

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS : GARANTIAS FORMAIS E DESAFIOS MATERIAIS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICE: GARANTIAS FORMAL AND CHALLENGES IN EFFECTIVE MATERIALS THE RIGHT TO EDUCATION

Emanuele GIACHINI¹

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo tratar da efetivação do direito fundamental à educação por meio da intervenção judicial nas políticas públicas, levando-se em conta a fronteira entre o direito e a política. Averiguar, através da análise de casos concretos em decisões judiciais proferidas, o alcance e a abrangência da intervenção judicial na política pública de educação, à luz do Princípio da Separação dos Poderes, Legitimidade Democrática e capacidade institucional do Poder Judiciário. Analisar também as duas faces do direito à educação que compreendem o acesso à escola, bem como o acesso a um ensino de qualidade, que realmente efetive esse direito fundamental social, alcançando a sociedade em sua universalidade, sem restrições. Demonstrar as reais dificuldades na efetivação do direito à educação em busca de medidas que concretizem o previsto na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Educação; políticas públicas; direitos fundamentais; judicialização

ABSTRACT: This research aims to address the enforcement of the fundamental right to education through judicial intervention in public policy, taking into account the boundary between law and politics. Ascertain, through the analysis of specific cases given judicial decisions, the scope and the scope of judicial intervention in public education policy, in light of the Principle of Separation of Powers, Democratic Legitimacy and institutional capacity of the judiciary. Also examine two aspects of the right to education which include access to education, and access to a quality education, which really efetive this fundamental social right, bringing the company in its universality, without restriction. Demonstrate the real

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – Campus Jacarezinho – UENP. Graduada em Direito pela FIJ – Faculdades Integradas de Jaú – Jaú/SP em 2003. Advogada. Membro do GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Endereço eletrônico: emanuele_02@hotmail.com.

difficulties in ensuring the right to education, in search of measures giving effect to implement the provisions of the Constitution of 1988.

KEY-WORDS: Education, public policies, fundamental right, judicialization.

1. INTRODUÇÃO

Vinte e cinco anos se passaram entre o golpe militar de 1964 e a primeira eleição democrática direta, pós-ditadura militar, para presidente no Brasil. Esses vinte e cinco anos completados pela Constituição de 1988, representam, também, simbolicamente um processo de recuperação de transformações anteriormente iniciadas, mas antes de tudo, a consolidação de um processo de transição para uma democracia que constantemente se constrói.

Nessa transição, a educação parece ser ferramenta fundamental, e pela sua importância na formação da cidadania (sujeitos críticos, capazes de compreender códigos de linguagem, analisar criticamente a sociedade, compreender e buscar a efetivação de seus direitos e deveres), é necessário a conscientização de todos, e mais ainda do poder público, da necessidade de se garantir o acesso à educação ampla e irrestrita a todos, não apenas no âmbito formal, mas uma concretização material do que está prescrito.

Nesse contexto de expectativa de concretização dos direitos fundamentais, indubitável é que grande parte da população vive ainda uma certa segregação. As barreiras humanas e sociais impõem-lhes muitas restrições, tais como no exercício de seus direitos e garantias fundamentais. Confronta-se, assim, a dignidade da pessoa humana. E tal situação não condiz com o Estado Democrático de Direito, pois nega o exercício da cidadania a uma parcela de seus integrantes.

E, no caso do Brasil, que se incumbiu do dever de propiciar a todos os seus nacionais o acesso à cidadania, esse dever constitucional passa naturalmente pelo ensino.

A preocupação da Constituição de 1988, no que se refere ao direito à educação e medidas para sua efetivação representa, em certa medida, um amadurecimento histórico. Claro que não se fala aqui em evolução plena e absoluta do conceito de educação, mas sim no importante momento de ruptura de um Estado totalitário e militarizado, que foi o Brasil durante a ditadura militar entre 1964 e 1985², para a tentativa de construção de um Estado democrático social.

