

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO - UNINOVE
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CHRISTIAN ROBERT DOS RIOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA E SEUS REFLEXOS
NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**SÃO PAULO
2016**

CHRISTIAN ROBERT DOS RIOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA E SEUS
REFLEXOS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

SÃO PAULO
2016

CHRISTIAN ROBERT DOS RIOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA E SEUS REFLEXOS
NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação da Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

São Paulo-SP, ____ de _____ de _____

Presidente: Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Membro:

Membro:

SÃO PAULO
2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora, a Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, pela competente orientação.

Agradeço a Universidade Nove de Julho – UNINOVE, por tornar este sonho possível.

Agradeço a minha esposa e a minha filha pelo apoio incondicional.

Agradeço ao meu irmão Bruno Carlos dos Rios por me fazer crer e realizar.

Agradeço a Viviani Almeida Curvelo, Analista em Pesquisa do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE, pelo empenho e eficiência no auxílio prestado a esta pesquisa.

RESUMO

A atual divisão teórica dos direitos humanos em distintas dimensões afasta-se da noção de sucessão geracional e se aproxima das ideias de expansão, cumulação e complementariedade. Em permanente dinâmica de interação, o conjunto de direitos fundamentais não se constitui de categorias isoladas e estanques, mas forma um todo inter-relacionado. É nesse processo-movimento que vão se formando e conformando os direitos fundamentais. Os direitos de primeira dimensão, após a crise do liberalismo, foram complementados pelos direitos de segunda dimensão, incluindo-se entre estes o direito à educação como via de desenvolvimento humano conducente a uma maior igualdade entre as pessoas. Os direitos de terceira dimensão abrangem o direito ao desenvolvimento, este compreendido como um processo alicerçado nos ideais de solidariedade tendente à redução das desigualdades e da pobreza. A sustentabilidade adere ao conceito de desenvolvimento para situá-lo como um processo harmônico de atendimento das aspirações das gerações atuais e futuras. O desenvolvimento sustentável marca a congruência entre o direito à educação e ao desenvolvimento, relacionando o avanço solidário da cultura, da ciência e da tecnologia à expansão das capacidades e habilidades pessoais. A educação é um processo escalonado de desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento críticos necessários para o pleno exercício das liberdades. Sendo direito subjetivo constitucionalmente consagrado, uma vez judicializado, o direito a educação básica deve receber do intérprete significação pautada tanto nos métodos clássicos de interpretação quanto nos instrumentos próprios da hermenêutica constitucional, provendo-se assim a força normativa da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, nos precedentes que julgou, adotou o entendimento de que a educação é encargo político-jurídico inescusável que vincula todos os agentes públicos, sendo incumbência excepcional do Poder Judiciário impor essa prestação, sem que se possa falar em desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes ou invocar a reserva do possível. Ao concretizar o direito à educação, o Estado faz cumprir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o desenvolvimento como expressamente elencado no art. 3º, II, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Judicialização de direitos fundamentais; Educação básica; Desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT

The current theoretical division of human rights in different dimensions moves away from the notion of generational succession, and approaches the ideas of expansion, cumulation and complementarity. The universality of fundamental rights is comprehended in the plane of unity and indivisibility, being a result of the formalization and institutionalization of the human rights in a determined historical, social, political, cultural and juridical context. In a permanent dynamic of interaction, the group of basic rights is not represented by isolated and restricted categories, but it makes a interrelated entire. It is in this process that basic rights are forming and shaping the fundamental rights. The first dimension rights, after the liberalism crisis, were complemented by the second dimension rights, including among these the right to education as a way of human development, leading to a bigger equality between the people. In the continuous process of human rights expansion, the third dimension rights arises. The third dimension rights include the right to development, this understood as a process founded on the ideals of solidarity and aimed at reducing inequalities and poverty. The sustainability adheres to the development concept to situate it as a harmonious process of meeting the aspirations of present and future generations. The sustainable development marks the congruence between the right to education and the right of development, relating the solidary advancement of culture, science and technology to the expansion of personal capacities and skills. Under the federal constitution's Empire, the social rights are subject to immediate enforcement regime (art. 5, § 1), setting enforceable rights of state entities. Being a subjective right constitutionally guaranteed, once judicialized, the right to basic education should receive from the authentic interpreter a significance, guided by the classic methods of interpretation and by the very instruments of constitutional hermeneutics, thus providing the normative force of the Constitution. The Federal Supreme Court, in the precedents it judged, adopted the understanding that education is an inexcusable political and legal obligation that binds all public officials, being exceptional responsibility of the Judiciary enforce this provision, without being able to speak in violation of the principle of separation of Powers or call the reservation possible. By establishing the right to education, the state enforces the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil, especially the development as part listed explicitly in art. 3, II of the Federal Constitution.

Keywords: Judicialization of fundamental rights; Basic education; Sustainable development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DA UNIVERSALIDADE ABSTRATA DOS DIREITOS HUMANOS À UNIVERSALIDADE CONCRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1 EVOLUÇÃO DIMENSIONAL: A DENSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	16
1.2 A PRIMEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.3 A SEGUNDA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.4 A TERCEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
2 O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA.....	28
2.1 EDUCAÇÃO BÁSICA	34
2.2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	35
2.3 A EDUCAÇÃO BÁSICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	40
2.4 DESPESAS OBRIGATÓRIAS E EDUCAÇÃO.....	42
2.4 DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA E DESENVOLVIMENTO.....	45
3 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	56
3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES	57
3.2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL	61
3.3 A INAFASTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	65
3.4 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS.....	68
3.5 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	79
3.6 O DIREITO À EDUCAÇÃO JUDICIALIZADO	85
3.6.1 O Agravo 639.337	88
3.6.2 O Agravo 474.444	90
3.6.3 O Recurso Extraordinário 410.715	92
3.6.4 O Recurso Extraordinário 436.996	94
4. CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS:	99

INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado está relacionado às necessidades humanas de viver em conjunto, já que isolado o homem não se basta para suprir suas necessidades básicas. Nesse contexto, o Estado é concebido com vistas ao atendimento das imprescindibilidades do agrupamento humano. Assim, buscando-se resguardar o bem-estar social, atribuiu-se ao Estado o governo da vida em sociedade por meio da edição e aplicação de preceitos gerais.

Com a evolução das sociedades organizadas, surgiu o Estado Democrático de Direito com o fim primordial de assegurar direitos e frear o arbítrio do governante. O núcleo essencial desta criação é a compartimentação do poder em setores distintos e independentes entre si. Esse modelo foi se aperfeiçoando até a formatação da atual divisão das funções públicas em três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

O modelo de divisão tripartida do poder representou um largo passo rumo aos ideais da Democracia, mas a independência dos poderes resultou em abusos por parte dos titulares, o que revelou a necessidade de instituírem-se formas de controlar as condutas das autoridades públicas em nome da preservação do modelo democrático.

Em 29 de abril de 2004, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a judicialização é meio idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto constitucional, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.¹

Naquela oportunidade, a Corte Constitucional admitiu a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal. Uma das manifestações desse encargo, segundo o próprio Supremo, é tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas.

Para o Supremo Tribunal Federal, quando o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, compromete, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional, a jurisdição constitucional deve intervir para sanar o vício de inconstitucionalidade e assegurar a eficácia e a integridade dos direitos individuais e/ou

¹ Cuida-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45 - DJ 04/05/2004.

coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

A intensa repercussão do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal coloca em evidência a complexidade da temática, máxime quando nas decisões proferidas pela Corte Constitucional ficam apenas latentes os reflexos dessa atuação excepcional do Poder Judiciário.

O tema da judicialização do direito à educação básica reveste-se de grande relevância e suscita controvérsias, sobretudo diante do cenário de supostas limitações de recursos orçamentários para a oferta desse direito prestacional de forma efetiva por parte do Estado.

Grande parte dos debates em torno do tema centram-se basicamente na tensão entre os Poderes e nas questões pragmáticas impeditivas, situando a dimensão do direito à educação básica em circunscritos contornos e ignorando, assim, a multiplicidade de significações subjacentes ao direito à educação.

Levando-se em conta a atualidade das reflexões sobre a necessária conciliação entre jurisdição e sustentabilidade, bem como a área de concentração e a respectiva linha de pesquisa às quais está vinculado este trabalho, optou-se por investigar uma subjacência pertinente da concretização do direito à educação pelo Poder Judiciário: o desenvolvimento sustentável.

Esclareça-se, todavia, que os reflexos práticos da judicialização sobre o desenvolvimento escapam aos objetivos desta pesquisa, eis que o que se pretende investigar são as irradiações jurídicas da educação sobre o desenvolvimento desde a judicialização do direito à educação. Contudo, buscando-se estudar as fontes axiológicas inspiradoras da constitucionalização do direito à educação e do desenvolvimento, as relações entre educação e desenvolvimento serão analisadas na perspectiva da sociologia jurídica².

Para delimitar-se a pesquisa e se suprirem eventuais vácuos semânticos, o desenvolvimento objeto de investigação é o processo relacionado a avanços sociais e econômicos – visto como meios para a melhoria da qualidade de vida e o bem-estar das gerações presentes e futuras –, em seus fundamentos constitucionais.

Partindo-se do estudo dos fundamentos constitucionais sobre a matéria, o direito ao desenvolvimento humano necessário para oferecer às pessoas condições de participação significativa nas questões que envolvem aquele processo de avanços sociais e econômicos será investigado nas articulações possíveis entre as conformações jurídicas da educação e do desenvolvimento.

² A sociologia do direito ou sociologia jurídica põe em jogo as interações entre Justiça, Estado e Direito, e aparecem como recursos teóricos que conciliam a ciência jurídica às ciências sociais. (MADEIRA; ENGELMANN, 2013, p. 185)

É de se atentar para a exígua contribuição que a comunidade científica tem oferecido em relação às conexões normativas entre educação e desenvolvimento, impondo-se investigar a matéria a partir da fundamentalidade³ que orienta esses tópicos.

A evidenciação dos delineamentos constitucionais das relações entre educação básica e desenvolvimento, todavia, remete a pesquisa a um questionamento: a judicialização do direito à educação produz reflexos no processo de desenvolvimento?

Reafirme-se, por oportuno, que os reflexos de que trata esta pesquisa referem-se às radiâncias jurídicas da concretização do direito à educação sobre o desenvolvimento desde a judicialização, com enfoque na Constituição Federal.

Pretende-se compreender a transcendência dessa espécie de prestação jurisdicional, investigando-se a ultrapassagem da judicialização do direito fundamental à educação para os postulados constitucionais relacionados ao desenvolvimento com justiça social.

A investigação projeta-se, inicialmente, na direção das normas constitucionais tocantes ao direito à educação e ao desenvolvimento, analisando-se a evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em sua universalidade, inter-relação e cumulatividade.

No segundo capítulo, estuda-se o direito à educação básica desde a abrangência e a significação do termo “educação” até a conformação jurídica desse direito social no âmbito do ordenamento nacional.

Ainda no segundo capítulo, pretende-se investigar as normas constitucionais que conexas o direito à educação e o desenvolvimento sustentável.

O terceiro capítulo dedica-se ao estudo dos fundamentos legitimadores da judicialização, examinando-se a garantia de acesso à justiça, a separação dos poderes, os cânones de interpretação das normas constitucionais de direitos sociais, a tensão entre a reserva do possível e o mínimo existencial, para, finalmente, analisar-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no trato da judicialização do direito à educação e as interações entre essa matriz concretizadora e a configuração constitucional do desenvolvimento.

Utilizar-se-á, preponderantemente, o método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

³ Refere-se esta pesquisa à concepção normativa de fundamentalidade: “La fundamentalidad de la norma fundamental del ordenamento jurídico, la constitución, lo cual significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata, y, como fuente de las demás fuentes del ordenamento.” (BASTIDA, 2009, p. 117).

1 DA UNIVERSALIDADE ABSTRATA DOS DIREITOS HUMANOS À UNIVERSALIDADE CONCRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A universalidade abstrata dos direitos humanos revela-se sob o prisma supraestatal como expressão vinculada unicamente à condição humana, alcançando todas as pessoas, em todos os lugares.

Numa etapa ulterior demarcada por uma evolução histórica, os direitos humanos integram-se a uma ordem jurídica positiva de determinado Estado com a configuração de direito fundamental, desvestindo-se de sua amplitude absoluta para cingirem-se a titulares formalmente demarcados. Esse movimento evolutivo consolida uma ordem de ideias que rompe a racionalidade do Estado absolutista para enfatizar a titularidade de direitos intangíveis dos indivíduos, os quais passam a ser exigíveis até mesmo frente ao poder instituído.

A partir de então, como consequência da qualidade de produzir efeitos jurídicos inerente à eficácia normativa, a todos os destinatários das normas de direitos fundamentais impõe-se a aplicação e a observância.

Subjacente ao movimento de transfiguração dos direitos humanos em direitos fundamentais, está a capacidade humana de refletir sobre a própria condição e autodeterminar-se. Essa aptidão interessa aos objetivos desta pesquisa porque pronuncia a irradiação da dignidade humana sobre o direito à educação e, de modo consequente, toca no direito ao desenvolvimento.

O desvelamento dos critérios racionais que compõem a judicialização do direito à educação e sua inflexão com o direito ao desenvolvimento requer uma progressão investigativa segmentada, compreendendo-se que a clivagem inicial deve incidir sobre os planos conceituais que informam os direitos humanos e os direitos fundamentais.

A opção pelo enfoque sobre ponto já debatido tão profusamente projeta-se além da mera sujeição ao protocolo acadêmico e metodológico. Divisa-se, desde as primeiras conjecturas sobre o problema estudado, que as imanências axiológicas tanto dos direitos humanos quanto dos direitos fundamentais revelam interações entre o direito à educação e o direito ao desenvolvimento, lançando luzes sobre os alicerces da judicialização concretizadora.

As reflexões em torno da discrepância semântica no contraste dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” transcendem o preciosismo especulativo e conduzem à percepção do movimento de expansão histórica, política e filosófica que confluíu para o atual quadrante do constitucionalismo.

Debruçando-se sobre a questão, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 393) pontua:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos dos homens são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Na realidade, direitos humanos e direitos do homem são expressões preferidas nos documentos internacionais (SILVA, 2005, p. 176) e são inerentes à própria condição humana, sem relação com singularidades determinadas de grupos ou indivíduos, ao passo que a ideia de direitos fundamentais remete à institucionalização jurídico-formal interna.

