

ATIVISMO JUDICIAL: A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA QUANDO DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO

JUDICIAL ACTIVISM: THE INTERVENTION OF THE JUDICIARY FOR EFFECTIVE OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION WHEN THE OMISSION OF THE PUBLIC

Adriana Regina Barcellos Pegini¹

<http://lattes.cnpq.br/7047153311459989>

Fabício Antonio Silva Miotto²

<http://lattes.cnpq.br/0260157069441760>

RESUMO: O art. 6º na Constituição Federal de 1988 garante o direito à educação no rol do mínimo existencial, impondo em seu art. 205 o dever do Estado a prestação desse serviço a fim de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Porém, por vezes, constata-se violação a dignidade das pessoas deficientes devido à omissão e ineficiência do poder público em efetivar as garantias e direitos fundamentais descritos na norma constitucional, quando para o acesso a educação necessitam de escolas especializadas. Diante dessa realidade, verifica-se o fortalecimento do Poder Judiciário, que através do ativismo remediador poderá, excepcionalmente e com razoabilidade, propiciar à concretização dos direitos fundamentais sempre que da sua atuação depender a garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Dignidade humana - Mínimo Existencial - Direito à educação inclusiva - Ativismo Judicial.

ABSTRACT: The art. 6 of the Federal Constitution of 1988 guarantees the right to education in the list of existential minimum, imposing in his art. 205 the duty of the State to provide that service to ensure the full development of the human person. However, sometimes it is observed violation dignity of disabled people due to inefficiency and failure of the government in effect guarantees and fundamental rights outlined in the constitutional norm, when access to education

¹Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Advogada. E-mail: adriana@barcellospegini.adv.br

²Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UNIVALI; Servidor Público da Justiça Federal do Paraná. E-mail: fabriciomiotto@hotmail.com

require specialized schools. Given this reality, there is the strengthening of the judiciary, which through remedial activism may, exceptionally and reasonably foster the implementation of fundamental rights whenever their actions depend guaranteeing human dignity, the foundation of a democratic state right.

Keywords: Human dignity - Existential min - Right to inclusive education - Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o acesso à instrução educacional faz parte do rol do mínimo existencial como elemento de constituição da dignidade da pessoa humana, o qual é fundamento instituído pela norma constitucional brasileira, haja vista se tratar de condição *sine qua non* para que se obtenha o pleno desenvolvimento tanto cultural como social de qualquer pessoa.

Por meio de uma metodologia descritiva e explicativa, realizada com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o presente trabalho tem por finalidade, demonstrar a partir do conceito de educação inclusiva que em casos de omissão do poder público, a intervenção do Poder Judiciário através do ativismo judicial tem se revelado necessária a efetivação do direito fundamental a educação para pessoas com deficiência.

Para tanto, inicialmente será realizada uma breve abordagem sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento maior do Estado Democrático de Direito, atentando para sua tutela constitucional, bem como para sua efetividade.

Na sequência, com o objetivo de melhor fundamentar o estudo, discorrer-se-á sobre o mínimo existencial de modo a demonstrar que a educação, como outros elementos que o compõem, é essencial para a realização da pessoa humana e formação de sua personalidade.

Passado este tópico, será abordado o direito à educação no âmbito constitucional, o qual será concluído com enfoque na educação inclusiva conforme referências legislativas.

Por fim, será demonstrado que a intervenção do Poder Judiciário através do ativismo judicial, em hipóteses de omissão do poder público, poderá prestar relevantes serviços à concretização dos direitos fundamentais, em especial a educação inclusiva como garantia da dignidade da pessoa deficiente.

1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A elaboração do conceito de dignidade teve início no posicionamento cristão, o qual reconhecia a pessoa como uma autoridade racional, bem como no princípio da eternidade da alma e da ressurreição do corpo. Segundo o pensamento tomista, o pressuposto da dignidade da pessoa vem a identificar-se com a liberdade.

De acordo com Elimar Szaniawski, a concepção tomista de transcendência da pessoa chegou a influenciar a política medieval, na qual é afirmado o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja liberdade é reivindicada contra o principado, sendo, portanto, permanente e ativa, pois para Tomás de Aquino, pessoa é aquilo que é revestido de dignidade.³

Não obstante, imperioso ressaltar que a valorização da pessoa como ser humano e a preservação de sua dignidade, recoloca o indivíduo como prioridade, principal destinatário da ordem jurídica.

Sendo assim, após a Segunda Guerra Mundial, com a condenação do nazismo, os direitos humanos passaram por uma reconstrução com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, em sede constitucional e nos tratados internacionais.

No Brasil, de acordo com o Art. 1º, III, da Constituição Federal brasileira a dignidade da pessoa humana, é o fundamento de maior destaque do estado democrático de direito, não podendo dessa forma, ser preterida ou violada, haja vista que tem como limite do domínio político da República, o indivíduo.

Isso porque, a República é uma organização política destinada a servir a pessoa cidadã, e não esta, a servir os aparelhos político-organizacionais⁴.