Destarte, a Constituição de 1988, buscou superar os conteúdos antidemocráticos e

² Formalmente delimitando, já que certas perversidades do pensamento militar ainda perduraram durante a tentativa de construção de uma democracia.

abrir-se para princípios democráticos, destacando, entre outros, a garantia de acesso à educação.

Mais do que garantir um direito social, a promoção da educação é requisito para o próprio desenvolvimento do país.

Observando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 3º da Constituição Federal, impossível deixar de atentar que para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promove o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, é necessário que saiamos do plano utópico e que haja a inclusão real das pessoas excluídas.

Segundo Bobbio, a existência de um direito implica sempre a existência de um sistema normativo, em que por “existência” deve-se entender tanto o mero fator exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. Para ele, a figura do direito tem como correlato a figura da obrigação.³

Neste sentido, desde a Constituição de 1988, pode-se acompanhar a crescente intervenção judicial nas políticas públicas relativas à educação, entre outros setores que não são objeto de estudo da presente pesquisa.

Essa intervenção, denominada de judicialização do direito à educação, tem gerado discussões no que tange ao Princípio da Separação dos Poderes, ao limite entre o direito e a política, que por vezes, é taxada como uma forma de ativismo judicial.

Importa ressaltar, que o direito pode ser lugar de transformação social, ou lugar de ratificação de um poder hegemônico instituído, e no Brasil, onde se lutou pela reconquista da democracia, os direitos sociais não podem constitucionalmente negar os padrões da participação popular e das liberdades individuais.

Dessa maneira, um dos principais desafios que ainda perdura é a concretização de uma transformação social e política que se dê de maneira ampla, e pensada debaixo para cima, ou seja, desde a vida concreta dos excluídos, para a erradicação da pobreza e potencialização do papel da democracia nas relações políticas, jurídicas e econômicas da sociedade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A EDUCAÇÃO: A GARANTIA DE UMA VIDA DIGNA.

³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.74-75.

Vivemos em um país e num mundo marcados por contrastes e desigualdades de recursos, oportunidades e direitos. Onde, cada vez mais, uns poucos concentram muito e a grande maioria sofre escassez e exclusão. Não se trata apenas de recursos financeiros, mas de outros bens e direitos, como espaço de participação, voz ativa, poder de decisão, informação e oportunidades de aprendizagem.

A Constituição de 1988, fruto de intensa participação popular, além de representar os anseios e lutas dos segmentos mais oprimidos, também simboliza a heterogeneidade social do país.

Neste sentido, a linguagem constitucional expressa na Carta Política brasileira, não traz um único padrão de políticas sociais, mas contempla, sobretudo, um conjunto de princípios cuja eficácia jurídica depende de certos condicionantes fáticos.

Sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os diplomas constitucionais brasileiros passaram a dar ênfase à universalização do direito à educação. E, finalmente, a Constituição de 1988, que o consagra como direito público subjetivo.⁴

O direito à educação está inscrito na Constituição da república brasileira como um direito fundamental social. Isso quer dizer uma garantia constitucional que alcança a sociedade em sua universalidade, sem restrições, ao menos jurídicas, quanto à sua aplicação.

Ainda, o direito à educação passou a ser articulado com os princípios fundamentais do próprio Estado: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E por falar em dignidade, Alexy esclarece: “[...] o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devam estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida.”⁵

A vida digna é aquela onde estão presentes valores essenciais para o desenvolvimento pleno da pessoa. Para isso, é necessário que esse conjunto de necessidades individuais, que configuram-se nos direitos sociais, sejam devidamente garantidos pelo Estado.

Para Luiz Alberto David Araújo, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade humana é “um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro.”⁶

Barroso ainda afirma:

⁴ Art. 208 (omissis) § 1.º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.355.

⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.102.

De tudo aquilo que já foi dito, fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições.⁷

E complementa: “Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.”⁸

Diante disso, a Constituição Federal é a ferramenta para a construção de um Estado Social, já que encontra-se pautada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade.