Daí falar-se na universalidade material e concreta dos direitos fundamentais em substituição da universalidade abstrata dos direitos humanos (BONAVIDES, 2004, p. 563).

A positivação dos direitos humanos significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” (CANOTILHO, 2003, p. 377) dos indivíduos.

Fábio Konder Comparato (2013, p. 70) professa que a distinção elaborada pela doutrina jurídica germânica consiste em afirmar que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas.

Relevante para os fins deste estudo, todavia, assinalar que a teoria dos direitos humanos não nasce de súbito nos documentos internacionais, mas é resultado de um processo de subjetivação dos direitos naturais (TAVARES, 2012, p.490) que se inicia com os primeiros passos da filosofia no século V a.C., percorrendo as acepções boecianas⁴ e tomistas⁵ da era medieval e a elaboração teórica do conceito kantiano⁶ da pessoa como sujeito de direitos

⁴ Para o filósofo e teólogo Anício Mânlio Torquato Severino Boécio, a pessoa é a substância individual de natureza racional, ideia que influenciaria as reflexões subsequentes em torno da dignidade da pessoa humana. (RODRIGUES, 2012, p. 3).

⁵ São Tomás de Aquino, em síntese, afirmou que através da racionalidade o ser humano passa a ser livre e responsável por seu destino, sendo um valor absoluto com fim em si mesmo. (COTTA; FUNES, 2007, p. 3).

⁶ “Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meio e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).” (KANT, 2008, p.11).

universais, até a germinação do valor da dignidade humana no pós-guerra, culminando na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.⁷

Os direitos humanos resultam, assim, de uma longa elaboração teórica a partir das reflexões do homem sobre si mesmo (COMPARATO, 2013, p. 6), concomitantemente, em várias civilizações, ao longo de um período histórico decisivo.

Do reconhecimento do caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio a demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo o indivíduo (COMPARATO, 2013, p. 43) consolida-se a universalidade abstrata dos direitos humanos.

Para Paulo Bonavides, (2004, p.562) a universalidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais está vinculada à dignidade humana e se manifestou pela primeira vez no texto da Declaração dos Direitos do Homem de 1789:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos (ou dos direitos fundamentais do ponto de vista das Constituições contemporâneas), irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico (CAMPELLO; SILVEIRA, 2010, p. 4977).

João Baptista Herkenhoff (1194, p. 30) assinala que:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir.

Segundo Antônio Enrique Pérez Luño (1991, p. 48), Direitos Humanos devem ser compreendidos como:

⁷ Consta no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (ONU, 1948, p. 1).

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

A autoconsciência,⁸ uma das características essenciais a compor a complexidade humana e a de maior interesse aos objetivos desta pesquisa, manifesta-se na exclusiva capacidade que o homem tem de refletir sobre si mesmo em sua condição de ser no mundo em oposição ao estado de alienação e de incapacidade de exercer a própria liberdade. É essa característica imanente à dignidade humana que é colocada aqui em primazia para expressar o particular significado dos direitos humanos em sua variação direitos fundamentais.

Como ser vivo capaz de dirigir o seu destino em razão das escolhas valorativas que faz, a pessoa humana estabelece padrões normativos calcados nos postulados éticos por ele próprio considerados, submetendo-se, ele mesmo, a esses postulados.

É nesse processo de escolhas conscientes radicadas na dignidade humana e visando o estabelecimento de padrões normativos dominantes, que os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais, incorporando-se ao sistema de direito positivo como elementos essenciais (SARLET, 2012, p. 22), visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições) (CANOTILHO, 2003, p. 378), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica, universalidade concreta e caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito estatal.

Direitos fundamentais, assim, são valores positivados que resumem a concepção do mundo pelo ser autoconsciente que se reconhece como ser humano, a expressar a ideologia de cada ordenamento jurídico num dado momento histórico de seu povo. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana sabe que não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (SILVA, 2005, p. 178).

A positivação jurídica dos direitos humanos em normas constitucionais de direitos fundamentais converte a universalidade abstrata dos direitos “naturais” e “inalienáveis” em universalidade concreta juridicamente tutelada.

⁸ Adota-se aqui o conceito de autoconsciência como “capacidade do homem para situar-se fora de si, para conhecer-se tanto como sujeito como objeto da própria experiência, para ver-se como a entidade que atua em um mundo dos objetos.” (May, 1968, p.114).

O movimento da universalidade abstrata dos direitos humanos para a universalidade concreta vertida do catálogo de direitos positivados nas Constituições sob a designação “direitos fundamentais” traduz a sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo (HESSE, 1991, p. 19) e é resultado da escolha autoconsciente pela proteção formal dos direitos humanos nos estados constitucionais.

Assim, a positivação dos direitos humanos nas Constituições é a fundamentalização dos valores que a sociedade elege como os mais importantes para a convivência digna. Têm-se, portanto, não podendo perder de vista, a carga axiológica trasladada no movimento de universalização abstrata dos direitos humanos para a universalização concreta dos direitos fundamentais na essência do exercício livre da autoconsciência pelos componentes de determinado grupamento social no processo de constitucionalização dos postulados éticos que lhes são mais sagrados.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 377) adverte que não basta a mera positivação dos direitos humanos:

É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos dos homens são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 155), subdivide os direitos fundamentais em duas dimensões às quais denomina “dimensão subjetiva” e “dimensão objetiva”:

A dimensão subjetiva envolve a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas na condição de direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A dimensão objetiva, por seu turno, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação).

Os problemas relativos aos direitos humanos transcendem o plano de sua expressão formal, posto que, nesse campo, grandes avanços foram feitos desde o surgimento das primeiras declarações a partir do final do século XVIII. As dificuldades localizam-se precisamente no plano de sua realização concreta e no plano de sua exigibilidade (LEWANDOWSKI, 1984, p. 66).

No mesmo sentido, Norberto Bobbio (2004, p. 16) afirma que atualmente a questão central em relação aos direitos do homem não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Neste ponto, independentemente das posições jusfundamentais (CLÈVE, 2003, p. 155), incumbe ao poder público agir sempre de modo que confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais.

O Direito está a serviço dos valores advogados pela vontade dos membros de uma sociedade e que tem a ver com as situações sem as quais o indivíduo não se realiza como pessoa, interessando, para os fins desta investigação, assinalar que as significações que gravitam em torno da fundamentalidade do direito à educação orientam o dever de concretização pelo Estado de um direito social desse jaez.

1.1 EVOLUÇÃO DIMENSIONAL: A DENSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

As permanentes transformações do cenário social impactam os direitos humanos internacionalmente reconhecidos e os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, desencadeando sucessivos movimentos de expansão.

Os direitos humanos evoluem em estágios, conforme as demandas de cada período histórico. Daí falar-se em etapas evolutivas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, demarcadas didaticamente por “gerações” ou “dimensões”.

A distinção entre as dimensões dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica (MENDES, BRANCO, 2014, p. 145).

Para Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Méndez Rocasolano (2010, p. 112) a tríplice catalogação pode ser assim enumerada: (1) os direitos de primeira geração, que aclamam as liberdades civis e os direitos políticos, e são também chamados “Direitos de Liberdade”, de autonomia ou de participação; (2) os direitos de segunda geração, denominados “Direitos de Igualdade” ou prestacionais, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais; (3) os “Direitos dos Povos”, que marcam a terceira geração de direitos humanos, e que correspondem aos ditos direitos difusos ou da solidariedade (fraternidade).

Segundo Marmelstein (2008, p. 42), foi Karel Vasak quem, inicialmente, baseando-se nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade simbolizados na bandeira francesa, teorizou sobre as “gerações” dos direitos fundamentais na seguinte ordem: a primeira geração, significando os direitos civis e políticos, fundamentada na liberdade e com origem nos ideais das revoluções burguesas; a segunda geração, compreendendo os direitos econômicos, sociais

e culturais, radicada nas aspirações pela igualdade e fomentada a partir das disparidades sociais geradas pela Revolução Industrial; a terceira geração caracterizada pelos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, alicerçada no ideal de fraternidade e vivificada pelos movimentos humanistas do período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial.

Esse processo evolucionar denota a dinâmica expansão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em decorrência das necessárias respostas às tensões sociais, políticas, econômicas e jurídicas, fazendo compreender que a despeito da rigidez de conceitos, v.g., como vida e liberdade, há contínua abertura conceitual a ser preenchida em atendimento às múltiplas demandas de um mundo em constante mudança.

É preciso esclarecer, noutra direção, que os direitos humanos e os direitos fundamentais não se substituem uns aos outros nesse permanente movimento evolutivo, mas ao contrário, a sucessão de novos contornos aos direitos já consagrados e a inserção de direitos até então não catalogados representa uma densificação conjuntural, complementar e não dissolvente.

O uso do termo “gerações” é combatido por transmitir a ideia de substituição, extinção de uma geração anterior em substituição a uma nova geração, conforme alerta Antônio Augusto Cançado Trindade (1997, p. 390):

A fantasia nefasta das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.

Paulo Bonavides (2004, p. 571) admite que o vocábulo “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo “geração”, na medida em que este último induz à sucessão cronológica e caducidade das gerações anteriores.

Pérez-Luño (1987, p. 56) usa o termo gerações de direitos humanos ressaltando a cumulatividade:

Vale advertir que as gerações direitos humanos não representa um processo meramente cronológico e linear. No curso de sua trajetória, produzem-se constantes avanços, retrocessos e contradições. De outro lado, as gerações de

direitos humanos não implicam na substituição global de um catálogo de direitos por outro, já que, em algumas ocasiões surgem novos direitos como resposta a novas necessidades históricas; outras vezes, exigem o redimensionamento ou redefinição de direitos anteriores para adaptá-los aos novos contextos em que devem ser aplicados.

A ideia de generatividade geracional (CANOTILHO, 2003, p. 386) não é correta porque traz subjacente a falsa compreensão da substituição dos direitos das primeiras gerações pelas gerações subsequentes, daí ser preferível falar em “dimensões” de direitos.

Para Flávia Piovesan (2008, p. 13), na acepção contemporânea os direitos humanos são dotados de unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam.

O termo “dimensão” é impregnada da ideia de profundidade ou extensão, sendo compatível com a concepção de unidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação. Falar em evolução dimensional, portanto, significa reconhecer um cumulativo aumento de consistência do conjunto dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Bem a propósito o magistério do constitucionalista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 49):

A teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno

Os direitos humanos e os direitos fundamentais existem de forma sistêmica e harmônica (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 233) e os considerar como algo segmentado contribui para sua fragilização e ineficiência.

Nessa direção, Alicia Ruiz (2008, p. 44):

La interdependencia de los derechos muestra que desprotegido uno de ellos, se pierden los restantes en un proceso de creciente vulnerabilidad jurídica que tinende a consolidar la desigualdad social que pasa e convertirse en persistente...¿qué sentido tiene la protección de la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, respecto de quienes se vem compelidos a vivir en los umbrales de los edificios, em las plazas publicas?

Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão (MENDES; BRANCO, 2014, p. 145). Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade.

Vistos como direitos humanos, o desenvolvimento e a educação básica formam uma unidade indivisível e se complementam numa interação dinâmica, pois:

[...] uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão "geracional" de direitos, na medida em que acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. (PIOVESAN, 2003, p. 36-37)

A partir deste raciocínio e a despeito da divisão teórica que cataloga o direito à educação e o direito ao desenvolvimento em dimensões distintas, analisar-se-ão os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão⁹ considerando-se os fundamentos que lhes dão consistência e unidade desde a carga axiológica dos direitos humanos até os delineamentos constitucionais que os consubstanciam na ordem jurídica brasileira.

1.2 A PRIMEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos de primeira dimensão foram os precursores dos demais direitos a figurarem nos textos constitucionais em vários países e surgiram, sob o prisma histórico, na fase inaugural do constitucionalismo ocidental.

Nas palavras de Karel Vasak (1997, p. 1654), precursor da teoria trigeracional dos direitos humanos:

A primeira geração dos direitos civis e políticos contém atributos de direitos da pessoa humana, direitos que são, essencialmente, oponíveis ao Estado que deve assumir uma atitude de abstenção para que eles possam ser respeitados. (tradução livre do autor)

Com enfoque nas liberdades, essa dimensão de direitos tem a subjetividade como traço característico na medida em que assinala aos indivíduos direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado. Desse modo, os direitos de primeira dimensão estão relacionados às liberdades individuais, apresentando-se como prerrogativas do indivíduo oponíveis ao Estado (BONAVIDES, 2004, p. 540).

⁹ Por desbordar dos objetivos desta pesquisa, não serão abordadas as teorias (BONAVIDES, 1999, p. 526; MARMELSTEIN, 2011, p. 57) que admitem outras dimensões de direitos.

No entendimento de Celso Lafer (1988, p. 126), os direitos humanos de primeira dimensão surgem na tensão entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista.

Com efeito, no individualismo que se revigorou ante a superação da monarquia absolutista, o Estado era visto como o tirano contra o qual se deveria tutelar a liberdade das pessoas, sobretudo na defesa dos interesses das camadas burguesas.

Os direitos constantes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista (LAFER, 1988, p. 126).

As doutrinas iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII¹⁰, preponderantemente, formaram o embrião dos direitos fundamentais de primeira dimensão e propugnaram a ideia de que o fim principal a ser perseguido pela humanidade era a efetivação do direito de liberdade individual.

Destacam-se, dentre esses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista (SARLET, 2012, p. 54), os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. São, num segundo momento, complementados por uma pluralidade de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e os direitos de participação política.

Nos tempos atuais, os direitos de primeira dimensão abrangem os chamados direitos individuais e direitos políticos (TAVARES, 2012, p. 502). No conjunto de direitos individuais encontra-se, por exemplo, a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, o segredo de correspondência. No rol de direitos políticos está a liberdade de participação no processo do poder político, *verbi gratia*, a liberdade de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de fiscalizar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições.

