (1%), etc.

Por outro lado, não é possível creditar ao Poder Judiciário todas as respostas ou ações prestacionais, ou como bem ilustra José Maria Tesheiner, converter o princípio da Inafastabilidade do Judiciário em “princípio da onipresença do Judiciário”³⁹. Neste sentido, Luís Roberto Barroso pondera por uma excessiva judicialização, onde “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública” (2009, p. 186).

Mesmo com estas ponderações, Mauro Cappelletti tem razão quando aponta que a legislação com finalidade social é muito diferente daquela tradicional, limitada às funções de proteção e repressão, pois os direitos sociais pedem para sua execução “a intervenção *ativa* do estado, freqüentemente *prolongada no tempo* [...]. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, [...] enfim, promover a realização dos programas sociais” (1993, p. 41), cujas novas implicações impõem-se aos juízes. E o que eles podem fazer? De pleno acordo com o jurista italiano, controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir na esfera social, cujos direitos já estão previstos textualmente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional como se demonstrou.

Diante da atividade de impor a promoção de programas sociais, tem-se o papel das medidas estruturantes, expressão cunhada do poder de *adjudication*, cujo objetivo especial é dar maior concretude às decisões judiciais dentro das burocracias estatais ao enfrentá-las para eliminar qualquer obstáculo de não realizá-las⁴⁰.

A arbitrariedade por omissão pela Administração Pública, como vício da discricionariedade insuficiente, segundo Juarez de Freitas⁴¹, reflete não só na falta de escolas públicas como também na ausência de controle de qualidade da educação oferecida exemplificados nos casos apontados neste trabalho. Assim, inevitavelmente, seguirá o Supremo Tribunal Federal *administrando* a educação de qualidade, cuja competência originária deveria ser do Poder Público.

³⁹ E complementa: “é de se perguntar até que ponto se justifica a intromissão do Judiciário na vida de associações, escolas, entidades esportivas e igrejas, para manter ou excluir associados, para aprovar ou reprovar alunos, para dizer quem é padre ou quem é bispo, para determinar quem pode ou não pode disputar a “Copa Brasil”...” (TESHEINER, José Maria. *Elementos para Uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33).

⁴⁰ As medidas estruturantes são baseadas na doutrina de Owen Fiss, um dos grandes pensadores da teoria geral do processo civil nos Estados Unidos da América. Para saber mais: JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁴¹ *Direito fundamental à boa administração pública*, p. 27-28. O autor exemplifica também caso comissivo quando a Administração Pública decida “começar uma escola em vez de dar prioridade a escolas inacabadas, provavelmente configurar-se-á arbitrariedade por excesso, com vício comissivo de descomedimento e antieconomicidade” (p. 85).

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Catarine Gonçalves. *A educação na sociedade de informação e o dever fundamental estatal de inclusão digital*. Porto Alegre: PUCRS, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. *Revista Diálogo Jurídico*. N. 15, janeiro-março de 2007, Salvador/BA.

BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. (Coords.) *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. “Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania”. *Revista de Direito Privado*, vol. 59/2014, p. 29 –54, Jul - Set / 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Tradução por. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Fabris, 1993.

COSTA, Denise Souza. *Direito Fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

DE MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo VI (arts. 160-200). 2.ed. São Paulo: RT, 1972.

DE VICTOR, Rodrigo Albuquerque. *Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à Boa Administração Pública*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GOMES, Sérgio Alves. “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 51, p. 53, Abr / 2005 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 3, p. 1101, Ago / 2011.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

KELBERT, Fabiana Okchstein, *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KRELL, Andreas J. "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

LELLIS, Lélío Maximino. *Princípios Constitucionais do Ensino*. São Paulo: Editora Lexia, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. "Teoria de La Constitution". Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2.ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1979.

MALISKA, Marcos Augusto. "Comentário ao art. 206". In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PISTINIZI, Bruno Fraga. "O direito à educação nas Constituições brasileiras". *Revista de Direito Educacional*, vol. 2, p. 63, Jul / 2010.

RIGOLDI, Vivianne. "Atendimento educacional especializado: do direito à educação especial à educação inclusiva". In: DE AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Birigui: Boreal Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível". In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. "Direitos fundamentais em espécie". In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

_____. "Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988". In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. "Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988". *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, Vol. I, N.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador/Bahia.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia – Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro. Observatório do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: FAFICH, 2011.

SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. "A superação da doutrina tripartite dos 'Poderes' do Estado". CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Orgs.) *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. Vol. IV. São Paulo: RT, 2011.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 7, N. 2 (2016). ISSN 1809-1873.

TESHEINER, José Maria. *Elementos para Uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na Era dos Direitos”. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIECELLI, Roberto Del Conte. “A Efetividade do Direito à Educação e a Justiciabilidade das Políticas Públicas na Jurisprudência do STF (1988-2011)”. *Revista de Direito Educacional*, vol. 5/2012, p. 211, Jan / 2012.

VV.AA. *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*. Brasília: UNESCO, OREALC, 2007.

VV.AA. *Educação pública de qualidade: quanto custa esse direito?* 2.ed. São Paulo: Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2011.