Certo é que, nos países que enfrentam graves problemas sociais, como é o caso da educação no Brasil, o Estado não pode se colocar na posição de mero espectador dos acontecimentos. Ao contrário, deve tornar eficaz todas as normas constitucionais protetivas dos direitos das pessoas, para que todos possam ter uma vida com dignidade.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes público, a dignidade é necessariamente algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerando o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade [...].⁹

A educação, nesse sentido, é muito mais do que alguns léxicos a conceituam.

Ela é a prática contínua e intermitente de se transmitir e receber informações, que se vão construindo com o tempo, por elas sendo o homem influenciado, ao tempo que as influencia, ajudando assim, a desenvolver o meio onde vive e, também, desenvolver-se.¹⁰

O direito à educação é mais amplo que o direito à escola, e que os processos educativos, pois permeia toda a vida das pessoas com diferentes dimensões e fases.

Concretizar o direito público subjetivo à educação, é uma forma de garantir um país

⁷ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da juriapudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.63.

⁸ Op. Cit., p.64.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.102

¹⁰ LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.2.

formado por cidadãos conscientes de seus atos, e esse é o grande desafio do Brasil, pois sem educação, não há cidadão.

A democratização da aprendizagem e a universalização dos direitos educacionais requerem tanto vontade política quanto uma sociedade civil fortalecida, com espaço e voz para poder participar efetivamente do sistema educacional. É preciso mudar a maneira de se definir e implementar as políticas e práticas educacionais, distribuindo, de maneira mais eqüitativa, os recursos para que a população brasileira possa desfrutar do direito à educação garantido pela Constituição Federal.

Muito embora esteja evidenciado no rol dos direitos sociais – artigo 6.º da Constituição Federal – pode-se dizer que houve um deslocamento do direito à educação para a categoria de direito fundamental, quando o legislador constituinte, atendendo ao reclamo da sociedade, estabeleceu no artigo 208, § 1.º, da Constituição Federal, que o acesso ao ensino obrigatório (este entendido como ensino fundamental, a teor do mesmo artigo, inciso I) e gratuito é direito público subjetivo.

Mais especificamente, o direito à educação tornou-se tão importante quanto o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, todos evidenciados pelo *caput* do artigo 5.º da Carta Magna, tendo como consequência a possibilidade de demanda independentemente de qualquer política pública que o evidencie.¹¹

A educação infantil é a raiz da educação básica, o ensino fundamental é o seu tronco e o ensino médio é seu acabamento.

Segundo a legislação brasileira, o direito à educação engloba o país, o Estado, a comunidade em geral e os próprios educandos, mas é obrigação do Estado garantir esse direito, inclusive quando o assunto é qualidade. Portanto, a qualidade é também uma das facetas do direito à educação e que requer uma ação positiva do Estado.

Devido à importância fundamental que o direito à educação representa para a sociedade, foi necessário alçá-lo ao núcleo imutável da Constituição, reconhecendo-o como direito fundamental.

Ainda:

Em se tratando, portanto, de direito subjetivo, tem-se-no como uma faculdade de obrigar, isto é, o credor (cidadão) tem o direito de exigir do devedor (Estado) o cumprimento da obrigação, sendo certo que a coação, no caso, far-se-á através do próprio Estado, pela sua funcional jurisdicional (Poder Judiciário), que se incumbirá de interpretar a norma constitucional, no tocante à educação básica, como determina a Carta Magna vigente.¹²

¹¹ Op. Cit., p.29-30.

¹² LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.30.

A educação promove a visão de mundo das pessoas, de uma forma a que superem a intolerância, o desrespeito, o preconceito e a discriminação, sendo também, ferramenta para a inclusão social.

Nesse sentido, Claudinei J. Gottems afirma:

Denota-se, da letra normativa, que a Constituição erigiu o princípio da universalidade como orientador do direito à educação, consistindo em direito de todos frente ao Estado, estabelecendo, também, o fim que deve nortear a consecução do ensino, elevando-a ao nível dos direitos fundamentais do homem.¹³

Mas não basta a previsão constitucional desse direito fundamental, e sim que ele seja proporcionado de forma eficaz a todos. “A eficácia máxima dos direitos fundamentais exige que ao definir o conteúdo dos direitos fundamentais, o intérprete aja da forma mais abrangente, ou seja, que mais garanta a eficácia desses direitos.”¹⁴

Assim, o acesso à educação pode ser considerado um marco divisor de águas, ao apontar a possibilidade e desenvolvimento individual, com base nas capacidades particulares de cada indivíduo, favorecendo o desenvolvimento social.