Para Paulo Bonavides (2004, p. 564), os direitos de primeira dimensão:

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme

¹⁰ Nesta plêiade destacam-se: Bento de Espinosa (1632-1677); John Locke (1632-1704); Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (1689-1755); Voltaire (1694-1778); David Hume (1711-1776); Jean-Jacques Rousseau (1712-1778); Denis Diderot (1713-1784) e Immanuel Kant (1724-1804).

tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

Desponta, na feição liberal dos direitos de primeira dimensão, um movimento patrimonialista encoberto por uma retórica filosófica iluminista que andava de mãos dadas com os interesses de um estrato econômico que ansiava desvencilhar-se das amarras impeditivas de um maior acúmulo de riquezas.

O modelo de liberdade inspirador dos direitos de primeira dimensão é, portanto, essencialmente de índole econômica, constituindo expressão do individualismo possessivo (CANOTILHO, 2003, p. 384), conducente à autodeterminação das pessoas e de seus bens.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 144) assinalam o ideário individualista dominante no contexto histórico em que se deu a formulação teórica da primeira dimensão dos direitos humanos:

São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes.

O Estado liberal tem um lado perverso (SAYEG, 2008, p. 16), marcado pelo individualismo, que não leva em consideração, diretamente, as necessidades coletivas.

Porém, no momento em que se verifica que o liberalismo individualista é excludente, a sociedade clama pela igualdade. A igualdade surge indissociável (CANOTILHO, 2003, p. 426), interdependente e inter-relacionada à liberdade individual, sobre as bases da dignidade humana, impulsionando a concepção da segunda dimensão dos direitos.

1.3 A SEGUNDA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias ao seu aproveitamento. Observados os direitos de segunda dimensão, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares (TAVARES, 2012, p. 503). Nesse sentido é que se afirma que tal categoria de direitos possibilita o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades, assentando-se sobre a igualdade.

Para Karel Vasak (1997, p. 1654), idealizador da teoria geracional, a segunda dimensão dos direitos humanos - os direitos econômicos, sociais e culturais – conferem aos indivíduos a prerrogativa de reclamar prestações positivas do Estado.

Para Celso Lafer (1988, p. 127), entre os direitos de primeira e de segunda geração há complementariedade, pois, estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou reduzindo os impedimentos ao pleno gozo das capacidades humanas.

As conquistas do movimento liberal realçaram o abismo entre a igualdade propalada e as desigualdades concretas, formando um ambiente fértil para a eclosão de ideologias insurgentes.

Com o arrefecimento do liberalismo e o acirramento das desigualdades sociais no período entre o século XVII e a primeira metade do século XIX, exsurgiram o socialismo e outras correntes ideológicas que defendiam não apenas a concretização da liberdade, mas da igualdade entre os homens (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 172).

Os direitos de segunda geração surgiram após as conquistas históricas dos direitos individuais ou de primeira geração e traduziram uma próxima fase da evolução dos direitos humanos, reivindicando um reposicionamento do Estado diante de um novo patamar mínimo de necessidades humanas (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 175).

A primeira geração de direitos viu-se complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social” através de um processo coletivo:

Os direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los (LAFER, 1988, p. 127).

Nesse contexto de graves desigualdades socioeconômicas, os setores operários passaram a exigir a igualdade material e a ampliação dos direitos até então conquistados (COPETTI; LEAL, 2015, p.445), momento em que as reivindicações relativas aos direitos sociais (saúde, educação, assistência, moradia, transporte e trabalho) pautaram os embates ideológicos.

Historicamente, portanto, os direitos sociais correspondem às reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, em virtude da extrema desigualdade

que caracterizava as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior grau de poder econômico (SARLET, 2012, p. 48).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 145) retratam o contexto em que se deu o surgimento dos direitos sociais:

O ideal absentista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos.

É, em síntese, no contexto da Revolução Industrial do século XIX, que a ampliação progressiva dos direitos humanos encontra, nas reivindicações trabalhistas e de assistência social que permeavam a tensão entre capital e trabalho, os anseios pelo direito à igualdade.

Assim, a partir da aclamação das liberdades civis e dos direitos políticos, os direitos humanos evoluíram para os direitos de igualdade ou prestacionais - compreendendo aqui os direitos sociais. O ser humano passa a ser projetado coletivamente, enquanto que ao Estado é incumbida a tarefa de minimizar as desigualdades sociais, sobretudo por meio da assistência material e da criação de oportunidades de acesso ao emprego, à renda, à saúde e à educação.

Esse processo levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (COMPARATO, 2013, p. 312).

À medida que os anseios populares clamaram pela diminuição das desigualdades, o rol de direitos sociais fundamentais foi sendo paulatinamente alargado até alcançar a extensão atual. Com essa evolução, o enfoque recai na atuação estatal em ações para diminuir as desigualdades e promover políticas públicas de acesso aos direitos fundamentais sociais. Essa categoria de direitos humanos demanda posturas positivas para a sua concretização, especialmente por meio da criação e implantação de medidas conducentes ao bem-estar social.

Aliás, a nota distintiva dos direitos sociais é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, de

propiciar o bem-estar social, não se tratando agora, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado (SARLET, 2012, p. 47). Caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais.

Por exigirem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre disponíveis face às limitações de recursos e meios, os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade (BONAVIDES, 2004, p.564) ou tiveram eficácia incerta e juridicidade questionada, sendo remetidos à chamada esfera programática.¹¹

As normas programáticas determinam fins para o Estado e para a sociedade, conformam programas de ação, metas a cumprir, procurando compatibilizar a realidade a postulados de justiça (OLIVEIRA, 2015, p. 38). São normas de apelo social, que perseguem objetivos prioritariamente concernentes aos direitos sociais, econômicos e culturais.

É preciso esclarecer, no entanto, que as normas programáticas detêm o mesmo prestígio de todas as outras que integram um diploma constitucional rígido (FERRARI, 2001 p. 182), isto é, são dotadas de imperatividade suprema frente ao ordenamento jurídico por ele fundado; são normas jurídicas que compartilham da mesma hierarquia.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 264):

Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão “normas programáticas”, isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente – em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito –, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.

Ao impor tarefas, as normas constitucionais devem ser efetivamente observadas. As assim denominadas normas programáticas, *v.g.*, as que determinam prestações sociais, têm força normativa e sua concretização depende antes de uma consciência coletiva e atos de vontade que confirmam força ativa à Constituição (HESSE, 1991, p. 19), que qualquer avaliação sobre o seu caráter prospectivo.

Há quem defenda que, perante a norma programática, o agente público conserva a opção quanto ao momento de agir e quanto aos meios para alcançar a meta normativa (OLIVEIRA, 2015, p. 35).

¹¹ Canotilho (2003, p.1177) assim se posiciona acerca do termo normas programáticas: “Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘normas programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’: todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa.

Para Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 155):

Deve-se partir do princípio de que tudo o que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as consequências dessa afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia.

Para o constitucionalista paranaense, ao enumerar expressamente os direitos sociais, entre eles o direito à educação, o art. 6º da Constituição Federal¹² não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental (CLÈVE, 2003, p. 155).

O direito à educação manteve-se, durante todo esse processo de ampliação e transmutação geracional de direitos humanos, em lugar destacadamente reconhecido entre os direitos sociais.

Efetivamente, entre os direitos de segunda dimensão, encontra-se o direito ao acesso a todos os níveis de ensino (TAVARES, 2012, p. 503).

Esclareça-se que, por óbvio, os direitos sociais (e o direito à educação entre eles) não surgiram abruptamente no tempo e na história, cumprindo anotar desde logo que a consolidação de tais atributos é marcada por avanços e retrocessos. A demarcação que se faz aqui considera as etapas mais relevantes da conformação constitucional da segunda geração de direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer que tais direitos pautaram o contínuo desenvolvimento social, seja em forma de aspiração ideal ou de formalizações esparsas, ainda que não concretizados em sua plenitude até os dias atuais.

1.4 A TERCEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A terceira dimensão de direitos é resultado do adensamento dos direitos de primeira e segunda dimensões, agora com um enfoque em uma ordem internacional solidária e com perspectiva difusa, voltada para as necessidades comuns do gênero humano.

Os direitos de terceira dimensão são o resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de conflitos, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas

¹² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 48).

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 145), os direitos chamados de terceira dimensão:

[...] peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Para Paulo Bonavides (2004, p. 569), a terceira dimensão dos direitos fundamentais:

Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assina Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

O jurista tcheco-francês e ex-diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz da UNESCO, sustenta que os direitos de terceira dimensão representam a demanda por esforços combinados de todos os intervenientes do jogo social, concretizáveis por meio de ações solidárias fundadas na responsabilidade solidária (VASAK, 1997, p. 1655).

Para Carlos Alberto dos Rios Júnior (2013, p. 40), os direitos de terceira dimensão “ultrapassam a esfera particular de um determinado destinatário, sendo um verdadeiro direito da pessoa, como membro de uma sociedade”.

Uma das notas distintivas dos direitos de terceira dimensão é a solidariedade, elemento necessário para a estruturação de qualquer democracia (RIOS JÚNIOR, 2013, p.40).

Com efeito, Karel Vasak (1997, p. 1654) formulou a ideia da terceira geração de direitos humanos aportando-a na irmandade óbvia e na solidariedade essencial a unir todos os homens.

E os direitos de terceira dimensão compreendem o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à assistência humanitária e ao patrimônio comum da humanidade (VASAK, 1997, p. 1654-1655).

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 569), a relação de Vasak é apenas indicativa daqueles direitos de terceira dimensão que se delinearam em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista for se desenvolvendo.

Os direitos de terceira dimensão, nos quais se inclui o direito ao desenvolvimento a ser analisado com enfoque específico em capítulo ulterior, pressupõem o dever de colaboração de todos os Estados e não apenas o atuar ativo de cada um (CANOTILHO, 2003, p. 386).

Portanto, diante desse paradigma, é incluída na agenda global a preocupação com a paz, o desenvolvimento, a autodeterminação dos povos, o cuidado com o meio ambiente, entre outros temas difusos e globais. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, 0. 177).

O desenvolvimento, nesta perspectiva, é deslocado da ideia economicista que o vincula exclusivamente ao crescimento econômico, para ser compreendido como um processo tendente à redução das desigualdades e da pobreza. Como direito individual, o direito ao desenvolvimento é concebido como uma síntese dos direitos humanos a conformar os ideais de liberdade e igualdade no plano da participação solidária; como direito coletivo, é referencial ético compartilhado pelos Estados e pelas organizações internacionais a orientar a realização do direito dos povos à igualdade de oportunidades ante os sistemas normativos da sociedade global.

A dignidade humana deve ser o referencial ético a nortear a densificação das três dimensões de direitos humanos e desse conceito básico nascem os valores superiores dos ordenamentos jurídicos e as ideias de liberdade, igualdade e fraternidade:

A dignidade é individual e é também do conjunto da humanidade, por isso temos que falar da igual dignidade de todos os seres humanos. Ao passar da sua possível facticidade e seu caráter normativo ao dever ser necessário para nos realizar como pessoas, encontramos as razões para a procura existencial, para a ação positiva dos poderes públicos, que utilizam, entre outros, instrumentos dos direitos sociais para ajudar a satisfazer necessidades básicas que muitos indivíduos não podem alcançar por si mesmos. (PECES-BARBA, 2009, p.88)

Há quem defenda que a proximidade entre os direitos fundamentais e a dignidade humana pode não ser adequada quando se trata dos direitos das pessoas coletivas (MENDES; BRANCO, 2014, p. 147). Contudo, os direitos fundamentais, ao menos em princípio e com intensidade variável, constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental, de todas as três dimensões aqui evidenciadas, se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa (SARLET, 2012, p. 87).

A dignidade da pessoa humana é a fonte ética e está na base de todos os direitos, estejam eles catalogados na primeira, segunda ou terceira dimensão.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA

Há uma ideia generalizada e quase intuitiva sobre o significado corriqueiro do termo *educação*, contudo, o vocábulo comporta uma variedade de definições, cumprindo delimitar a sua abrangência.

O verbo educar deriva etimologicamente dos vocábulos latinos *educare* e *educere*. O primeiro remete ao processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano. Tem como alvo a melhor inserção individual e social. A expressão *educere* contém sentido introspectivo, refere-se às habilidades internas ou inatas do educando (VICTOR, 2011, p. 60).

Não seria desacertado afirmar, com efeito, que a educação, entre todas as atividades humanas, destaca-se pelo seu caráter criador capaz de levar a pessoa a realizar as suas potencialidades físicas, morais, espirituais e intelectuais, sendo, conseqüentemente, o vetor pelo qual a pessoa humana, criança ou adulta, desenvolve-se (ANTIQUÉ, 2006, p. 103).

A educação é via de desenvolvimento das capacidades essenciais para operar tecnologias, reconhecer uma variedade maior de escolhas para tomar decisões e exercer ética e criticamente a cidadania.

Sendo a educação a via de estruturação da razão, da civilidade, da ética e de tantos outros valores, há que ser considerada como vetor necessário de crescimento do ser humano, de evolução pessoal, cultural e social.

Para Amartya Sen (2000, p. 48), a educação é condição para o exercício da liberdade:

[...] a participação requer conhecimentos e um grau de instrução básico, negar a oportunidade da educação escolar a qualquer grupo – por exemplo, às meninas – é imediatamente contrário às condições fundamentais da liberdade participativa.

Parece bem, então, afirmar que a liberdade substantiva¹³ plena só será atingida quando os mecanismos referenciais estruturantes e emancipatórios forem dominados e fixados (SAVIANI, 2011, p. 18).

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 349):

A criação de pressupostos concretos do direito à cultura e ensino (pressupostos materiais da igualdade de oportunidades) é condição ineliminável de uma real

¹³ Entenda-se por liberdades substanciais tanto as liberdades de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas podem desfrutar, dadas as circunstâncias pessoais e sociais. (SEN, 2000, p. 31).

liberdade de formação e desenvolvimento da personalidade e instrumento indispensável da própria emancipação (progresso social e participação democrática). Igualdade de oportunidades, participação, individualização e emancipação, são componentes do direito à educação e à cultura, e dimensões concretas implícitas do princípio da democracia cultural.

Destaca-se a extensão da ideia de sujeito agente trazida por Amartya Sen (2000, p. 33):

Estou usando o termo agente não nesse sentido, mas em sua acepção mais antiga – e, mais “grandiosa” – de alguém que age e ocasiona mudanças e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo. Este estudo ocupa-se particularmente do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e participante de ações econômicas, sociais e políticas (interagindo no mercado e até mesmo envolvendo-se, direta ou indiretamente, em atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas).