É no modelo de Estado Democrático de Direito, marcado pela supremacia da vontade popular, que se verifica o respeito à pessoa humana como elemento nuclear, pois, como ressalta Nina Ranieri:

O Estado Democrático de Direito é a modalidade do Estado constitucional e internacional de direito que, com o objetivo de promover e assegurar a mais ampla proteção aos direitos fundamentais, tem na dignidade humana o seu

³SZANIAWISK, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

elemento nuclear e na soberania popular, na democracia e na justiça social os seus fundamentos.⁵

Neste contexto, a dignidade humana, no sentido de atributo da pessoa que se refere à sua singularidade, é o fundamento jurídico de inúmeras normas, vez que, por conferir legitimidade ao Estado, por meio da limitação de seus poderes em face da pessoa não se restringe a apenas uma declaração filosófica, dada a sua força normativa concreta⁶.

Corroborando com o pensamento acerca da importância do fundamento da dignidade da pessoa humana, Daniel Sarmento ressalta que referido princípio representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado⁷.

Diante disso, destaca-se que a Constituição Federal de 1988 é um conjunto de princípios e regras destinadas à realização de um sistema aberto de valores, dentre os quais está inserido o princípio da dignidade da pessoa humana que assegura um espaço de integridade moral pela única razão de sua existência no mundo.

Destarte, observa-se quanto ao conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, que está intimamente ligado aos direitos fundamentais os quais estão associados aos direitos individuais, políticos e sociais.

A cerca da matéria, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais é indissociável. Pois, adverte que a dignidade é um valor intrínseco da pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável, por constituir elemento que qualifica o ser humano como tal, não podendo dele ser destacado, devendo ser respeitada, promovida e protegida⁸.

Em outras palavras, existindo como algo intrínseco ao ser humano, não pode ser criada, concedida ou retirada, uma vez que permanece em cada ser humano como algo que lhe é

⁵RANIERI, Nina. *Teoria do estado: Do estado de direito ao estado democrático de direito*. São Paulo: Manoele, 2013, p. 317.

⁶COSTA, Helena Regina Lobo. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

⁷SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen iuris, 2000.

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

inerente, cumprindo ao direito, o papel crucial na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, ao estabelecer a Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado Democrático de Direito, impôs ao Estado que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivar a sua promoção.⁹

Neste contexto, observa Oscar Vilhena Vieira que talvez essa tenha sido uma posição sábia do poder constituinte, vez que a característica multidimensional da dignidade, está associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar, etc. e, por isso, vinculada à realização de outros direitos fundamentais.¹⁰

A cerca da matéria, Ana Paula de Barcellos, destaca que: “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.¹¹

Não obstante, em que pese não existir um conceito universal de dignidade da pessoa humana, permite-se dizer que se houver desrespeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, ou ainda, se as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, bem como os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente efetivados, violada será a dignidade e conseqüentemente impedida a concretização da personalidade da pessoa humana.

Destacando a sobreposição da pessoa humana, Daniel Sarmento leciona que:

O princípio da dignidade exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais.¹²

Denota-se que o princípio da dignidade humana possui duas funções, uma, consubstanciada em impedir a degradação da pessoa humana, a outra em garantir o seu livre

⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 48.

¹⁰VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.

¹¹BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.128

¹²SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 111.

desenvolvimento, devendo o Estado, se abster de praticar ato degradante bem como, proporcionar o mínimo existencial, que dentre seus elementos se encontra a educação, para que a pessoa possa se desenvolver plenamente.

2 MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos da pessoa foram extensivamente incorporados pela Constituição Federal de 1988 e, como tais, passam a ser considerados fundamentais, concebidos então como condições (mínimas ou essenciais) para o atendimento das necessidades humanas¹³.

O Brasil, ao constituir-se em Estado Democrático de Direito atraiu para si, a responsabilidade de efetivar e tutelar a dignidade da pessoa humana, sem qualquer distinção, de modo a concretizar a realização dos direitos fundamentais a todos.

Nesse sentido, ao julgar Recurso Extraordinário proposto pelo Ministério Público cuja pretensão era a instalação de serviços de assistência integral aos idosos com deficiência mental, o Ministro Dias Toffoli referendando o mínimo existencial, asseverou que:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.¹⁴

Dessa forma, há que destacar que o núcleo elementar do valor da dignidade da pessoa humana é composto do mínimo existencial, expressão que identifica o conjunto de bens materiais

¹³ OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de. *Pressuposto jusfilosófico da inclusão social como fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry. (Orgs.). *Ensaio sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social*. Birigui: Boreal, 2010, p. 41.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rio Grande do Sul. Recurso Especial n. 609041. Min. Dias Toffoli. Brasília. 14 mai. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+609041.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/k3njzsh>. Acesso em: 10 fev. 2014.

e imateriais, além das utilidades básicas, indispensáveis ao desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana com o reconhecimento recíproco dos indivíduos em uma sociedade¹⁵.

De outro lado, para garantir o pleno desenvolvimento da pessoa bem como sua existência digna, há que se reconhecer que existem direitos dotados de eficácia jurídica positiva, oponível aos poderes constituídos e imunes a avaliações discricionárias e de puro pragmatismo, eis que, não estão sujeitos a ponderações, o que deve ocorrer com o mínimo existencial.

A cerca da matéria, Eduardo Gambi adverte que o conteúdo da garantia do mínimo existencial há de ser abrangido na vivência individual e social, através de desenvolvimento progressivo, cuja perspectiva aberta e casuística, deve ser sempre voltada à proteção da pessoa e sua respectiva dignidade, haja vista que se destina a evitar a perda total da função dos direitos fundamentais, de modo que seu conteúdo seja esvaziado e, portanto, destituído de sentido¹⁶.