Por se tratar de um direito social dotado de fundamentalidade, a educação se revela ínsita ao desenvolvimento do homem enquanto ser social e culmina com sua dignificação, razão que impõe analisar o direito à educação não como uma norma meramente programática, sem eficácia imediata, mas, ao contrário, por se tratar de direito social, é exigível de imediato.¹⁵

Ainda:

Pese a positivação de ser somente o acesso à educação um direito público subjetivo, a interpretação que melhor garante a efetividade deste direito fundamental, especialmente no atual estágio evolutivo dos direitos desta magnitude, em países ditos periféricos, como é o caso do Brasil, deve caminhar no sentido de que não somente o acesso é direito público subjetivo, estendendo-se a todos os demais deveres estatais relacionados com a educação. Ou seja, as demais obrigações estatais, como as previstas no artigo 208, da Constituição e repetidos no artigo 54, do Estatuto da Criança e do Adolescente, circunscrevem-se no rol das prestações jurifundamentais em favor da sociedade.¹⁶

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9394, de 20.12.1996, que estabelece, em seu artigo 4.º, o dever do Estado com a educação escolar pública, demonstra,

¹³ GOTTEMS, Claudinei J. Direito Fundamental à Educação. Argumenta-Uenp. Jacarezinho. N° 16, p. 48, 2012.

¹⁴ BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez, 2002, p. 64.

¹⁵ GOTTEMS, Claudinei J. Direito Fundamental à Educação. Argumenta-Uenp. Jacarezinho. N° 16, p. 49, 2012.

¹⁶ *Op. Cit.*, p.50

novamente, tamanha importância dada à educação.

O não acesso à educação afeta o próprio desenvolvimento do país, uma vez que faz com que aumente a grande massa de homens sem qualquer profissionalização, minando o desenvolvimento do Estado e a própria democracia.

Neste diapasão, a exequibilidade do direito à educação encontra-se nas prestações positivas do Poder Público para garantir o acesso dessas pessoas ao seu próprio desenvolvimento pessoal, através do conhecimento.

Há que se considerar, ainda, em termos de legislação educacional, os pactos ou acordos internacionais, que ecoam no sistema jurídico interno dos países signatários. Neste sentido, o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1996, do qual o Brasil é signatário.

Por força do parágrafo 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004, se adotada a interpretação de que os tratados anteriores à essa Emenda tem *status* constitucional, referido Pacto, aprovado pelo país, pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991 e promulgado pelo Decreto Presidencial 591, de 06/07/1992, vige com força de norma constitucional.

O artigo 13, item 1, do Pacto, deixou ainda mais claro, o que estabelece o texto constitucional, reconhecendo o direito de toda pessoa (e aqui tratamos com destaque das crianças) à educação, devendo visar “ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”, e sendo instrumento de capacitação de todas as pessoas para que possam “participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Ainda, reforça que “a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.”

Neste sentido, declara Anna Cândida da Cunha Ferraz:

O direito à educação constitui o meio adequado e necessário para permitir ao cidadão que integre a sociedade à qual pertence e o mundo em que vive. Cabe à educação em geral despertar e reconstruir, no ser humano, o conhecimento integral que envolve os valores prestigiados na sociedade, seus direitos e seus deveres para com outros e para com a ordem social¹⁷.

A redação da EC 59 prevê em seu artigo 6.º que: “O disposto no inc. I do art. 208

¹⁷ SILVEIRA, Vladimir Oliveira; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches; COUTO, Mônica Bonetti (Org). Educação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p.96.

da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União.”