E o agir, o participar, o envolver-se que caracterizam o protótipo de agente de Sen, requer o domínio de valores e objetivos que somente são entrevistados e, conseqüentemente, avaliáveis no ato de participação/envolvimento, se o sujeito dispuser de capacidades intelectivas que o habilitem para tanto. E tais capacidades dificilmente podem ser adquiridas fora do contexto da educação na acepção do termo aqui adotada.

A capacidade de fazer escolhas concretas ocorre quando se é capaz de operar o significado das ações (VYGOTSKY, 1991, p. 68). A aptidão para a tomada de decisões requer conhecimentos suficientes para que o sujeito possa identificar adequadamente as alternativas disponíveis e as conseqüências de cada escolha. Sem esse cabedal mínimo, não se assume posição na tomada livre de decisões.

Portanto, parece elementar a necessária capacidade de fazer escolhas para o livre exercício da vontade. Contudo, como alerta Demerval Saviani (2011, p. 15), como é frequente acontecer com tudo o que é óbvio, ele acaba sendo esquecido ou ocultado e, na sua aparente simplicidade, os problemas escapam à nossa atenção.

A propósito, Bruno Carlos dos Rios e Adriana da Silva Maillart (2014, p. 5) pontuam:

Denota-se que o indivíduo evidencia-se cada vez mais livre à proporção que amplia seu império em relação à natureza e às relações sociais. No transcurso da história factível verificar que o homem se liberta pelo domínio das leis da natureza por meio do conhecimento e, por conseguinte, opera sobre a natureza para metamorfosear no empenho da ampliação da sua personalidade.

Em semelhante sentido, Paulo Freire (2012, p. 53) ressalta:

O fato de me perceber no mundo, com o mundo e com os outros me põe numa posição em face do mundo que não é de quem nada tem a ver com ele. Afinal, minha presença no mundo não é a de quem a ele se adapta, mas a de quem nele se insere. É a posição de quem luta para não ser apenas objeto, mas sujeito também da história.

Poder e saber estão diretamente implicados (FOUCAULT, 1987, p. 30), enquanto a alienação, por sua vez, obnubila os homens e prejudica o seu empoderamento. O homem dialógico, que é crítico, sabe que, se o poder de fazer, de criar, de transformar, é um poder dos homens, sabe também que podem eles, em situação concreta, alienados, ter este poder prejudicado. (FREIRE, 2014, p. 112).

À educação, como mediação no seio da prática social global, cabe possibilitar que as novas gerações incorporem os elementos herdados de modo que se tornem agentes ativos no processo de desenvolvimento e transformação das relações sociais. (SAVIANI, 2011, p. 121).

O aprendizado adequadamente organizado propicia o desenvolvimento mental e mobiliza vários processos de evolução que, de outra forma, seria impossível. Assim, o aprendizado é um aspecto necessário e universal do processo de desenvolvimento das funções psicológicas culturalmente organizadas e especificamente humanas (VYGOTSKY, 1991, p.61).

A experiência não é suficiente para garantir a igualdade de condições nas relações sociais, políticas e econômicas, pois a competência para a escolha autônoma presume o domínio de conhecimentos que subsidiem a plena compreensão das alternativas que se tem à disposição, em grau tal que permita a manifestação livre da vontade. E em um país com grave déficit educacional há que se colocar em perspectiva as necessárias relações entre a educação e as variadas formas de expressão da igualdade.

A igualdade de condições nos processos inter-relacionais pressupõe independência, liberdade, auto-regulamentação de condutas, autogoverno (RODRIGUES JUNIOR, 2004 p. 113).

Dentre os direitos sociais, o direito à educação assume relevância preponderante para a realização dos valores tutelados pela Constituição e, sobretudo, para a construção de um escalão mínimo de dignidade para dos indivíduos.

A fundamentalidade do direito à educação decorre do fato de estar associado, diretamente, aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 1º

Constituição Federal)¹⁴, destacando-se, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a cidadania (TRANNIN, 2012, p. 109).

É de se reconhecer, portanto, que a educação encontra-se conexas com as acepções sobre a dignidade humana, sendo erigida a direito fundamental entre outras razões por constituir vetor de desenvolvimento das potencialidades necessárias ao pleno exercício da cidadania.

A dignidade humana incorpora o direito à educação na medida em que este se apresenta como necessária via de acesso em condições de igualdade a outras tantas prerrogativas inerentes à condição humana.

O direito à educação possui natureza de Direito Humano e, enquanto direito social proeminente, é vetor indispensável para o exercício pleno dos demais direitos sociais, civis e políticos, emergindo como um componente básico dos Direitos do Homem (MACHADO; OLIVEIRA, 2001, p. 56).

A educação promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana, favorece a autossuficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. É direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos. Em suma, a educação é o pré-requisito para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna (CLAUDE, 2005, p. 37).

Aliás, já em 1792, Jean Jacques Rousseau (1992, p. 10) fez publicar a seguinte reflexão sobre a educação:

Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos desprovidos de tudo, temos necessidade de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer, e de que precisamos adultos, é nos dado pela educação.

Semelhantemente, entre nós, Demerval Saviani (2011, p. 10) definiu a educação como um fenômeno humano, de tal maneira que a compreensão da sua natureza passa pela compreensão da natureza humana.

Educar é dar dignidade e permitir a cada um reencontrar em si sua dignidade fundamental (MAYER, 2013, p. 42). A educação é a mais eficiente ferramenta para o

¹⁴Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

crescimento pessoal e tem *status* de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) prevê em seu artigo XXVI que “todo ser humano tem direito à instrução”.

No Brasil, o direito fundamental (SARLET, 2012, p. 339) à educação obteve reconhecimento expreso na Constituição Federal, integrando, assim, a pauta dos direitos fundamentais.¹⁵

Educação, portando, na acepção aqui adotada, é vetor de desenvolvimento humano e instrumento emancipatório para a compreensão da realidade e tomada livre de decisões no âmbito das relações sociais, econômicas e individuais, constituindo direito elementar para o atingimento da dignidade humana, restando salientar o seu *status* jurídico conferidor de um direito subjetivo judicializável.

A Constituição Federal, assim com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, estabelece a obrigação de educar como norma cogente e de ordem pública, ou seja, o direito à educação passa a ser direito público subjetivo (CHAVENCO; OLIVEIRA, 2013, p. 159) e no caso de seu não oferecimento ou de oferta irregular do ensino obrigatório, há instrumentos jurídicos à disposição do cidadão para exigir do poder público o cumprimento da prestação educacional.

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

As normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, dos direitos subjetivos¹⁶ – investem os cidadãos em situações imediatamente desfrutáveis, a serem concretizadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado (BARROSO, 2009, p. 223).

As normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos.

¹⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁶ Entenda-se aqui por direitos subjetivos o conceito apropriado pelo Direito Civil, mas que, segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 221), a doutrina da efetividade importou e difundiu no âmbito do Direito Constitucional: o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse.

Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão (MELLO, 2010, p. 56).

Explica Joaquim José Gomes Canotilho (1993 p. 474) que os direitos sociais: “são autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”.

Os direitos sociais são direitos de implementação progressiva, na medida em que dependem de recursos para tanto. Todavia, isso não significa de forma alguma que sejam desprovidos de efeitos jurídicos. Pelo contrário, todas as normas constitucionais de direitos fundamentais são dotadas de eficácia¹⁷. E os direitos sociais conformam todo o sistema normativo, impedindo que normas em sentido contrário sejam editadas.

Em outras palavras, na medida em que proclama o Texto Constitucional ser a educação direito de todos e dever do Estado,¹⁸ resta assegurada a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado para garantir eficácia a esse direito (SARMENTO, 2009, p. 373).

O artigo 208 da Constituição Federal¹⁹ reconheceu expressamente a educação básica como direito público subjetivo, e no dizer de Luiz Roberto Barroso (2009, p. 221), três são as características do direito subjetivo, a saber:

a.) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b.) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c.) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

Os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, portanto, são judicializáveis uma vez que conferem aos seus destinatários o direito subjetivo de exigir do Estado as prestações respectivas.

17 Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 294): “Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente programático (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.”

18 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

19 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;...§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

2.1 EDUCAÇÃO BÁSICA

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996 – prevê que a educação escolar compõe-se da educação básica e da educação superior.²⁰ A educação básica compreende a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio.²¹

A educação infantil oferecida em pré-escolas constitui a primeira etapa da educação básica e é concebida com o propósito de promover o desenvolvimento integral da criança de até cinco anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

A educação fundamental, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,²² com duração de nove anos, objetiva oportunizar a formação básica que compreende o aprendizado metodicamente planejado da leitura, escrita, cálculo, ambiente natural, sistema político, tecnologia, artes, valores fundamentais da sociedade, atitudes, vínculos familiares, laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca na convivência social²³.

O ensino médio, com duração de três anos, é o ciclo final da educação básica e tem entre as suas principais finalidades a preparação para o trabalho e o exercício da cidadania, formação ética, desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico e a compreensão dos fundamentos científicos-tecnológicos dos processos produtivos.²⁴

²⁰ Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior.

²¹ Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio.

²² Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

²³ Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

²⁴ Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades: I – a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos; II – a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; III – o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; IV – a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina. (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, 1994)

Considerando que o objetivo geral desta pesquisa é investigar a judicialização do direito à educação e seus reflexos no processo de desenvolvimento sustentável, e que a instrução básica constitui-se como um dos eixos para o alcance dos objetivos supremos do desenvolvimento (SEN, 2000, p. 48-49), optou-se aqui por uma investigação circunscrita a este nível alicercial de ensino.

Antes, porém, de aprofundar-se a investigação sobre a educação básica no ordenamento jurídico, é necessário que a catalogação do direito à educação entre os direitos sociais seja analisada desde a posição e função destes direitos no plano jurídico. A partir dessa análise é possível evidenciarem-se as generalidades que caracterizam o direito à educação como um direito social e que conduzem aos fundamentos da sua exigibilidade frente ao Estado.

2.2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos sociais são direitos a prestações positivas por parte do Estado necessárias para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos.

José Afonso da Silva (2005, p. 286) define os direitos sociais como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2005, p. 286)

Os direitos sociais como expressão dos direitos de segunda dimensão, encontram no princípio da igualdade o seu núcleo axial. Dessarte, a igualdade materializa a liberdade e se converte no núcleo sobre o qual se desenvolve a acepção substancial do modelo de Estado contemporâneo. É sobre essa afirmação que a igualdade formal do plano estritamente jurídico gestada na era do ideário iluminista transmuda-se em igualdade material.

Aliás, é na evolução do Estado liberal para o Estado social que a igualdade transpõe os limites da retórica inerme para ganhar proeminência jurídica, integrando-se, sob os alicerces de uma nova etapa de amadurecimento da consciência humana, nos documentos internacionais. Ainda nesse contexto, mas já num segundo estágio evolutivo, a igualdade passa a ser expressamente consagrada como princípio basilar em várias Constituições.

A declaração de direitos da Constituição francesa de 1791 destaca-se por seu pioneirismo na identificação dos direitos sociais, abrindo caminho para a segunda geração dos

direitos humanos, muito embora ainda naquela época os direitos civis e políticos continuassem a preponderar (SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010, p. 140).

Ao impulso das várias Declarações de Direitos que ampliaram a concepção de dignidade humana no transcurso do século XVIII, as constituições mexicana e alemã, de 1917 e 1919, respectivamente, consolidaram o surgimento do constitucionalismo social fundante da perspectiva prestacional positiva na relação verticalizada entre Estado e indivíduo.

Nícia Regina Sampaio (2005, p. 118) lembra que:

Os direitos sociais aparecem pela primeira vez na Constituição Brasileira de 1934. Esta, sob a influência da Constituição do México e de Weimar, começava a esboçar os primeiros passos para a consagração do atual estágio dos direitos sociais.

Com efeito, no transcurso do século XX os direitos sociais passaram a compor disseminadamente as constituições de diversos países, ecoando, por exemplo, na Constituição francesa de 1946, na italiana de 1948, na Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949, na Constituição portuguesa de 1976, na espanhola de 1978, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Constituição Política da Colômbia de 1991 (CARVALHO, 2006, p. 21).

José Afonso da Silva (2005, p. 285) discorre sobre a constitucionalização histórica dos direitos sociais:

A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores.

Para Paulo Bonavides (2004, p. 369), a ressonância social no constitucionalismo brasileiro reaparece com toda a energia na Constituição de 1946, destacando-se a constitucionalização expressa (art. 157, IV) da participação do trabalhador nos lucros da empresa.

A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 também é impactada pela ressonância social da Lei Fundamental Alemã de 1949, conforme se pode averiguar no exame de alguns capítulos e artigos (BONAVIDES, 2004, p. 369). Nesta vertente, fiel à tradição de nosso Direito desde 1934, a atual Constituição Federal consagra os direitos sociais.

Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da sociedade sobre o Estado, reconciliando o homem com o Estado (BONAVIDADES, 2004, p. 368).

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo um amplo rol de direitos sociais, dentre eles, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social e à proteção à maternidade. Neste sentido:

A Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos *direitos sociais* (Capítulo II do Título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a *ordem social* (Título VIII). Mas não ocorre uma separação radical. O art. 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que são *direitos sociais na forma desta Constituição*. Esta *forma* é dada precisamente no título da ordem social. (SILVA, 2005, p. 285)

Referindo-se aos direitos sociais positivados na Constituição Federal, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 31), sintetiza: “O tema da Justiça Social está contemplado, sobretudo, nos arts. 6º, 7º, 170 e 193 da Lei Maior.” E o mesmo autor aduz: “tais preceptivos são de máxima relevância; contudo, há também outros versículos de grande significação”.

A Constituição Federal brasileira instituiu o Estado Democrático de Direito com vistas a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (RIOS; MAILLART, 2014, p. 14).

No primeiro capítulo deste trabalho enfrentou-se algumas questões relativas ao caráter programático das normas de direitos sociais, sendo oportuno retomar alguns pontos concernentes à eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais positivados na Constituição Federal.

Dúvidas surgem ao constatar-se que essas promessas constitucionais (BONAVIDES, 2004, p. 382) ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização a uma legislação complementar.