No mesmo sentido, Jamile Coelho Moreno ressalta que o sistema fundamental e infraconstitucional de garantias e concretização dos direitos fundamentais e humanos, enquanto criação humana, jamais poderia divergir da natureza do seu criador: falível e em constante mutação, em busca de respostas mais eficazes para a proteção dos mais diversos interesses, de acordo com o tempo e o espaço, pois os bens jurídicos fundamentais, em particular a educação, compõem de maneira interindependente, o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas de qualquer ser humano¹⁷.

Ana Paula de Barcellos, partindo do exame da ordem constitucional, explica que:

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.¹⁸

Atente-se que a expressão “existência” significa o ser em concreto, ou seja, o próprio viver. Sendo assim, a garantia de um mínimo de existência condigna não se refere, tão-somente, à

¹⁵CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 393.

¹⁶CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 396.

¹⁷MORENO, Jamile Coelho. *Sistema Constitucional de Direitos e Garantias*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs.) *Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010, p. 207.

¹⁸BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

mera sobrevivência fisiológica e psíquica, mas, a tudo o que é necessário ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa e sua inclusão na sociedade.¹⁹

Neste contexto, são enfáticas as lições da Autora ao afirmar que:

Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo.

Ademais disso, há que ressaltar ainda, que o valor da dignidade da pessoa humana não se limita no direito a não intromissão na esfera individual e íntima das pessoas como membros de uma comunidade social bem ordenada, mas se estende a sua tutela na concretização do valor constitucional da solidariedade, de modo a contribuir para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária²⁰.

Nesta linha de pensamento, conclui-se que a educação, não é apenas um direito social fundamental com previsão constitucional, mas sim, um direito público subjetivo integrante do rol que compõe o mínimo existencial, essencial ao desenvolvimento da pessoa humana.

3 DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Inserido na classe de direitos sociais fundamentais do homem o direito à educação é também uma prestação positiva e prioritária do Estado, através da qual é possível promover o integral desenvolvimento da pessoa a fim de proporcionar o exercício da cidadania e inserção no mercado de trabalho.

O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo

¹⁹MORENO, Jamile Coelho. *Sistema Constitucional de Direitos e Garantias*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs.) *Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui, SP: Boreal, 2010, p.207.

²⁰CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.p. 396/397.

como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX²¹.

Neste contexto, a Constituição Federal em seu art. 205, determina que a educação é direito de todos, dever do Estado e da família sua promoção e incentivo com a colaboração da sociedade, conforme os princípios (art. 206), regras e prioridades por ela estabelecidas (arts. 207 a 214).

De acordo com Anete Maria Lucas Veltroni Schiavinato, educação compreende a estimulação dos alunos a desenvolverem capacidades que os tornem aptos a exercerem uma profissão, atuar como cidadãos e agir positivamente sobre seus ambientes, porém, sofre influência das expectativas e demandas dos diferentes segmentos da sociedade cada vez mais complexa, instável e difícil de definir²².

Sendo assim, pode-se afirmar que educação, mais do que aquisição e transmissão de conhecimentos, é o processo de humanização da pessoa que será preparada para a vida. É meio principal pelo qual a pessoa se constrói, haja vista que além da aquisição de conhecimentos, desenvolve capacidade intelectual, sensibilidade efetiva e habilidades psicomotoras.

De outro norte, é também a via de transferência das referidas habilidades para outra pessoa, o que corrobora para uma constante inclusão plena, social e econômica, de forma a melhorar a qualidade de vida e perspectivas de futuro.²³

Não obstante, importante ressaltar que conforme a vontade constitucional, a educação deve ser prestada de forma mais abrangente possível, observando-se, porém, que de acordo com o art. 227 da Constituição Federal, deve ser priorizada a prestação destes serviços para as crianças e adolescentes.

Ao abordar a matéria dentro da perspectiva do mínimo existencial, Ana Paula de Barcellos esclarece que:

Na ordem de prioridades constitucionais, segue-se ao ensino fundamental, e seus elementos acessórios, o atendimento a educacional para os deficientes físicos, o oferecimento do ensino médio – que deverá ser progressivamente universalizado

²¹LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das letras, 1998.p.127.

²²SCHIAVINATTO, Anete Maria Lucas Veltroni. *Pensar e repensar a inclusão social e os direitos fundamentais no ensino: aspectos relevantes do direito na educação*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry (Orgs.) *Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui: Boreal, 2010, p.106.

²³SCHIAVINATTO, Anete Maria Lucas Veltroni. *Pensar e repensar a inclusão social e os direitos fundamentais no ensino: aspectos relevantes do direito na educação*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry (Orgs.) *Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui: Boreal, 2010, p.114.

de forma gratuita – e, por último, o ensino superior. No que diz respeito ao ensino médio, os efeitos pretendidos pela Constituição, passados tantos anos de sua promulgação, já não os mesmos que em 5 de outubro de 1988. Embora o enunciado tenha estrutura de princípio, ele estabelece uma meta – a universalização do oferecimento de forma gratuita – e o efeito pretendido é que, ao longo do tempo, algum avanço razoável, seja observado em direção a essa meta.²⁴

Embora se trate de um serviço de caráter prioritário, entende-se como fundamental a educação oferecida durante aos primeiros nove anos de idade, nos dias de hoje, nona série do primeiro grau, compreendendo nesse direito, as prestações que assegurem condições de real aproveitamento ao aluno como: horário adequado, fornecimento de material didático, prestações de saúde e transporte quando necessários.²⁵

E, para que a educação chegue indistintamente a todos, o legislador constitucional impôs como dever do Estado, a efetivação desse direito aos portadores de deficiência mediante a garantia de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III, da CF).