Desta forma, vemos que a intenção da constituinte de 1988 e todas as demais previsões legais, e alterações feitas por Emendas Constitucionais, foi tratar de forma detalhada o tema da educação, mas a partir de um ponto de vista do que podemos chamar de “educação formal”. Formalizar o processo educativo significa estabelecer sua concretização a partir de um ensino escolar estabelecido e institucionalizado pelo Estado, o que o Estado brasileiro realiza basicamente a partir de sua lei de diretrizes e bases da educação nacional.¹⁸

A ampla proteção legal ao direito à educação, deve-se ao fato de que ela representa o veículo mais relevante para a formação da pessoa enquanto cidadã.

Neste sentido, visa o desenvolvimento integral da pessoa, sendo, deste modo, de alta relevância social e irrefutável valor constitucional, que deve ser posto em prática, efetivado pelo Estado, ou seja, materializado.

Contudo, toda essa representação principiológica em relação ao direito à educação no Brasil, sua organização institucional, o dever do Estado e da família que daí decorre, apesar dos grandes avanços ocorridos nos últimos vinte e cinco anos, ainda se deparam com questões cruciais para a real efetivação educacional.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um novo sistema político, de cunho democrático, foi adotado no Brasil, incluindo o Judiciário no cenário político como guardião da Constituição¹⁹ e estabelecendo a força normativa da Constituição. Isso implicou em uma alteração na equação política que envolve o Legislativo e o Executivo, destacando-se nesse cenário as questões relativas às políticas públicas.

À medida que o legislador constituinte estabeleceu um amplo rol de direitos fundamentais sociais prestacionais, sua implantação depende das ações de governo manifestadas por meio das políticas públicas, elaboradas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Poder Legislativo, por meio de um sistema integrado de leis, previsto constitucionalmente e denominado de Sistema de Planejamento e Orçamento.

¹⁸ Conforme Lei 9.394 de 1996, cuja última alteração ocorreu por meio da Lei 12.796 de 2013, que veio a adaptar a sistematicidade da lei de acordo com a alteração realizada pela EC 59, de 2009.

¹⁹ Com a Constituição Federal de 1988 houve uma reestruturação dos órgãos que compõem o sistema de justiça com a definição de competências ao STF predominantemente constitucionais, o aumento da competência e fortalecimento do Ministério Público, a criação do Superior Tribunal de Justiça, a criação do mandado de injunção, o aumento daqueles legitimados para propor ADIN, entre outras alterações.

Posto que todos os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais conferem à educação o *status* de direito público subjetivo, e portanto de exigência imediata por parte dos detentores desses direitos, cabe ao Poder Público garanti-lo.

Desta feita, como uma das formas de efetivação dos direitos sociais, de modo a alcançar os objetivos constitucionais, e mais, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destaca o inciso terceiro, do artigo 3.º da Constituição Federal - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – é necessária a implantação das chamadas Políticas Públicas, que, na visão de Ana Carolina Izidório Davies são: “Ações governamentais, diretamente relacionadas à atuação do Poder Executivo, destinadas à satisfação de direitos fundamentais, em especial os de caráter social [...]”.²⁰

Embora existam outros meios eficazes para a efetivação, principalmente dos direitos sociais, as políticas públicas, são a forma mais adequada para a atuação do Estado, vez que vão de encontro às necessidades sociais, solucionando de forma justa e viabilizando o acesso a esses direitos fundamentais.

Para Valter Foletto Santin: “As políticas públicas têm ligação direta com o Estado Democrático de Direito, delineado no próprio preâmbulo da Constituição Federal e no seu art.1.º.”²¹

Portanto, o Estado Social e Democrático acessível a todos, só é possível por meio da criação e do perfeito funcionamento de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais.

Neste sentido:

Eis, por conseguinte, a real importância da existência e perfeito funcionamento de uma política pública: é a forma política mais justa e equânime de se garantir a fruição de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. É a uma das funções mais nobres do Poder Executivo no Estado desta jaez e a forma mais efetiva de se socializar direitos.²²

Para a concretização dos direitos fundamentais é necessário adequado planejamento

²⁰ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2010, p.30.

²¹ SANTIN, Valter Foletto, Controle Judicial da Segurança Pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 19.

²² SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2010, p.31.

de políticas públicas, viabilizadas pela destinação de recursos oriundos da arrecadação de tributos, tudo articulado por meio do Sistema de Planejamento e Orçamento, também previsto na Constituição. Há, inclusive, previsão constitucional entre planejamento e orçamento. É preciso planejar a despesa, a fim de atender, de forma mais eficiente possível, as necessidades da coletividade.

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

A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. [...] A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento.²³

E segue definindo políticas públicas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinado.”²⁴

A autora também observa que as políticas públicas estão inseridas no âmbito dos atos políticos que implicam no desenvolvimento de planos governamentais:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder [...] E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critério de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política.²⁵

Este também é o entendimento de Di Pietro, que explica que as políticas públicas “[...] se inserem na função política do Governo e serão executadas pela Administração Pública (em sentido estrito), no exercício da função administrativa propriamente dita.”²⁶

Há que se destacar, no entanto, que, a política que se instaura neste processo é a evitada de conceitos pejorativos, porque nem sempre o representante do povo está preocupado em atingir o bem coletivo, “[...] tendo a demagogia como risco inerente e, no caso brasileiro, os mandonismos locais e a dominação das oligarquias como riscos

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.259.

²⁴ *Op. Cit*, p.241.

²⁵ *Op. Cit*, p.242

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10.ed., atual. São Paulo: Atlas, 1999, p. 50.

acessórios.”²⁷ Isso faz com que, muitas vezes, não se atinja o objetivo almejado.

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

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumento de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.²⁸

No entanto, o que interessa para o controle da política pelo Judiciário, é o ato concreto dos administradores para a realização de um dever determinado constitucionalmente, qual seja, a garantia de acesso à educação. Esse dever consiste na materialização dos direitos fundamentais, portanto, do direito à educação.

Ainda, importa ressaltar que, na escolha da política a ser implantada pela Administração Pública, em que pese ser ato discricionário, há uma vinculação do motivo e do objeto ao interesse público, num exercício vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais. Há “[...] um estreitamento do espaço discricionário de atuação do administrador. [...] Sua ação discricionária deve ser a de buscar a melhor realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais”.²⁹

Assim, o ato que se apresentar contrário a esse parâmetro é ilegítimo e passível de controle pelo Poder Judiciário.

4. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

É incontestável o fato de que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – estão vinculados à efetividade dos direitos fundamentais. Desta forma, surge a discussão sobre a judicialização das políticas públicas e a medida do controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre os outros Poderes, no tocante à efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Primeiramente, em poucas linhas, já que não é objeto do presente estudo a referida matéria, há que se diferenciar os institutos da judicialização da política e o ativismo judicial,

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.243..

²⁸ APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.136.

²⁹ QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p.133.

baseando-se em estudos recentes sobre o tema. A judicialização é o fenômeno de se extrair interpretações da própria norma, a fim de se concretizar o direito fundamental que já está garantido; o ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas, o judiciário atua na ausência de normas.

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

Com o escopo de fomentar a transformação social, essa inovação constitucional proporcionou, por um lado a expansão do Poder Judiciário e, por outro, a redução dos limites da discricionariedade do legislador e administrador público, que encontram-se vinculados aos objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no artigo 3.º da Constituição Federal, e ao regime dos direitos humanos fundamentais.

Como outrora explanado, as políticas públicas são ações que competem ao governo, com a finalidade de materializar os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, essencialmente os direitos sociais de cunho prestacional, para a erradicação da desigualdade social.

Neste diapasão, indubitavelmente, compete ao poder Executivo e ao Legislativo a formulação e execução de políticas públicas, a fim de concretizar os direitos, nesse caso, o direito à educação.

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

Entretanto, vale ressaltar que, nesta seara, as decisões judiciais devem se ater a um grau de racionalidade e fundamentação plausível, a fim de evitar o arbítrio, a injustiça, ou até mesmo a execução de outras políticas públicas. Devem, portanto, as decisões, estar fundamentadas em parâmetros do próprio sistema jurídico.