As normas constitucionais são dotadas de um caráter aberto, amplo e genérico que lhes permite abarcar uma pluralidade de situações. Este caráter aberto das normas constitucionais é decorrência da própria essência da Constituição que é responsável pela fixação das diretrizes e princípios fundamentais do Estado, bem como em virtude de as normas constitucionais, na maioria das vezes, apresentarem-se como princípios ou normas programáticas.

Discorrendo sobre a textura aberta do Direito, Hebert L. A. Hart (2009, p. 175) pontua:

A textura aberta do Direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.

Não parece trazer dúvidas a afirmação segundo a qual uma das características que, inclusive pode trazer como consequência problemas quanto à efetividade das normas constitucionais programáticas (FERRARI, 2001, p. 201), é a farta utilização de conceitos jurídicos desprovidos de precisão semântica.

Nesse sentido:

Em razão dessa omissão constitucional e de outras incorporadas já à tradição de nosso constitucionalismo programático, a auto-aplicabilidade das regras da Constituição em matéria de direitos sociais e a eficácia das garantias que a Constituição possa oferecer nesse tocante constituem os pontos cardeais das reflexões sobre a crise da estatalidade social no Brasil (BONAVIDES, 2004, p. 382).

Todavia, a estrutura formal e o caráter peculiar dos direitos sociais, sobretudo a sua marca distintiva no contraste com os direitos individuais, a exigir do Estado não mais uma posição absenteísta, mas prestações materiais efetivas, não conduz à graduação da aplicabilidade e da eficácia entre essas diferentes espécies de direitos fundamentais. Aliás, a fundamentalidade é o componente jurídico aglutinador que faz com que os direitos de liberdade e os direitos sociais estejam em um mesmo nível de exigibilidade.²⁵

Consequências dessa caracterização da educação como direito fundamental é o tratamento jurídico diferenciado que a ela deverá ser dispensado (SCAFF; PINTO, 2016, p. 437), a saber: a sua aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º) e a impossibilidade da sua supressão da ordem constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV).

Não por acaso, o artigo 5º, § 1º, de Constituição Federal confere aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais, outorgando aos direitos previstos no Título II (direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos) uma posição privilegiada ao nível eficaz da Constituição.

Para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se:

²⁵ Sin embargo, un entendimiento más hondo de la fundamentalidad de los derechos permite concluir que ésta consiste primariamente en la eficacia directa de tales derechos, o sea, en su potencial disponibilidad inmediata por sus titulares. (BASTIDA, 2009, p.115)

[...] que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora (SARLET, 2012, p. 272)

No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais – e os direitos sociais incluem-se nesta categoria –, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz (SARLET, 2012, p. 468).

Ainda que a condição topográfica do dispositivo constitucional que confere aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) possa fazer pressupor que o seu raio de alcance esteja restrito aos direitos individuais e coletivos relacionados no Capítulo I do Título II, há que considerar que o artigo 60, § 4º, IV contribui para concluir que os direitos sociais previstos no artigo 6º estão no mesmo nível de eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos previstos no artigo 5º, todos da Constituição.

Sobre a relação entre o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal e a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 414) argumenta que:

[...] um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade em sentido formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos à condição de “cláusula pétrea”, integrando o rol do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limites materiais à reforma da Constituição. Ora, esta proteção jurídica reforçada, peculiar apenas aos direitos fundamentais e alguns poucos princípios escolhidos pelo Constituinte, não deixa de poder ser considerada um dos efeitos jurídicos gerados pelos direitos fundamentais e, portanto, uma dimensão de sua eficácia.

Tanto o parágrafo primeiro do artigo 5º e seu inciso IV, quanto o parágrafo 4º, do artigo 60, da Constituição Federal, referem-se aos direitos fundamentais. E o Título II da Constituição, grafado com a denominação abrangente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, contempla em seu Capítulo II os direitos sociais, de tal sorte a qualificar esses direitos prestacionais como *direitos fundamentais*.

Portanto, negar eficácia e aplicabilidade imediata aos direitos sociais contemplados no Título II da Constituição Federal significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade.

Os direitos sociais estão, desse modo, profusamente assinalados na Constituição Federal do Brasil nos dispositivos que em alguma medida refletem pretensões de igualdade e bem-estar social, e dividem-se em três grupos: 1. aqueles que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; 2. Os que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, e 3. Os que contemplam interesses cuja realização dependa da edição de norma infraconstitucional integradora (TAVARES, 2012, p. 122). O direito à educação reside no grupo dos direitos exigíveis do Estado, vale dizer, a ausência dessa prestação estatal é sempre inconstitucional e sancionável.

2.3 A EDUCAÇÃO BÁSICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pode-se perceber a caracterização jurídico-formal da educação básica no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a partir da conjugação das normas contidas na Constituição Federal do Brasil e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei. 9.394/96).

Evidenciando os resultados de uma pesquisa científica sobre a história da constitucionalização da educação no Brasil, Josiane Rose Petry Veronese e Cleverton Elias Vieira (2003, p. 101-111) pontuam as várias circunstâncias envolvendo o direito à educação desde a Constituição Imperial até a Lei Maior vigente, as quais podem ser assim sintetizadas: a Constituição outorgada em 1824 assegurava a gratuidade da instrução primária e inseria a criação de colégios e universidades no rol dos direitos civis e políticos; a primeira carta constitucional da República, promulgada em 1891, preocupou-se mais com questões de ordem formal; na Constituição de 1934 a educação passava a ser vista como um direito de todos, devendo ser ministrada pelo Estado e pela família; a Carta Constitucional outorgada em 1937 foi instrumento de notável retrocesso em matéria educacional; a Constituição de 1946 procurou restabelecer a ordem democrática e buscou recompor o modelo educacional idealizado pela Constituição de 1934 e que fora completamente esquecido pela Carta outorgada em 1937; na Constituição de 1967 a educação foi utilizada como instrumento para que o governo militar pudesse implantar sua política da “unidade e da segurança nacional”, ou seja, o ensino era a melhor forma de impor posições ideológicas capazes de atender a todos os interesses dos novos governantes do país; a Emenda Constitucional n.º 1/69 funcionou como uma dura continuação

dos princípios arbitrários estabelecidos em 1967. Até 1988 não havia uma preocupação real em criar mecanismos que fossem eficazes na garantia do direito à educação.

Com efeito, a evolução histórica da normatização da educação brasileira foi marcada pela descontinuidade da política educacional, em especial em nível federal, com visões fragmentárias, sem a acumulação de experiências anteriores, na maioria das vezes relacionadas politicamente com seus idealizadores, sem uma ideia de continuidade, de historicidade lógica, o que leva a concluir pela inexistência de um sistema educacional, de maneira a formar um todo organizado e coerente. Somente na República atual, com a Constituição de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/96 –, tem-se o início da elaboração de um sistema (CHAVENCO; OLIVEIRA, 2013, p. 156).

A Constituição Federal dispõe expressamente sobre a educação no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), definindo-a, entre os Direitos Fundamentais, como um Direito Social.

No Seção I (Da Educação), do Capítulo III (Da Educação e Desporto), do Título VIII (Da Ordem Social), a Educação é disciplinada como dever do Estado e direito de todos, ao tempo em que são definidos os princípios orientadores e os níveis de ensino.

A partir das linhas mestras da matéria educacional da Constituição, em 1996 entrou em vigor a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN).

A Lei Federal número 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a organização, os níveis e modalidades de educação e ensino, os profissionais da educação e os recursos financeiros.

Por conseguinte, o atual quadro normativo pode ser sintetizado levando-se em conta especialmente as seguintes notas distintivas:

- Universalidade do acesso e da permanência: art. 206, I, da Constituição Federal e art. 3º, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. A educação escolar deve ser acessível a todos indistintamente, ou seja, é vedada qualquer forma de discriminação. A universalidade implica, além do acesso à vaga, também o ingresso e a permanência na escola;
- Gratuidade e obrigatoriedade do ensino fundamental: art. 208, I e §1º, da Constituição Federal. A Constituição estabelece que é direito público subjetivo o ensino fundamental gratuito e obrigatório (VERONESE; VIEIRA, 2003, p. 110);
- Atendimento especializado aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: arts. 58 a 60 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e art. 208, III, da Constituição Federal. A inclusão escolar é um dos aspectos da inclusão social das pessoas com necessidades especiais;

- Creche e pré-escola no sistema de ensino municipal. A oferta deste tipo de ensino deve ser vista como uma política social básica da educação e não como forma de apoio sócio-familiar (VERONESE; VIEIRA, 2003, p. 111);

- Ensino noturno regular e adequado às condições do adolescente trabalhador: art. 4º, VI e VII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. A universalidade do acesso deve atender também jovens e adultos que necessitam, para a própria subsistência ou a de sua família, trabalhar.

Outra importante disciplina contida na Lei 9394/96 é a organização articulada, em regime de colaboração entre os Municípios, Estados, Distrito Federal e a União, dos diferentes níveis e sistemas de ensino, cabendo ao Executivo Federal a coordenação da política nacional de educação.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ao distribuir as competências entre as diversas instâncias de governo:

[...] atribui aos municípios a responsabilidade de manter a educação infantil, garantindo, com prioridade, o ensino fundamental. Aos estados cabe colaborar com os municípios na oferta de ensino fundamental e manter, com prioridade, o ensino médio. À União, no exercício da coordenação nacional da política de educação, compete prestar assistência técnica e financeira aos estados, Distrito Federal e municípios, estabelecer diretrizes curriculares e realizar a avaliação do rendimento escolar de todos os graus de ensino, além de manter as próprias instituições de ensino que, juntamente com as escolas superiores privadas, compõem o sistema federal de ensino (SAVIANI, 2010, p. 775).

A distribuição de responsabilidades diferenciadas entre os entes federados, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, conduz à repartição de encargos orçamentários respectivos para fazer frente às despesas financeiras decorrentes da implementação e administração desse sistema educacional articulado.

Importa, pois, investigar o arranjo jurídico que regula o financiamento do sistema público de oferta de serviços de educação básica.

2.4 DESPESAS OBRIGATÓRIAS E EDUCAÇÃO

Despesas públicas obrigatórias são de execução determinadas pelo ordenamento jurídico e sobre as quais o gestor público não detém discricionariedade quanto à determinação do montante mínimo estabelecido, bem como à sua efetiva aplicação. Por possuírem tais

características, essas despesas são compulsórias e têm prioridade em relação às demais, tanto no momento de elaboração do orçamento, quanto na sua execução.

Estabelecendo as bases para o financiamento do sistema educacional, a Constituição determina que o governo federal destine à educação não menos que dezoito por cento da receita líquida dos impostos, enquanto aos Estados, Municípios e Distrito Federal, impõe a aplicação de, no mínimo, vinte e cinco por cento de sua arrecadação.²⁶

O artigo 212 da Constituição Federal estabelece regras de participação dos entes federativos nos gastos públicos com educação. O mesmo art. 212, assim como o art. 213,²⁷ contém normas estabelecendo metas, prioridades e diretrizes para a aplicação e distribuição dos recursos orçamentários na esfera educacional, enquanto no art. 214²⁸ encontram-se previstos a instituição do plano nacional de educação e seus objetivos.

Percebe-se claramente que:

A Constituição foi extremamente cautelosa com o direito à educação; por isso determinou que pelo menos 18% (caso da União) e 25% (caso dos Estados, Municípios e DF) da receita proveniente de impostos deveria ser destinada à manutenção e desenvolvimento do *ensino*. (TAVARES, 2012, p. 882)

No mesmo sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 615):

No tocante ao financiamento, o art. 212 da Constituição estabelece que a União aplicará, anualmente, não menos de 18% e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não menos de 25% de suas receitas resultantes de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. O § 3º do mesmo artigo define que a distribuição dos recursos públicos terá como prioridade o atendimento das necessidades do ensino obrigatório e o § 5º, com redação

²⁶ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

²⁷ Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. § 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. § 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

²⁸ Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 2006, indica que a educação básica pública terá como fonte adicional a contribuição do salário-educação. A origem e a destinação de verbas para a efetivação do direito social à educação estão definidas, com isso, em nível constitucional. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 615)

Note-se que o art. 212 da Constituição, estabelece a quota orçamentária *mínima* (o legislador poderá estabelecer valores superiores), evidenciando a importância atribuída à educação pelo poder constituinte (SARLET, 2012, p. 343)

Os recursos devem ser destinados somente à rubrica orçamentária denominada “manutenção e desenvolvimento do ensino”, aplicando-se à construção e manutenção de instalações, remuneração de professores, aquisição de material didático e transporte escolar.²⁹

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito desse tema pode bem ser traduzido na fundamentação do voto-vista do Ministro Luiz Fux por ocasião do julgamento do Agravo Regimental contra a decisão do Agravo de Instrumento nº. 747.402 (AI 747.402 AGR/BA). O Agravo cuidou de um Recurso Extraordinário interposto por uma coligação partidária objetivando a impugnação da candidatura de adversário político que no exercício de mandato eletivo de Prefeito não aplicou recursos mínimos obrigatórios na educação. Fazendo alusão à aplicação, pelo Poder Judiciário, dos princípios da máxima efetividade e da imperatividade da Constituição para reconhecer a inconstitucionalidade da conduta do gestor público, aquele julgador consignou que:

[...] a Constituição é uma norma jurídica, cujo cumprimento não pode ficar ao alvedrio dos governantes de plantão. Dito de outro modo, os novos cânones de interpretação constitucional apontam para a máxima efetividade das normas constitucionais, razão pela qual afirmar que a não aplicação dos percentuais mínimos compulsoriamente previstos na Constituição em favor da educação configura vício sanável implica, no limite, chancelar condutas desidiasas por parte dos Gestores da *res* pública. Penso que o Supremo Tribunal Federal não pode transigir com tais comportamentos. Ademais, e como forma de eventual contra-argumento, não se revelam legítimos os argumentos expendidos *ad terrorem* no sentido de que, ante o quadro de

²⁹ A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu artigo 70, regula o âmbito de extensão do que se denomina “manutenção e desenvolvimento do ensino”: Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

escassez, premissa inexorável da economia, os gestores possuem limitações fáticas e orçamentárias para a aplicação dos recursos públicos nos programas governamentais, a cognominada reserva do possível. Com efeito, é insuficiente que o Poder Público invoque, genericamente, o argumento da reserva do possível para não observar os comandos constitucionais, em especial aqueles relacionados aos direitos fundamentais prestacionais (*e.g.*, saúde e educação). Para a utilização desse argumento deve estar condicionada a comprovação, pelo respectivo ente político, da utilização otimizada dos recursos públicos disponíveis. Do contrário, os governantes veem-se compelidos pelos imperativos constitucionais a destinar os percentuais exigidos pelo texto magno.³⁰

Assim compreendidas, as diretrizes legais que estabelecem o financiamento das prestações públicas educacionais são vias imprescindíveis de concretização do direito à educação.