3.1 DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Por um período muito longo, o deficiente foi colocado à margem da sociedade, época em que eram negados os mais essenciais direitos, dentre eles, a educação.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual o Brasil é signatário, o direito à educação pública e gratuita, deixou de estar condicionado ao desempenho, seja físico, auditivo, visual ou cognitivo, haja vista a categórica afirmação de que todas as pessoas nascem iguais em dignidade e direitos.

Outra grande evolução no reconhecimento dos direitos das pessoas deficientes, foi a resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1975, conhecida como Declaração dos direitos das pessoas deficientes, a qual, em respeito a dignidade humana, estabelece que possuem os mesmos direitos fundamentais que seus

²⁴BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 203.

²⁵BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 291.

concidadãos da mesma idade, qualquer que seja a origem, a natureza e a gravidade da deficiência, dentre eles a educação.

Seguindo a mesma postura, no Brasil com a promulgação da Constituição Federal, adotou como um dos princípios inclusivos a educação dos portadores de deficiências, o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, proporcionada preferencialmente na rede regular de ensino, conforme art.208, III, da CF.

Além de disciplinar o legislador constitucional sobre o direito à educação dos deficientes, não se revelou omissivo ao expressamente impor o dever do Estado de elaborar leis a fim de remover obstáculos físicos (art. 227, § 2º, CF) de modo a garantir o acesso adequado.

Diante disso, visando impedir a exclusão da pessoa com deficiência, a Constituição Federal de 1988, passou a garantir o direito fundamental à educação pública e gratuita assegurada por lei, preferencialmente na rede regular de ensino, a qual deve ser fornecida de forma adequada ao atendimento de suas necessidades.

Neste contexto, atendendo as disposições constitucionais, a lei 7.853/89 ao dispor sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, trouxe em seu art. 2º a incumbência ao poder público e seus órgãos de assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, incluindo-se a educação.

Complementando referida lei, o Decreto 3.289 de 1999 objetivando a integração e consolidação das normas protetivas, trouxe um conjunto de orientações normativas de forma a assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência.

A lei 9.394/96 de diretrizes e bases da educação nacional definiu em seu art. 58 a educação especial, garantindo em caso de necessidade, o apoio através de serviços especializados conforme as peculiaridades da clientela e condições específicas do aluno, quando impossibilitada a sua integração em classes comuns de ensino regular.

As iniciativas no sentido de tutelar o direito à educação aos deficientes não se limitaram nos diplomas legais acima destacados, cumprindo ainda mencionar, sem pretender esgotar a matéria, a Lei nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências; a Resolução CNE/CEB nº 2/2001, que instituiu diretrizes e normas específicas para

a educação especial na educação básica; o Parecer CNE/CEB nº 17/2001 que também aponta diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica; a Lei nº 10.172/2001 que aprovou o Plano Nacional de Educação – PNE, cujo texto estabelece diretrizes para a política de educação especial no Brasil e indica objetivos e metas para a política de educação de pessoas com necessidades educacionais especiais e, por fim, o Decreto nº 6.094/2007 que dispõe sobre a implementação do Plano de Metas e Compromisso Todos pela Educação, incluindo-se o empenho dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, para garantir o acesso e permanência das pessoas com necessidades educacionais especiais nas classes comuns do ensino regular, de forma a promover a inclusão educacional nas escolas públicas.

Sendo assim, é possível afirmar que através das iniciativas legislativas, incorporou-se a noção de que o sistema educacional deve estar centrado nos alunos, quaisquer que sejam as suas características.

Denota-se, contudo, que escola inclusiva é aquela que garante a qualidade de ensino educacional a cada um de seus alunos, observando e respeitando as diferenças de cada um deles de forma a reconhecer as habilidades e necessidades individuais de cada ser humano, sem qualquer prática discriminatória.

Em que pese ser considerado um direito fundamental social descrito na Constituição Federal, com normas regulamentadoras em leis infraconstitucionais, observa-se, infelizmente, a carência de efetividade do direito à educação inclusiva, já que, por vezes, é negado o devido acesso sob o argumento de que a escola não possui estrutura adequada ao atendimento do deficiente.

Isso quando não ocorre a aceitação da matrícula em escola regular, mesmo que não disponha dos aparatos necessários para atender o aluno de acordo com suas limitações, sob a justificativa de inclusão social.

A ausência de estrutura física da escola, incluindo-se a falta de capacitação dos professores, apesar das previsões normativas, decorre do fato de que o Estado não adequa os serviços para a finalidade que estabelece. Em outras palavras, pela omissão do Poder Executivo em executar o que está previsto em lei, o cidadão se depara com a impossibilidade de exercer seus direitos fundamentais, inclusive aqueles componentes ao mínimo existencial para o seu pleno desenvolvimento.