Para Sarmento “[...] É perfeitamente possível postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e os institutos do ordenamento infraconstitucional, sem resvalar no decisionismo e na demagogia judicial.”³⁰

A judicialização das políticas públicas é consequência direta da inoperância dos

³⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, G.S.; SARLET, I.W. (Coord.). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

Poderes Legislativo e Executivo.

No entanto, importa ressaltar alguns pontos negativos na questão da judicialização para a efetividade dos direitos sociais.

A alocação de recursos se torna fato necessário, e constante na gestão pública orçamentária. Todavia, é justamente esta uma das maiores dificuldades de constatação nas decisões judiciais ao tutelar um direito judicial individual ou coletivo em que os litigantes se considerem preteridos pelo Estado. Isto porque ao se garantir judicialmente o direito social ou individual de um ou outro deixa de executar ações em benefício de um grupo mais extenso de cidadãos.

Outra grande discussão em torno da judicialização de políticas públicas, é a questão de se estabelecer limites a essa judicialização, dos limites entre o direito e a política, à luz do Princípio da Separação dos Poderes, da Legitimidade Democrática e da Capacidade Institucional do Judiciário. Isso porque, quando o Judiciário profere uma decisão determinando o cumprimento de certo direito social prestacional, como a garantia de vaga na escola pública ou a construção de rampa de acesso na escola, para deficientes, está proferindo uma decisão com viés político.

Contudo, não há judicialização da política, se as políticas públicas estiverem em conformidade com o direito e, acima de tudo, com a Constituição. Sob essa ótica, a política também possui um viés jurídico, pois cabe aos três Poderes a interpretação e a aplicação da Constituição.

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

A esse respeito, alerta Canotilho:

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro.³¹

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.559.

Quanto à legitimidade democrática do Judiciário na intervenção das políticas públicas, é pautada pelos fundamentos nos valores e princípios constitucionais, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, em consonância, portanto, com o princípio democrático estabelecido na Constituição de 1988.

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

[...] a linha divisória entre o político e o jurídico é muito mais tênue ainda, já que esses direitos exigem uma reconfiguração nos esquemas sociais, com o fim de atender a fins políticos sociais que passaram a ser jurídicos: liberdade, igualdade social, vida digna, etc.³²

Portanto, a judicialização das políticas públicas, como as voltadas para a efetividade do direito à educação, é um meio eficaz para preservar a democracia e os direitos humanos fundamentais, enquanto não há maior participação popular no processo democrático, que por sua vez também depende da efetividade desse direito à educação.

Vale destacar, ademais, que a educação, enquanto direito humano fundamental, alcança o cerne da dignidade da pessoa, porque permite ao ser humano a conscientização de si próprio, de sua história, e contexto democrático onde está inserido, impelindo-o a colaborar para a concretização de sua própria libertação e a libertação do outro, pois,

Quem, melhor que os oprimidos, se encontrará preparado para entender o significado terrível de uma sociedade opressora? Quem sentirá, melhor que eles, os efeitos da pressão? Que, mais que eles, para ir compreendendo a necessidade da libertação? Libertação a que não chegarão pelo acaso, mas pela práxis de sua busca; pelo conhecimento e reconhecimento da necessidade de lutar por ela. Luta que, pela finalidade que lhe derem os oprimidos, será um ato de amor, com o qual se oporão ao desamor contido na violência dos opressores, até mesmo quando esta se revista da falsa generosidade referida.³³

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais, onde se insere o direito à educação, são meios inarredáveis do exercício efetivo das liberdades, e garantia da igualdade de oportunidades, além de condição essencial para a concretização da democracia.

³² QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. A judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p.163.

³³ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p.31.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que um direito fundamental, a educação compreende o próprio processo de evolução do ser humano, desde o seu nascimento. Além do aprendizado técnico, há conteúdos éticos que são a todo momento exigidos pela própria sociedade.

A efetivação aos direitos relacionados à educação, além de ser o cumprimento de obrigações constitucionalmente estabelecidas, é a formação do próprio ser humano como cidadão, capaz de participar ativamente da política de seu país.