Os gestores públicos responsáveis pelas políticas econômicas, portanto, não podem descurar-se dessas obrigações sob o pretexto de, *v.g.*, dispor de maior flexibilidade no manejo do orçamento em benefício da “recuperação” ou do “crescimento” da economia.

A Constituição Federal optou por um modelo de desenvolvimento pautado na justiça social e subverter esse paradigma para atender aos imperativos da economia é desprezar os fundamentos da República Federativa do Brasil.

2.4 DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA E DESENVOLVIMENTO

No ano de 1986, a Assembleia Geral da Nações Unidas proclamou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento,³¹ reconhecendo o desenvolvimento como um processo, econômico, social e político baseado na participação ativa, livre e significativa dos indivíduos.

Sob tal ângulo, desenvolvimento e educação estão inter-relacionados, porquanto, como assinalou-se em capítulo específico, a educação é um dos principais vetores que conduz à participação livre dos indivíduos.

Sob o paradigma do binômio produção e consumo instituído pelas nações mais industrializadas, a ideia de desenvolvimento surge associada com a expansão econômica e tecnológica, em contraposição à pobreza e ao atraso.

As noções de desenvolvimento, subdesenvolvimento e modernização surgiram no centro das discussões ideológicas da política internacional conduzida pelo bloco ocidental

³⁰ DJ n. 159 do dia 19/08/2014

³¹ Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

durante o período denominado “guerra fria” e estão conexionadas com a afirmação hegemônica do período pós-guerra.

Fala-se em desenvolvimento perverso ou desenvolvimento maligno (NUNES, 2003, p. 113), para referir-se ao crescimento acelerado da produção industrial e uma modernização e diversificação das estruturas produtivas, mas sem que estas mudanças se traduzam na criação de condições econômicas e sociais adequadas aos recursos internos disponíveis e à satisfação das necessidades da grande maioria da população.

A promessa inicial desenvolvimentista de atendimento das necessidades humanas por meio do crescimento econômico e da modernização tecnológica não se cumpriu e as crises sociais que impactaram fortemente os países periféricos sobre os quais recaíram as consequências mais perversas da exploração de recursos naturais e da força de trabalho acentuaram a pobreza e a concentração de renda. Explícita a exploração ambiental indiscriminada e as desigualdades sociais, o ideal desenvolvimentista mostrou-se insustentável ambiental e socialmente.

Em vias de consequência e sob a influência das ciências sociais e dos movimentos contrários ao capitalismo individualista, o tema desenvolvimento foi inserido nas pautas das discussões e políticas públicas orientadores de serviços sociais e de preservação ecológica.

Na década de sessenta, atento ao cenário desastroso provocado pela exploração econômica dos blocos hegemônicos sobre a América Latina, o cientista político Celso Furtado propôs a revisão da ideia de desenvolvimento, vinculando o conceito a um processo de mudança social por meio do qual se busca a satisfação das necessidades humanas (FURTADO, 1964, p. 29).

No decorrer das décadas de setenta e oitenta, sobretudo a partir da disseminação do modelo econômico neoliberal marcado pela resistência a qualquer interferência regulatória na economia, os efeitos indesejáveis das atividades econômicas, especialmente os danos ao meio ambiente sentidos em escala global, fomentaram discussões em torno da responsabilidade social das empresas e impulsionaram o surgimento de visões críticas acerca dos rumos do desenvolvimento e do capitalismo.

Foi no campo das discussões ecológicas e de defesa do meio ambiente natural que os debates ganharam força e dimensão global, trazendo para as reflexões críticas os movimentos preservacionistas e as contribuições das organizações internacionais.

Superados os discursos da “guerra fria” e evidenciada a adesão até mesmo dos países socialistas ao modelo desenvolvimentista, as críticas e debates sobre os reflexos ambientais e sociais gerados pela exploração predatória dos recursos naturais e humanos, sucedidos de

desastres ambientais e do aumento das desigualdades sociais, ganham força em meio a enfoques variados sobre a preservação ambiental e o combate à miséria.

O progresso da humanidade só é possível se pautado no desenvolvimento humano. Não ter acesso ao Judiciário, ser destituído da liberdade de escolha pela ausência de renda, estar sempre sujeito ao aquecimento global e à poluição não demonstra uma evolução dos direitos humanos (BENACCHIO; PARREIRA, p. 201).

O desenvolvimento deve estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades permite que sejamos seres sociais mais completos, colocando em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2010, p. 29).

O desenvolvimento não pode confundir-se com o mero crescimento da produção, mas tem que agregar com outros aspectos fundamentais. O desenvolvimento econômico passa por caminhos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento integral da sua personalidade, a conquista do bem-estar material, mas também o desenvolvimento dos homens no plano da sua profissão, da cultura e do lazer. O desenvolvimento deve colocar-se, fundamentalmente, a serviço da satisfação das necessidades básicas da população (alimentação, saúde, educação de base, serviços de água e saneamento, transportes e habitação). Portanto, desenvolvimento hoje implica no direito a um grau razoável de igualdade entre os cidadãos (NUNES, 2003, p. 116-117).

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) é o órgão da Organização das Nações Unidas responsável pela elaboração e publicação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O PNUD atua em mais de 166 países e exerce influência importante na teoria e nas práticas relacionadas ao desenvolvimento econômico.

Para a construção do Índice de Desenvolvimento Humano, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento computa o PIB *per capita*, a longevidade e a educação, atribuindo o mesmo peso a cada um desses fatores. A educação é medida pelo PNUD levando-se em conta a alfabetização de adultos (com 15 anos de idade ou mais) e o índice de matrículas combinadas nos três níveis de ensino da educação básica.

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, é preciso enxergar mais além (SEN, 2000, p.28).

Partindo-se dessa perspectiva ampliada de desenvolvimento, passa-se a expor os delineamentos conceituais do processo de desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento, inicialmente concebido como sinônimo de avanços tecnológicos e econômicos redundou em desastres ambientais e no incremento das desigualdades, o que obrigou uma renovada visão global a partir da qual a sustentabilidade aderiu ao conceito.

Em 1987, inaugurando um novo paradigma de desenvolvimento, a norueguesa Gro Harlem Brundtland, presidente da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, cunhou o conceito vigente de desenvolvimento sustentável:

Em essência, desenvolvimento sustentável é um processo de mudança em que a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as reformas institucionais se realizam de forma harmônica, ampliando-se o potencial atual e futuro para atender às necessidades e aspirações humanas. (ONU, 1987, p. 57) (Tradução livre do autor)

A partir dessa mudança de paradigma, impossível dissociar desenvolvimento e sustentabilidade, podendo-se mesmo afirmar que hodiernamente o processo de desenvolvimento pressupõe o atendimento dos interesses das gerações presentes e futuras.

Inicialmente adstrito ao paradigma preservacionista, com enfoque na proteção do meio ambiente, as reflexões em torno do tema ampliaram o conceito de sustentabilidade.

A esse respeito, Marcelo Benacchio e Liziane Parreira (2012, p. 200) aduzem que a sustentabilidade não é apenas uma questão ambiental, pensar em soluções sustentáveis é criar saídas de equidade para tratar das graves privações.

O desenvolvimento com sustentabilidade em acepção multidimensional possibilita o acesso a todos aos bens materiais e imateriais necessários à plena realização humana, também incluídas as futuras gerações (BENACCHIO; PARREIRA, 2012, p. 203).

Em contexto similar, José Fernando Vidal de Souza e Tônia Andrea Horbatiuk Dutra (2011, p. 9) propuseram uma visão estendida nas discussões sobre meio ambiente:

O que afeta o meio ambiente não se limita a causar prejuízos ao sistema ecológico como um todo; repercute direta ou indiretamente na qualidade de vida humana, interferindo na saúde e segurança, influenciando em suas práticas cotidianas, atingindo aspectos essenciais à sua dignidade... O pensamento deve ser integrativo, não linear e também intuitivo, na busca de valores que promovam a qualidade, a conservação e a cooperação entre as pessoas.

O economista polonês Ignacy Sachs (1993, p. 37) leva em consideração as cinco dimensões de sustentabilidade: 1. social; 2. econômica; 3. ecológica; 4. espacial e 5. cultural.

Embora tais dimensões sejam aparentemente estanques no plano teórico, essas variantes nutrem-se reciprocamente numa interconexão dinâmica que conflui para a ideia de desenvolvimento sustentável, razão pela qual importa aqui mencioná-las.

A dimensão social de sustentabilidade aproxima o desenvolvimento dos interesses da coletividade, transcendendo o individualismo e as discrepâncias de classes. Essa perspectiva propõe a busca de igualdade de oportunidades e distribuição de rendas.

A dimensão econômica volta-se para o fluxo otimizado de recursos, de forma a alcançar maior eficiência e rentabilidade em empreendimentos públicos ou privados. Aqui a eficiência econômica deve ser considerada numa escala macrossocial, ultrapassando a ideia microeconômica de rentabilidade.

A sustentabilidade ecológica orienta-se pela preservação do meio ambiente, impondo abstenções e ações que minimizem ou compensem os danos causados pela atividade econômica na natureza. Persegue-se a limitação do consumo de recursos naturais esgotáveis e a reformulação de técnicas que conciliem produção e conservação ambiental.

A sustentabilidade espacial requer a distribuição geográfica inteligente das atividades econômicas, considerando as peculiaridades locais para minimizar danos e potencializar resultados positivos decorrentes. Nessa ótica, almeja-se o equilíbrio na distribuição das populações rurais e urbanas e a descentralização de atividades.

Por fim, a dimensão cultural de sustentabilidade pressupõe o respeito às raízes culturais do agrupamento social sobre o qual recaem os reflexos do desenvolvimento. Nessa dimensão, busca-se o atendimento das especificidades culturais de tal modo que as atividades econômicas não agridam as formas e expressões apreendidas e incorporadas na convivência social.

O desenvolvimento moldado pela sustentabilidade, à luz da Constituição, mostra-se perfeitamente racional, plausível e cogente (FREITAS, 2012, p. 41).

Há que pôr em evidência, porquanto, a confluência entre desenvolvimento e os direitos sociais de tal modo a perceber irradiações do direito do direito à educação, como está consagrado na Constituição Federal, sobre o desenvolvimento. Se a história é marcada pela permanente tensão entre desenvolvimento e direitos sociais, com inomináveis abusos praticados contra a dignidade humana e o meio ambiente, impõe-se a reflexão sobre os atuais contornos constitucionais dessa inevitável coexistência.

Nessa linha de raciocínio e se levando em conta a proposta da pesquisa, optou-se por um recorte constitucional perseguindo-se a confluência entre desenvolvimento e os direitos sociais previstos na Constituição Federal, especialmente o direito à educação.

Cumpra analisar, inicialmente, a existência de um conteúdo principiológico constitucional que convirja para uma interlocução entre sustentabilidade e direitos sociais fundamentais de tal modo a perceber irradiações recíprocas entre o desenvolvimento e o direito à educação.

O constituinte brasileiro não se desvencilhou da desafiante tarefa de reunir na Constituição dois conceitos que invariavelmente se dissociaram durante a marcha da humanidade: direitos sociais e desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1988 volta-se para a previsão de questões relacionadas ao direito ao desenvolvimento desde seu preâmbulo, ao determinar que o Estado democrático instituído é destinado a assegurar o desenvolvimento da sociedade (SOUSA, 2010, p.425).

O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil reflete a posição ideológica do constituinte e serve de vetor de interpretação,³² ainda que não se situe no âmbito do Direito, mas no domínio da política.³³

Discorrendo sobre o valor jurídico do preâmbulo, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 87) pontuam:

O Preâmbulo não tem força obrigatória, não cria direitos nem obrigações. A opinião corrente, efetivamente, “dá ao preâmbulo caráter enunciativo e não dispositivo”. Não há inconstitucionalidade por violação ao preâmbulo por si mesmo – o que há é inconstitucionalidade por desconcerto com princípio mencionado pelo Preâmbulo e positivado no corpo da Constituição.

Os preâmbulos, rigorosamente, não integram o corpo da norma constitucional, mas lhe são sempre contemporâneos e agregados. Nos preâmbulos é comum encontrar-se os princípios mais sublimes para o povo, como a Justiça, a liberdade e outros. Ainda nele, o legislador constituinte aponta, pois, os ideais que o inspiraram e que se impregnam no texto que se apresenta à nação (TAVARES, 2012, p. 93).

O Preâmbulo da Constituição não é norma jurídica, mas uma declaração de intenções políticas. Não impõe proibição, não cria direitos ou deveres ou sanções por seu descumprimento e, a despeito de desenharem as aspirações da sociedade e servirem para inspirar a interpretação das normas constitucionais, o Preâmbulo é tão somente uma exortação ideológica do constituinte, sem reprodução obrigatória ou força normativa.

³² STF - ADI 2.076-5 AC

³³ Destaque-se, a respeito, o seguinte trecho do relatório proferido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, no julgamento daquela ação direta de inconstitucionalidade: “[...] o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias etc.” (STF - ADI 2.076-5 AC)

É, contudo, no Preâmbulo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 que os direitos sociais e desenvolvimento aparecem pela primeira vez com o mesmo *status*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição brasileira de 1988 referencia o desenvolvimento no próprio Preâmbulo ao enunciar que o Estado democrático brasileiro está compromissado, dentre outros fins, a assegurar o desenvolvimento da sociedade brasileira, observando-se em igual medida a igualdade, o bem-estar e os direitos sociais. Eis aí o desenvolvimento sustentável emergindo no texto da declaração de intenções da Constituição por meio da articulação ideal entre desenvolvimento e direitos sociais.