Diante dessa realidade, é possível a defesa dos direitos da pessoa com deficiência, por qualquer cidadão, podendo para isto, procurar os conselhos de representação desse grupo, órgãos públicos, ou Instituições – Ministério Público e a Justiça – que devam zelar pelos direitos da sociedade e hipossuficientes²⁶.

Contudo, evidencia-se que por vezes, a única via para se efetivar o direito à educação inclusiva é a prestação jurisdicional do Estado através do Poder Judiciário, que apesar de residual, tem exercido importante papel de efetivação.

Isso porque, os direitos e garantias fundamentais, como o direito à educação inclusiva, não podem se situar apenas no campo das promessas, necessitando para tanto, mormente por se tratar do mínimo necessário e existência, a intervenção de autoridade que possa impedir ações ou omissões capazes de afetar negativamente a vida digna.

Dessa forma, outra esperança não resta a quem não tem seu direito garantido pela falha dos serviços públicos, que não seja a intervenção do poder judiciário que no decorrer dos tempos, vem se tornando cada vez mais proativo em relação às causas que envolvem políticas públicas, especialmente aquelas que demandam proteção do bem comum, as quais requerem total dedicação e cuidado por se tratarem de assuntos ligados à coletividade alusivas a direitos e garantias fundamentais²⁷.

4 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial teve início com a expansão do Poder Judiciário após a Segunda Guerra Mundial e o fenômeno da judicialização política, o que resultou na inauguração da alteração no constitucionalismo contemporâneo caracterizada pela mudança do passivismo para o ativismo judicial. Seu surgimento ocorreu no sistema jurídico norte-americano, em que os

²⁶ATIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni. *O Direito de acesso da pessoa com deficiência e as instituições de ensino superior no Brasil*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry. (Orgs.). *Ensaio sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social*. Birigui: Boreal, 2010, p. 98.

²⁷CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. *Ativismo judicial: Limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui: Boreal, 2012, p.79.

precedentes são a principal fonte do direito onde a atividade jurisdicional implica na criação do próprio direito.²⁸

O ativismo judicial no Brasil teve seu marco inicial simbólico, na promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004, devido ao crescente estímulo a adoções de atitudes pró-ativistas, que se estendem a todas as instâncias judiciais ultrapassando a jurisdição do Supremo Tribunal Federal.²⁹

De acordo com a concepção de Willian Marshall, o ativismo judicial se apresenta em diferentes tipos, sendo eles:

1) Ativismo contramajoritário, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; 2) ativismo não originalista, quando os tribunais negam o originalismo da interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição; 3) ativismo de precedentes, quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriores estabelecidos; 4) ativismo jurisdicional, quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas; 5) ativismo criativo, quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional; 6) ativismo remediador, quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas; 7) ativismo *partisan*, quando os tribunais decidem com finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.³⁰

De outro norte, há que ressaltar que como forma de preservar seus fundamentos e impedir ameaça sobre direitos e liberdades mediante absolutismos, a Constituição Federal brasileira adotou em seu art. 2º, o sistema tripartido de poderes, que embora autônomos na

²⁸ROSA, Alexandre de Moraes; COPETTI NETO, Alfredo; TRINDADE, André Karam; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; STREK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 109-110.

²⁹ROSA, Alexandre de Moraes; COPETTI NETO, Alfredo; TRINDADE, André Karam; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; STREK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 115.

³⁰MARSHALL, William P., *Conservatism and the seven signs of judicial activism*. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, 2002, p. 101-140. In: ROSA, Alexandre de Moraes; COPETTI NETO, Alfredo; TRINDADE, André Karam; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; STREK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 111.

realização das funções do Estado, impõe funcionamento harmonioso mediante controle e limitações recíprocas.

A cerca da matéria, Montesquieu esclarece as razões desse sistema consignando que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca crie ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse unido ao Poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.³¹

Decorrente disto evidencia-se a distribuição das funções do Estado, competindo respectivamente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, fazer e aprovar leis, praticar atos de governo e julgar respectivamente, admitindo-se excepcionalmente, que o Legislativo julgue, o Executivo legisle e o Judiciário administre, conforme limites determinados em lei.

No tocante a excepcionalidade das atividades estatais em relação à garantia dos direitos sociais fundamentais, Flávio Pansieri observa que:

É superada a ideia de separação rígida entre os poderes, pois esta não responde aos dilemas atuais da sociedade, afinal, não se pode mais entender o Legislativo como simples elaborador de normas formalmente de acordo com a Constituição, o Executivo como implementador absoluto das políticas públicas e o Judiciário como simples regulador das relações privadas ou simples repressor do avanço do Estado sobre os Direitos Fundamentais Clássicos.³²

Neste contexto, há que ressaltar que falhando o Estado no cumprimento de seus deveres no sentido de garantir condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade da pessoa, dá lugar de proeminência ao Judiciário, que atualmente no Brasil, vem suprimindo a omissão dos demais poderes através do ativismo judicial remediador, capitaneado pelo STF³³.

³¹MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Marachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168. Apud FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 204.

³²PANSIERE, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*: Reflexões a partir do direito à moradia. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14.