E ser cidadão é ter acesso a esse espaço público, que permite a construção de um país melhor, através da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, a falta de educação gera a ignorância ou o esquecimento das pessoas quanto aos seus direitos e garantias que devem ser concretizados e podem ser exigidos do Poder Público. É a chamada alienação, que se vê hoje, em larga proporção no país.

Torna-se, assim, um ciclo vicioso. A falta de educação que gera a ignorância com relação ao conhecimento dos direitos e deveres fundamentais, tanto individuais, como sociais e políticos, impedindo desastrosamente o seu exercício, bem como a própria reivindicação à sua efetivação, como no caso, do próprio direito à educação, afetando assim, a própria democracia do país.

Há que se considerar, ainda, que, em virtude da educação estar diretamente ligada em seu conteúdo à formação do ser humano digno, está intimamente relacionada à diminuição das desigualdades sociais e ao exercício das liberdades.

É dever dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário a prática de políticas que efetivem esse direito fundamental social prestacional.

Contudo, nos últimos tempos, tem-se verificado a ausência dessas políticas, ocasionando a chamada judicialização dos direitos sociais. Essa prática é questionada, uma vez que, proferindo uma decisão sobre política pública, o Judiciário estaria atuando em matéria política, que a princípio não lhe compete.

No entanto, tem-se verificado que o grande entendimento nas decisões dos Tribunais Superiores, tem sido favoráveis à judicialização do direito à educação, determinando que a administração cumpra de imediato o direito pleiteado, o que pode ocasionar um desfalque em verbas que seriam destinadas à efetivação de outro direito, da maioria.

Portanto, apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, é patente a necessidade de discutir a utilização deste meio para a resolução de

litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas, já que pode garantir um direito, em detrimento de outro.

A par disso, também se questiona a legitimidade do Poder Judiciário nessas decisões, além do Princípio da Separação dos Poderes.

O que se vê, portanto, é que é incontestável a atribuição dos três Poderes em dar efetividade aos direitos humanos fundamentais, através da interpretação e aplicação das normas constitucionais, cabendo principalmente ao Executivo a formulação de políticas públicas que, aprovadas pelo Legislativo, implantarão direitos fundamentais sociais, como o direito à educação.

Caso o acesso à educação não seja viabilizado pela implantação dessas políticas, ocorre a chamada judicialização, que é a intervenção do judiciário a fim de efetivar esses direitos, uma vez que legitimado pela própria Constituição, à medida que garante um direito humano fundamental.

1. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Igualdade e Liberdade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. 41ª. Edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Jurisprudência. Agravo de Instrumento AI 70057004848/RS. Relator Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Agravante: Município de Esteio; Agravado: Ministério Público. Julgado em 20/12/2013. Sétima Câmara Cível Comarca de Esteio. Decisão Monocrática. DJ Eletrônico 5243-4 21/01/2014.

BRASIL, Jurisprudência. Reexame Necessário REEX 20140100468/SC 2014.010046-8 (Acórdão). Relator Ministro Gaspar Rubick. Autora: Y. de L. H. S.; Réu: Município de Florianópolis. Julgado em 24/03/2014. Primeira Câmara de Direito Público Julgado.

BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em 19/05/2014.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CARVALHO, Ernani Rodrigues. *Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, Curitiba. N.23, p.115-126, nov.2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>; Acesso em 31 julho 2014.

COSTA, Ilton Garcia da (2010). *Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares*. Tese Doutorado. Pontífca Universidade Católica (PUC/SP). São Paulo, 2010. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed., atual. São Paulo: Atlas, 1999.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

GOTTEMS, Claudinei J. *Direito Fundamental à Educação*. Argumenta-Uenp. Jacarezinho. Nº 16, 2012.

HABERLE, Peter. *A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. In: SARLET, Ingo W. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição*

Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 19

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: LEITE, G.S.; SARLET, I.W. (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca, MARTA, Taís Nader. *Direito à Educação Inclusiva: um direito de todos*. São Paulo: Verbatim, 2013.

SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches; COUTO, Mônica Bonetti (Org). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org). *Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2010.

_____; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org). *Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva*. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2013.

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