Ao agrupar em um mesmo artigo da Constituição os objetivos que devem nortear a República,³⁴ o constituinte situou o desenvolvimento, a construção de uma sociedade justa e solidária, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e do preconceito, como componentes inter-relacionados.

O artigo 3º da Constituição, dessa forma, faz entrever quais os contornos do desenvolvimento almejado pelo constituinte originário, sem, contudo, evidenciar explicitamente quais os instrumentos para efetivá-lo e nem como os cidadãos podem exigir-lhe o cumprimento. São os demais dispositivos constitucionais que podem auxiliar na análise de quais valores o legislador considera relevantes neste processo de desenvolvimento (PEIXINHO; FERRARO, 2006, p. 6961).

Juarez Freitas (2012, p. 41) eleva o desenvolvimento à categoria de princípio constitucional ao defini-lo com os elementos informadores do desenvolvimento sustentável:

³⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

Além do mais, o direito ao desenvolvimento econômico é direito fundamental que vincula os três poderes constituídos. No título da Ordem Econômica está explicitado que o desenvolvimento das riquezas e bens de produção nacional deve ser compatível com a qualidade de vida de toda a população na perspectiva de compatibilizar a ordem econômica com a ordem social. Acresça-se, ainda, que a produção de riquezas é orientada pelo princípio distributivo da ação interventiva do Estado na ordem econômica, observado o princípio fundamental de desenvolvimento nacional (PEIXINHO; FERRARO, 2006, p. 6962).

Sobre a origem do direito ao desenvolvimento, Paulo Bonavides (2004, p. 570):

O direito ao desenvolvimento foi o tema de uma aula de E. Mbaye inaugurando os Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1972. Em 1977 a Comissão dos Direitos do homem das Nações Unidas, apoiada na contribuição daquele professor universitário, formalizou, mediante resolução, o reconhecimento do sobredito direito.

Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 178), citando a Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU e a Constituição Federal do Brasil, assinalam:

O direito ao desenvolvimento foi objeto de uma declaração de 1986 da ONU, cujo artigo 1º afirma ser o direito ao desenvolvimento inalienável do homem e fundamental para que ele desfrute de suas liberdades. Do mesmo modo, a Constituição brasileira de 1988 destaca no artigo 4º, inciso IX, a cooperação entre as nações para o progresso da humanidade.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 marca o surgimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano (SOUSA, 2010, p. 422).

Para Mônica Teresa Costa Sousa (2010, p. 423)

Ainda que não tenha estado desde sempre associado aos direitos humanos em seu sentido clássico, o direito ao desenvolvimento como tal assume características específicas (indivisibilidade e interdependência com os demais direitos humanos).

Nessa linha de raciocínio, o direito ao desenvolvimento está associado à ideia de solidariedade entre o gênero humano na busca da satisfação dos anseios e necessidades comuns, ostentando indivisibilidade e interdependência em relação aos demais direitos humanos, entre eles o direito à educação.

É, portanto, na normatividade principiológica da Constituição Federal – princípio da proteção ao meio ambiente, da universalização do ensino, do desenvolvimento econômico fundado na dignidade da pessoa humana, da inclusão social, da igualdade e da justiça social, da função social da propriedade e da valorização do trabalho – que se encontra o amálgama jurídico sobre o qual se pode conexionar desenvolvimento e direitos sociais, entrevedo-se daí relações de interdependência entre educação e desenvolvimento.

Essa tecitura confere um renovado vigor ao direito à educação, pois as irradiações dos postulados constitucionais que gravitam em torno da perspectiva de desenvolvimento gravada na Constituição, redesenhada agora pela ideia de sustentabilidade, incidem concertadamente sobre a educação formando uma simbiose afluyente na direção do valor da dignidade humana.

No mundo atual, claramente se nota que o capitalismo puramente já não satisfaz mais os anseios da sociedade contemporânea, uma vez que apenas o desenvolvimento econômico-financeiro sem a baliza dos direitos humanos resultaria em um mundo onde a desigualdade reinaria. Tanto por isso, a Constituição de 1988 estabeleceu a ordem econômica, em seu artigo 170, elegendo um modelo capitalista próprio embasado na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, desde que haja desenvolvimento do indivíduo com fundamento na dignidade da pessoa humana (DOMINGOS; CUNHA; 2013, p.13).

A Constituição de 1988 não deixa margens para dúvidas: o modelo político instituído no Brasil tem, como um de seus “objetivos fundamentais”, o “desenvolvimento nacional” e a “erradicação da pobreza” (artigo 3º, II e III), observado, entre outros princípios, “o progresso da humanidade” (artigo 4º, IX) (POLI, 2013, p. 190).

Na mesma direção, o artigo 170 da Constituição determina a conformação da ordem econômica aos ditames da justiça social.³⁵

³⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A Constituição poderia ter optado por qualquer regime econômico e político. Poderia, por exemplo, ter escolhido um regime econômico liberal-capitalista ou planejador-comunista, ou ainda qualquer outro regime intermediário. Optou por um regime capitalista interventor que deve se guiar por intermédio dos seus princípios para perseguir o seu fim, notadamente o do Estado Democrático de Direito. Desse modo, regula a economia sem se preocupar com máximo ou mínimo de intervenção, e sim com a necessária, haja vista que possui um fim determinado. É justamente por isso que na Constituição o art. 170, *caput*, coloca lado a lado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ou seja, consagra a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano (SILVEIRA, 2006, p. 152).

José Antonio Avelãs Nunes (2003, p. 110) situa a educação como um dos objetivos fundamentais do desenvolvimento econômico:

O desenvolvimento econômico não pode ser um fim em si mesmo, antes tem que estar a serviço de outros objetivos fundamentais (que constituem outras dimensões do progresso social), como a redução da pobreza, a educação das pessoas, a redução das desigualdades, a satisfação das necessidades básicas da grande maioria da população.

Para Amartya Sen (2004, p. 171), o desenvolvimento humano vai muito além da melhora da qualidade de vida, inclui a participação das pessoas no crescimento econômico. Saber ler e fazer contas, por exemplo, é absolutamente crucial para o processo de participação do indivíduo na expansão econômica e no aproveitamento das oportunidades do comércio global. Em assim sendo, desenvolvimento e educação básica se fundem na perspectiva do Estado de Justiça Social.

Celso Furtado (2002, p. 19) retrata a inter-relação entre a educação e o desenvolvimento nos seguintes termos:

A educação interfere no tempo, e, melhorando-se a qualidade do fator humano, modifica-se por completo o quadro do país, abrem-se possibilidades de desenvolvimento muito maiores. Não há país que tenha conseguido se desenvolver sem investir consideravelmente na formação de gente. Esse é o mais importante investimento a fazer, para que haja não só crescimento, mas autêntico desenvolvimento. (FURTADO, 2002, p. 19).

Em congênere direção, Demerval Saviani (2009, p. 153) afirma que:

Faz-se necessário ajustar as decisões políticas ao discurso imperante. Trata-se, pois, de eleger a educação como máxima prioridade, definindo-a como o eixo de um projeto de desenvolvimento nacional e, em consequência, carrear para ela todos os recursos disponíveis. Assim procedendo, estaríamos

atacando de frente, e simultaneamente, outros problemas do país, como saúde, segurança, desemprego, pobreza, infraestrutura de transporte, de energia, abastecimento, meio ambiente etc.

A propósito, pontua Newton De Lucca (2009, p. 414):

A construção da tão sonhada sociedade livre, justa e solidária, a par de ser um dos objetivos fundamentais da nossa República, segundo apregoado na Constituição Federal, não é apenas uma obrigação jurídica que se impõe primacialmente ao Estado brasileiro, mas é um dever ético de todos, aí incluídos aqueles que exercem atividade empresarial.

Promover o bem de todos implica em oferecer condições para o pleno desenvolvimento humano (SAMPAIO, 2005, p. 122). E a educação é, sobretudo, via de desenvolvimento da pessoa, conforme reconhece a própria Constituição Federal de 1988.³⁶

A simbiose entre desenvolvimento e direitos sociais (especialmente o direito à educação básica) gravada na Constituição Federal do Brasil é o amálgama sobre o qual dialogam o os direitos sociais e a ordem econômica, ambiência em que a educação assume protagonismo na promoção do desenvolvimento com igualdade e justiça social.

Admite-se, contudo, que a evidenciação das subjacências entre a educação básica e os plexos normativos constitucionais relativos ao processo de desenvolvimento moldado pela sustentabilidade social não é suficiente para garantir a concretização do direito fundamental à educação, mormente quando a Administração queda-se inerte.

O Poder Executivo tem o dever de executar as políticas públicas constitucionalmente impostas e o Poder Judiciário deve zelar pela observância das normas constitucionais (MEYER-PFLUG, 2011, p. 93)

Resta, por conseguinte, neste cenário, analisar os fundamentos da judicialização como vetor de concretização do direito à educação básica e, de modo consequente, do desenvolvimento sustentável.

³⁶ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

3 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O vocábulo “judicialização” é polissêmico, comportando diversas acepções. Definir judicialização pressupõe descortinar os elementos essenciais que possam descrever o significado do termo; é mais do que um exercício intelectual, objetiva compreender e aprofundar o exame sobre o seu conteúdo. Nesse sentido, busca-se sistematizar as contribuições já publicadas, a partir da revisão da bibliografia disponível, problematizando-as no contexto das políticas públicas de direitos sociais com especial enfoque no direito à educação.

Num sentido amplo, a judicialização é manifestação do exercício da garantia do acesso à justiça e se perfaz sempre que uma pretensão é apresentada em juízo demandando a prestação jurisdicional. Nesse sentido, o termo judicialização é utilizado para fazer referência ao exame judicial de certo tema ou indicar a preferência pelo uso da via judicial na solução de determinada lide:

Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos. (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 115).

Noutra direção, a expressão recebe um significado de amplitude social e política quando é usada para se referir à expansão substancial da atuação do Poder Judiciário no processo decisório das democracias dos tempos atuais. Essa expansão é marcada pela transferência de questões de políticas públicas para a esfera judicial. Neste caso, usa-se a expressão judicialização da política.

Ao dissertarem sobre a judicialização da política, Débora Alves Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 114) citam métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas, em manifesta ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas. O poder de revisão dos atos administrativos e legislativos, nesta perspectiva, é consectário da constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*.

Com efeito, a judicialização da política requer do Poder Judiciário a revisão de decisões sobre políticas públicas originariamente afetas a políticos e administradores, tomando como base a Constituição (CARVALHO, 2004, p. 121).

A judicialização de direitos sociais é expressão da judicialização da política e sobrevém em razão de uma necessária intervenção judicial ante eventual frustração de direito subjetivo a políticas públicas de direitos sociais constitucionalmente estabelecidas. Portanto, não se trata de criatividade ou inovação legislativa por meio da jurisdição como ocorre no ativismo judicial, e sim de legítima via concretizadora³⁷ de direitos fundamentais.

É sob o paradigma da supremacia da Constituição que se dá a incidência do controle jurisdicional sobre políticas de direitos sociais, na forma do que se denomina judicialização da política.

Ainda que se possa atribuir a implantação de políticas públicas de educação ao núcleo essencial de competência do Poder Executivo, a Constituição Federal reservou ao Poder Judiciário a análise de qualquer ação ou omissão que implique em violação do direito à prestação educacional, mesmo que essa atuação possa ser aparentemente atípica quando se projeta sobre o campo de atribuição legal de outros órgãos públicos, o que denota uma aparente tensão entre a judicialização da política e o princípio da separação de poderes.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

As reflexões aristotélicas³⁸ sobre política e poder relacionam o Estado à ideia de compartimentação de funções públicas.

Aristóteles (1999, p. 140) exprimiu a necessidade de se definirem poderes com estruturas e funções diferentes: deliberativa (correspondente ao Legislativo); executiva (correspondente ao Executivo) e jurisdicional (correspondente ao Judiciário)

Desde a Antiguidade Clássica, portanto, especialmente com a teoria de Aristóteles, concebia-se que o Estado exercia três funções essenciais: a legislativa, a judiciária e a executiva.

Para Aristóteles, os componentes do Estado eram a população, o território e a autoridade política. O filósofo grego foi quem primeiro teorizou sobre as funções dos poderes políticos e das estruturas das autoridades (PIÇARRA, 1989, p. 31)

A ideia de Constituição mista é a base da teoria da separação formulada pelo seguidor de Platão:

[...] constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que

³⁷ A ideia de concretização advém da aproximação entre o concreto (fatos) e o Direito (TAVARES, 2012, p. 219).

³⁸ Na obra “Política”, Aristóteles (1999) trata de questões relativas à sociedade civil, às revoluções, à propriedade, às leis e, no Livro Sexto, aos três poderes: Legislativo, Executivo e Judicial.

o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas (PIÇARRA, 1998, p. 35).

Na Idade Moderna, em Dois Tratados Sobre o Governo Civil, Jonh Locke (2000, p.87) delinea a separação dos poderes denominando-os Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Deliberativo. Em momento posterior próximo, atento aos legados da cultura e da política greco-romana da Idade Antiga e aos êxitos da coalizão entre a nobreza e a burguesia formada na Inglaterra a partir da Revolução Gloriosa, Montesquieu, no Livro Décimo Primeiro de *O Espírito das Leis*, desenvolveu de forma metódica o princípio da divisão dos poderes.

José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 552) propõe um redimensionamento substancial da separação dos poderes, afirmando que o princípio deve ser lido como uma exigência de uma estrutura orgânica funcionalmente adequada, significando que “a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada (ou da única forma adequada) da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos”.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 112-113), pontua:

O princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins...a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vistas ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado. Esse ponto ótimo no rateio das funções...deve ser encontrado com foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade.

Com efeito, a separação dos poderes, com a evolução da Ciência Política, passou a ser identificada não como um fim em si mesmo, mas como um arranjo a prevenir a tirania e garantir a liberdade, sendo condição de legitimidade para qualquer sistema político democrático e pressuposto de validade do Estado de Direito.

Nessa nova tripartição das funções do Estado, a *policy determination*, *policy execution* e *policy control* (função de controle) é ponto crucial do regime constitucional. De fato, não só deve ser fiscalizada a adequação das opções governamentais às opções populares, ou ao bem comum, controle político para o qual está particularmente indicado o parlamento; como também a aplicação dessas decisões aos casos particulares — controle formal, para o qual é naturalmente indicado o Judiciário (FERREIRA FILHO, 1989, p. 118).