³³MORENO, Jamile Coelho. *Sistema Constitucional de Direitos e Garantias*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs.) Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui, SP: Boreal, 2010, p. 106.

5 DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Segundo Mauro Capelletti, a expansão do papel do Poder Judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno³⁴.

Justificando a necessidade de intervenção do judiciário nas políticas públicas para garantir o mínimo existencial, Ada Pellegrini Grinover assevera que:

Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça. É esse núcleo central, esse mínimo existencial, que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas para corrigir seus rumos ou implementá-las.³⁵

Diante disso, tem-se que não garantir o exercício desses direitos, em particular a educação inclusiva, automaticamente está deixando o Estado de tutelar a própria dignidade do deficiente, ocasião em que, o Poder Judiciário exerce crucial papel no controle das atividades estatais, considerando que é de sua responsabilidade, ao lado da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, afastar qualquer ameaça a concretização da dignidade humana, fundamento basilar de todo Estado Democrático.

Isso porque, como bem esclarece Daniel Sarmento, o princípio da dignidade humana não representa apenas um limite para os Poderes Públicos, que devem abster-se de atentar contra ele, mas um norte para a conduta estatal, dado o dever de ação, destinada ao livre desenvolvimento da personalidade humana através da garantia efetiva das condições mínimas para a vida com dignidade.³⁶

E neste caso, a necessidade de uma jurisdição ativa através da intervenção do Estado-juíz dotado de consciência social e formação políticas suficientes para identificar as causas que reivindicam a sua interferência, é indispensável ao equilíbrio da sociedade com a minimização

³⁴CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.19.

³⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário*. In: SALLES, Carlos Alberto de. (coord.) *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Quartier latin, 2009, p. 109-134.

³⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p.113-114.

das desigualdades e a aproximação dos direitos fundamentais daqueles que somente os conhecem por ouvir dizer.³⁷

De acordo com Clarissa Tassinari, o ativismo judicial é um problema exclusivamente criado pelo direito com consequências em outras esferas, o qual se deve buscar o seu sentido antes de se apresentar uma resposta no âmbito do constitucionalismo democrático.³⁸

Embora louvável o posicionamento da referida Autora, imperioso destacar que, embora necessite de estudo mais aprofundado sobre o seu sentido, bem como extrema cautela com as posturas ativistas, fato é que, em determinados casos, se não for adotado, estar-se-á negando o fundamento da dignidade humana por completo abandono da sociedade pelo poder público.

Em que pese às severas críticas ao ativismo judicial, o que alias desde já, afirma-se não se pretender que o Poder Judiciário exerça a administração do Estado, tem-se que devido a notória ineficiência dos outros poderes, é o que vem, ainda que de forma limitada, ocorrendo no Brasil como forma de se efetivar direitos fundamentais essenciais a existência da pessoa humana.

39

Isso, não significa que o Poder Judiciário possa atuar sempre que o Poder Público falhar na prestação dos seus serviços, mas, zelar para que não ocorra a degradação da pessoa humana pela má administração.

De nada vale o reconhecimento de eficácia jurídica positiva de caráter fundamental a direitos, se não houver instrumentos aptos a proporcionar o pleno exercício. E neste caso, cabe ao Estado promover sua concretização, ainda que através da prestação jurisdicional do Poder Judiciário.

Neste contexto, mesmo concluindo pela necessidade de limites a liberdade interpretativa judicial, Cristiano Becker Isaia, enfatiza quer que:

Aceitando-se ou não o caráter ativista da atividade jurisdicional no modelo de Estado social de direito, a referida postura leva uma consequência inafastável, traduzida na invasão da política pelo direito, o que se justifica ante ao fato de que as pretensões sociais não se mostram resolvidas pela promoção de políticas públicas. Esse fenômeno, aliado aos novos movimentos sociais, intensificou

³⁷TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli Tavares. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.p.111

³⁸TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 56.

³⁹TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli Tavares. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.p.108.

ainda mais a procura pela jurisdição como meio de atuação do político, marca registrada do Estado de feição democrática de direito.⁴⁰

Não se olvida que melhor seria que o poder público, cada Poder na esfera de sua competência, cumprisse com os deveres estabelecidos na Constituição Federal no sentido de garantir o mínimo necessário à existência humana, mas, não é o que ocorre no Brasil.

Em hipóteses de ações ou omissões que prejudiquem o exercício dos direitos considerados como elementos do mínimo existencial, o Supremo Tribunal Federal expos o entendimento de que devido a sua dimensão política outorgada pela Constituição Federal, não lhe é permitido abdicar do encargo de tornar efetivos os direitos sociais, pena de comprometer a integridade e eficácia da própria constituição.⁴¹

Isso porque, inadmite-se que a pessoa humana fique a espera interminável de políticas destinadas a atender suas necessidades atuais e urgentes, ou que fique a mercê de uma política irresponsável e ineficiente, incapaz de proporcionar o mínimo para sua existência.

De acordo com Hélder Fábio Cabral Barbosa, há quem se revele contrário ao ativismo judicial sob a alegação de que esta atividade do Poder Judiciário seria um desvio de finalidade, o que no seu entendimento não ocorreria, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, em especial os fundamentais que gozam de autoexecutoriedade⁴².

Ademais, há que observar que a história da sociedade e das instituições, efetivamente demonstram que não raro, certos grupos encontram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país.

E como bem coloca Mauro Cappelletti, se considerar esta realidade, o processo jurisdicional é até o mais participatório que os demais processos da atividade política, vez que se exerce através dele, o direito fundamental de ser ouvido, característico de um sistema de governo democrático.⁴³

⁴⁰ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica*: A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45-46.

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal. ADPF 45 MC. Celso de Mello. Brasília. 29 abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>. Acesso em: 10 fev. 2014.

⁴²BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais*: A falácia da Reserva do possível. In ANDRADE, Fernando Gomes de. (org.) Estudos de direito constitucional. (org.). Recife: Edupe, 2011, p. 151

⁴³CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 100.

Destarte, no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais sociais, a Corte Suprema brasileira quando do julgamento da ADPF nº 45, bem esclareceu sobre a violação a Constituição Federal brasileira por comportamento omissivo ou comissivo do poder público, ponderando que:

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)⁴⁴.

Denota-se que, em casos concretos que envolvem omissões do Poder Executivo na concretização de direitos sociais, em especial, o exercício do direito à educação especial, caberá

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal. ADPF 45 MC. Celso de Mello. Brasília. 29 abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ao Poder Judiciário apreciar e concretizar os direitos fundamentais sociais, pena de também incorrer omissão de suas funções que é zelar pela efetividade das normas constitucionais.

Nesse sentido, inexistentes são as questões insuscetíveis de apreciação judicial relacionadas a direitos fundamentais o que, em observância ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve conduzir a processo decisório de efeito substancial, pelo qual a concretização deve ser colocada em grau superior de proteção do poder judiciário. Pois, cumpre a ele impor aos demais poderes os efeitos concretizadores das suas decisões, exercendo, dessa forma, o controle efetivo das políticas públicas.⁴⁵

Neste contexto, Mauro Cappelletti, esclarece que um Poder Judiciário razoavelmente independente dos caprichos da maioria, que seja suficientemente ativo, dinâmico e criativo, capaz ao mesmo tempo, de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face dos poderes políticos, pode contribuir para a democracia que não sobrevive em um sistema que os direitos e as liberdades fundamentais fiquem desprotegidos.⁴⁶

Sendo assim, importa observar que a educação é necessária à vida digna, cuja prestação positiva do Estado é imprescindível para garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana, porquanto vinculado ao direito da personalidade.

E justamente por isso, é que se revela totalmente insuficiente, a garantia desse direito oferecida pelo Estado ao disponibilizar tão somente o acesso ao ensino regular para pessoas portadoras de deficiência sob a alegação de se tratar de inclusão social como ocorreu quando da tentativa de extinção das APAES.⁴⁷

Se o direito a educação é considerado um dos componentes do mínimo existencial e as pessoas deficientes para usufruir desse direito, necessitam prestações especiais, deve o poder público fornecer de forma eficiente e especializada, não lhe cabendo justificar sua omissão nem mesmo na cláusula da reserva do possível.

Atento a estes fundamentos, o STF ao se manifestar a cerca da matéria, decidiu que:

⁴⁵MORENO, Jamile Coelho. *Sistema Constitucional de Direitos e Garantias*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs.) Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui, SP: Boreal, 2010, p. 213.

⁴⁶CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.107.

⁴⁷SACONI, Alexandre; ALBUQUERQUE, Filipe; HEIDRICH, Gustavo. *Com mais de 240 mil deficientes atendidos, Apae teme extinção*: Instituição mostra preocupação com possível corte de financiamento e novo PNE. Disponível em: <http://noticias.r7.com/educacao/noticias/com-mais-de-240-mil-deficientes-atendidos-apae-teme-extincao-20130925.html>: Acesso em: 10 fev. 2014.

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. – A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados (...)”(DJe de 15/9/11). RE609041/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 14/05/2013.⁴⁸

Do julgado acima, verifica-se que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação ativa, ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, a fim de manter, não somente a eficácia das normas constitucionais, mas, de garantir a dignidade da pessoa humana quando o poder público se omite das prestações positivas que lhe compete.

De acordo com o Censo do IBGE, de 2010, 37% das crianças com deficiência intelectual na idade escolar obrigatória por lei (5 a 14 anos) estavam fora da escola, número muito superior à média nacional, de 4,2%. Entre 2005 e 2011, as matrículas de crianças e jovens com algum tipo

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rio Grande do Sul. Recurso Especial n. 609041. Min. Dias Toffoli. Brasília. 14 mai. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+609041.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/k3njzsh>. Acesso em: 10 fev. 2014.

de necessidade especial (intelectual, visual, motora e auditiva) em escolas regulares cresceu 112% e chegou a 558 mil.⁴⁹

Acontece que nem todas as pessoas deficientes estão aptas a frequentarem a escola pública regular, o que demanda atenção do poder público a instituições especializadas com profissionais devidamente capacitados.

Dessa forma, considerando que a educação através de escolas é condicionante a inclusão da pessoa a vida pública, é preciso que o Estado também ofereça o serviço àquelas que não possuem condições normais ou facilitadas de acesso. É preciso atender também, àqueles que necessitem de serviços especiais, não sendo admissível a justificativa de ausência de recursos fundamentada na cláusula da reserva do possível.

Neste sentido, Alessandro Severino Valler Zenni presta importante esclarecimento sobre a atuação do Poder Judiciário no sentido de garantir a dignidade humana, lecionando que:

Adjudicar dignidade pela via judicial ao lesado é o maior compromisso do direito pós-moderno, que, infelizmente, comunicado ideologicamente, escamoteia os caracteres da vida, enxugando-a ao mínimo vital material, inclusive por outra muralha impiedante, designada de separação dos poderes.⁵⁰

Diante disso, imperioso que se atente para a importância de uma atividade jurisdicional pró-ativa e dinâmica, em especial quando vinculada a garantia ao direito do mínimo existencial, em especial à educação de deficientes, visto que, sua inclusão, não se refere apenas a inserção a escolas públicas regulares.

Pois, havendo omissão em atender as necessidades educacionais da pessoa de acordo com sua diferença, resta o ativismo judicial para concretizar o direito garantido inclusive pelos direitos humanos, a fim de que não se perca nos meandros da mera formalidade, da ineficiência, da inoperabilidade, de modo a reduzir a responsabilidade do Estado para com as obrigações jusfundamentais.⁵¹

⁴⁹Disponível em: <http://www.apabb.org.br/fique-por-dentro/2/visualizar/Cegos-voltam-a-enxergar-com-implante-na-retina-Alpha-IMS/3911/visualizar/Incluso-de-alunos-com-deficiencia-intelectual-cresce-e-desafia-escolas/3932>. Acesso em: 18 fev. 2014.

⁵⁰ZENNI, Alessandro Severino Valler. *O conceito de vida digna em perspectiva fenomenológica, metafísica e sistêmica*: uma proposta transdisciplinar para a ontologia do direito. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

⁵¹CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo judicial: *Limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional. Birigui: Boreal, 2012, p. 67.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal instituiu o Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade humana, o qual impede a degradação da pessoa humana e garante a busca pelo seu livre desenvolvimento, obrigando o Estado abster-se de praticar ato degradante bem como de proporcionar o mínimo existencial à pessoa.

Observou-se que o mínimo existencial é um complexo de prerrogativas necessárias a concretização das garantias mínimas para uma vida digna que está relacionada com a plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação.

O direito à educação é garantido como direito social pautado na igualdade de condições para o acesso e na permanência na escola com intuito de promover o desenvolvimento da pessoa humana e garantir seu pleno desenvolvimento.

Nesta seara, observou-se, além da previsão constitucional, leis infraconstitucionais que regulamentam o direito à educação inclusiva no Brasil. Todavia, verifica-se ofensa à esse direito caracterizada pela omissão do poder público na prestação positiva desses serviços quando seu destinatário é pessoa deficiente.

Sendo assim, em hipóteses de ações ou omissões que prejudiquem o exercício dos direitos mínimos existenciais, cumpre ao Poder Judiciário valer de suas prerrogativas no sentido de garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais humanos.

Diante disso, conclui-se que o ativismo judicial, através de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário poderá, com razoabilidade, interferir na esfera dos demais poderes com a finalidade de efetivar as garantias constitucionais e concretizar o mínimo existencial da pessoa humana, em particular a deficiente, notadamente ao direito à educação especializada, dada a extrema importância para o seu desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO DE PAIS, AMIGOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DE FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL E DA COMUNIDADE: banco de dados. Disponível em: <<http://www.apabb.org.br>. Acesso em: 18 fev. 2014.

ATIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni. *O Direito de acesso da pessoa com deficiência e as instituições de ensino superior no Brasil*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry. (Orgs.). *Ensaio sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social*. Birigui: Boreal, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. (org.) *Estudos de direito constitucional*. (org.). Recife: Edupe, 2011.

CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. *Ativismo judicial: Limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui: Boreal, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Helena Regina Lobo. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *O controle de políticas públicas pelo poder judiciário*. In: SALLES, Carlos Alberto de. (coord.) *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Quartier latin, 2009.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das letras, 1998.

MARSHALL, William P., *Conservatism and the seven signs of judicial activism*. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, 2002, p. 101-140. In: ROSA, Alexandre de Moraes; COPETTI NETO, Alfredo; TRINDADE, André Karam; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; STREK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, CADEMARTORI, Sérgio Tomaz de. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Marachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168. Apud FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MORENO, Jamile Coelho. *Sistema Constitucional de Direitos e Garantias*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs.) Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de. *Pressuposto jusfilosófico da inclusão social como fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry. (Orgs.). Ensaios sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social. Birigui: Boreal, 2010.

PANSIERE, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: Reflexões a partir do direito à moradia*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANIERI, Nina. *Teoria do estado: Do estado de direito ao estado democrático de direito*. São Paulo: Manoele, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSA, Alexandre de Moraes; COPETTI NETO, Alfredo; TRINDADE, André Karam; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; STREK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2000.

SCHIAVINATTO, Anete Maria Lucas Veltroni. *Pensar e repensar a inclusão social e os direitos fundamentais no ensino: aspectos relevantes do direito na educação*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Orgs.) Ensaios sobre os direitos fundamentais e inclusão social. Birigui: Boreal, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: banco de dados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2014 >.

SZANIAWISK, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli Tavares. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. *O conceito de vida digna em perspectiva fenomenológica, metafísica e sistêmica: uma proposta transdisciplinar para a ontologia do direito*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.