Embora o princípio da divisão dos poderes, observado sem restrições, o que, aliás, se não pratica em país nenhum, negue o antigo papel criador do Direito atribuído à jurisprudência,

o dever de decidir os litígios, sejam quais forem as deficiências da lei escrita, força a magistratura a reivindicar, em parte, a sua velha competência e assim tornar-se, de fato, uma dilatadora e aperfeiçoadora das normas rígidas (MAXIMILIANO, 2011, p. 40).

Os direitos sociais conferem ao indivíduo o direito a prestações estatais, ou seja, prestações positivas, como educação, saúde, trabalho, dentre outros. Contudo, na realidade observa-se que os Poderes Executivo e Legislativo não implementam de forma totalmente efetiva as políticas públicas necessárias para a concretização desses direitos de maneira satisfatória. As razões que levam a esse insucesso são inúmeras, dentre as quais, destacam-se a própria incapacidade técnica dos agentes e a escassez de recursos.

É de se reconhecer que na judicialização, em certa medida, há a incursão do Poder Judiciário na esfera de competência de outros órgãos, situação que se assenta no sistema de controle de constitucionalidade característico do regime constitucional brasileiro³⁹. Com muita frequência, todavia, as proposições de Montesquieu têm sido invocadas para condenar a judicialização e apoiar as reservas contra essa peculiar forma de administrar jurisdição, eis que nessa linha de raciocínio as questões políticas atribuídas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo seriam impermeáveis à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de infringência ao princípio da separação dos poderes.

Sob outra perspectiva, contudo, uma vez rompido o círculo no qual se movimentava livremente o órgão ou a autoridade em favor de quem se reconhece a discricionariedade e, desde que presente a lesão a direito subjetivo a justificar a intervenção do Poder Judiciário, poderá este reparar a lesão causada sem qualquer empeco. E não há propriamente matérias de natureza política em relação à quais a atuação do Poder Público seja inteiramente discricionária e, portanto, imune ao controle judiciário; o que há são aspectos discricionários de determinadas matérias de elevada conotação política, constitucionalmente reguladas (RAMOS, 2010, p. 145).

A separação das funções estatais ante a dogmática constitucional, entre nós, se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica (no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções), a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 325), no qual há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca

³⁹ Nesse sentido Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 869): “Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade)”.

do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados (SILVA, 2005, p. 110).

Aliás, a lições de Montesquieu continuam a influenciar os debates atuais no tocante à divisão estanque das funções estatais. Assinale-se, entretanto, que o princípio da separação dos poderes no atual estágio da ciência não tem o mesmo rigor inflexível de outrora. O princípio perdeu autoridade, decaiu de vigor e prestígio, encontrando-se nas atuais Constituições com proselitismo e se revelando incompatível com as formas mais adiantadas de progresso democrático quando interpretado como uma separação rigorosa (BONAVIDES, 2004, p. 143).

O próprio Montesquieu (2000, p. 180) relativizava a separação dos poderes ao admitir a interferência do Poder Executivo, pelo veto, no processo legislativo: “O Poder Executivo, conforme dissemos, deve tomar parte na Legislação, através da sua faculdade de impedir”.

Eros Roberto Grau (2016, p. 45) afirma que “Montesquieu jamais cogitara de uma *separação* de Poderes...Montesquieu propõe a *divisão com harmonia* (autêntica *interdependência* entre eles), nada mais”.

Ainda que se admita a separação dos poderes nos Estados modernos, o que se verifica atualmente é uma especialização relativizada de atribuições do Poder estatal com predominância de funções, havendo, em certos casos, alguma medida de interferências recíprocas.

Para Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 326), a clássica tríplice divisão funcional não pressupõe separação absoluta, mas significa que as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas *predominantemente*, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No Brasil, o conjunto de direitos sociais é matéria contemplada na Constituição Federal, sendo exigível judicialmente ante o desatendimento pelas esferas políticas originariamente competentes (Poder Executivo e Poder Legislativo), hipótese que se encaixa na ideia de judicialização da política a partir do modelo democrático de controle mútuo entre os Poderes.

Pode-se verificar que a teoria da separação dos poderes não serve de barreira impeditiva do controle jurisdicional em prol da efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática, mormente diante da inércia ou inapetência dos poderes públicos, sobretudo em um cenário jurídico de direitos positivados e, conseqüentemente, judicializáveis de pronto.

A compreensão do direito à educação básica como um direito fundamental tem como uma de suas principais conseqüências a possibilidade de o cidadão exigir do Estado a sua concretização. E a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 é a de possibilitar ao

indivíduo ou à coletividade perseguir esse direito pela via jurisdicional, ou seja, por meio do Poder Judiciário (SCAFF; PINTO, 2016, p. 435).

O Poder Judiciário tem, nesse contexto, a corresponsabilidade pela concretização dos direitos sociais fundamentais expressamente conferidos a todos, mesmo que a via de realização de tais atributos sagrados implique na imposição de ações ou omissões ao Poder Legislativo ou Executivo, sem que se possa falar ofensa à separação dos poderes, tampouco em decisionismos ou ativismo judicial, mas sim em expressão do exercício legítimo de controle jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Deve-se deixar claro que o papel desempenhado pelo Poder Judiciário reside em observar se as normas constitucionais relativas aos direitos sociais são efetivadas e, quando necessário, conclamar o Poder Executivo para que concretize as políticas públicas constitucionalmente previstas (SARMENTO, 2009, p. 387).

A atuação do Poder Judiciário assume papel de especial relevância. Isto porque, na condição de intérpretes e aplicadores do Direito, cabe a eles a difícil tarefa de assegurar o máximo de efetividade às normas constitucionais. Todavia, não se pode perder de vista que a realização do Estado Social e Democrático de Direito é uma tarefa constante e comum de todos os Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

3.2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

O exame da judicialização pressupõe a tensão entre os direitos sociais e as respectivas políticas públicas concretizadoras.

Diante da necessidade de minimizar as desigualdades e se aproximarem ao máximo da realização da justiça social, as Constituições Modernas, com algumas exceções (v.g. a Constituição alemã), contemplam os direitos sociais conferindo-lhes o caráter de direitos fundamentais.

A ausência de políticas públicas e outras condicionantes de ordem política, econômica ou orçamentária constituem fatores de impasse no atendimento pleno de todas as demandas sociais.

A realização de objetivos socialmente relevantes e constitucionalmente determinados reclama a atuação administrativa planejada, governabilidade, viabilidade orçamentária e legislativa e a articulação coordenada dos meios à disposição do Estado. Diante dessas complexidades, as políticas públicas devem mirar a realização dos objetivos definidos na Constituição Federal, assegurando-se o atingimento das metas manifestamente prioritárias.

Todavia, consideradas em razoáveis termos essas contingências, quando a fruição de direitos fundamentais é malograda ou afetada negativamente, a sociedade encontra no Poder Judiciário a sua salvaguarda. Essa conjunção é a nota definidora da judicialização.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 372), a judicialização da política caracteriza-se pelo deslocamento de questões sociais ou políticas para o âmbito de decisão do Poder Judiciário.

Considerando-se a vinculatividade dos direitos sociais e dos fins constitucionais a serem perseguidos pelo Poder Público, a judicialização se converte em controle jurídico racional das políticas públicas de direitos sociais.

Para bem definir judicialização da política, ainda, há que se fazer a prévia distinção entre o que se denomina de um lado *judicialização da política* e de outro lado *ativismo judicial*.

Partindo de sua concepção de cláusulas vagas, Ronald Dworkin (2002, p. 214-215) faz a contraposição entre o ativismo judicial e a moderação judicial:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi, a despeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do Presidente de acordo com isso. Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

No ativismo judicial o intérprete exerce atividade criativa, age proativamente através de uma exegese expansiva que colima vácuos reguladores impeditivos da concretização de direitos, imiscuindo-se, desta forma, na esfera de competência do Poder Legislativo. Neste cenário, o princípio da separação dos poderes tem relevância para pôr em xeque essa espécie excepcional de exercício de jurisdição. Para Ronald Dworkin (2007, p. 451):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O Direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 2007, p. 451).

Para Elival da Silva Ramos (2010, p. 116), o ativismo judicial é a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, precipuamente pela incursão da jurisdição na função legislativa: “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa”.

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 372) pontua que o ativismo judicial instala-se “em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

O ativismo judicial, nessa linha de raciocínio, é um modo de interpretação proativa e expansiva, sobretudo no suprimento de omissões legislativas que configurem óbices para a fruição efetiva de direitos, sendo, portanto, uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance (BARROSO, 2012, p. 372). É a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas e sanar omissões legislativas (SOUZA NETO; MOURÃO, 2015, p. 218).

Já a judicialização caracteriza-se pela intervenção judicial, mas não em vista de uma omissão legislativa absoluta, e sim em face de direitos já estabelecidos na ordem jurídica e fruíveis de pronto, mas que tem a sua eficácia negada ou obstaculizada em razão da deliberada e injustificada ausência ou insuficiência de políticas públicas concretizadoras.

É que, como visto, os direitos sociais previstos na Constituição Federal são exigíveis judicialmente ante o não atendimento pelas esferas políticas originariamente competentes, hipótese que se subsume na ideia de judicialização da política a partir do modelo democrático de controle de constitucionalidade⁴⁰ instituído no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 demonstrou uma grande preocupação com a garantia dos direitos sociais e, ao enumerá-los expressamente em seu texto, acabou por impor ao Poder Legislativo e Executivo a formulação de políticas públicas para assegurá-los na prática.

Nesse passo, no âmbito da judicialização do direito à educação constitucionalmente assegurando, é preciso reconhecer que interpretação judicial, além de possuir um caráter jurídico, também detém, inegavelmente, um caráter político. É que o Texto Constitucional

⁴⁰ Nesse sentido Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 869): “Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade)”.

consagra em seu corpo opções políticas da sociedade veiculando, portanto, princípios políticos, ou melhor dizendo, decisões políticas (MEYER-PFLUG, 2011, p. 76).

A propósito a lição de Ada Pellegrini Grinover:

[...] o Judiciário, como forma de expressão estatal, deve ser alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade...o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. (2008, p. 12)

Ao constitucionalizar os direitos sociais, o legislador transformou Política em Direito, pois a partir do instante em que uma prestação social é normatizada no Texto Constitucional, ela se transmuda em potencial pretensão jurídica a ser apresentada em juízo:

Na medida em que uma questão – seja de um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2012, p. 24).

Verifica-se, nos tempos atuais, um processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, reforçando o vínculo existente entre Política e Direito. Tal relação é mais evidente no Texto Constitucional, que além de ser uma norma jurídica, trata de matéria política. Tal fato pressupõe uma democracia mais judicializada, é dizer, que encontra no Poder Judiciário a sua força regulatória (MEYER-PFLUG; CAMPOS, 2013, p. 310).

No Brasil, os direitos sociais e os princípios orientadores de sua efetivação estão disponibilizados ao intérprete/aplicador do Direito em forma de direitos fundamentais, constituindo matéria política judicializável.

Com efeito, desde o momento em que os direitos sociais foram constitucionalizados surgiu o direito subjetivo⁴¹ de exigir a efetivação de tais direitos, contexto em que o protagonismo do Poder Judiciário funda-se em preceito de igual *status*, qual seja o da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

⁴¹ As normas constitucionais de direitos sociais conferem, de imediato, o direito a obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 25).

3.3 A INAFSTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O acesso à justiça é uma das garantias mais elementares do Estado de Direito e tem como razão primeira a viabilidade de obtenção da prestação jurisdicional estatal para a tutela de direitos.

Como decorrência da justiciabilidade dos direitos fundamentais, surge o chamado princípio da inafastabilidade da tutela judicial (MARMELSTEIN, 2011, p. 326).

No dizer de Cappelletti (1998, p. 8):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Historicamente, sobretudo nos estados liberais dos séculos XVIII e XIX, a garantia de acesso à justiça restringia-se ao direito formal de propor ou contestar uma ação, conjuntura em que o Estado somente atuava na solução de conflitos se os contendores estivessem em condições de arcar com os custos da demanda. Todavia, a importância das ações e relacionamentos deslocou-se da restrita perspectiva individualista e assumiu caráter coletivo à medida em que as sociedades do *laissez-faire* cresceram de tamanho e complexidade ditando uma transformação radical no conceito de direitos humanos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Hassan Hajj (2003, p. 285), ao analisar a trajetória da garantia do acesso à justiça nas constituições brasileiras, pontua:

A acessibilidade ampla e irrestrita ao Poder Judiciário surgiu com a edição da Constituição de 1946...uma redação bastante semelhante ao texto atual: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

O dogma da inafastabilidade da prestação jurisdicional aparece inscrito formalmente na Constituição de 1946⁴² como um esboço que culminaria na atual configuração gravada no vigente ordenamento jurídico brasileiro.

⁴² Art 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ... § 4º - A

Todavia, o golpe de 1964 resultou em regressão do plexo de direitos e garantias alcançados até então, incluindo-se o acesso a um Poder Judiciário independente e imparcial (MACHADO; NOMIZO, 2015, p. 34).

A Constituição de 1967 negou os direitos políticos e proscreeu o exercício da cidadania de tal forma que o Estado e as suas instituições passaram a atuar exclusivamente a serviço do regime autoritário, deixando o povo órfão não apenas de garantias, mas também de qualquer proteção concreta de direitos (PAROSKI, 2008, p. 181-182).

Superado o período sombrio da Ditadura Militar, a Constituição Federal de 1988 regenerou formalmente no plano jurídico a ordem democrática e enumerou textualmente um expressivo elenco de direitos e garantias fundamentais, todos assentados no valor da dignidade humana.

Hodiernamente, as Constituições dirigentes⁴³ – como é a brasileira – tem como uma de suas mais expressivas marcas distintivas a predefinição expressa de legitimação do Poder Judiciário como via, por excelência, de acesso à ordem jurídica justa.

O constituinte brasileiro percebeu que a concretização dos direitos fundamentais pressupõe o acesso à Justiça, como bem demonstrou Mauro Cappelletti (MARMELSTEIN, 2011, p. 177).

Com efeito, a inafastabilidade da prestação jurisdicional encontra-se positivada na Constituição Federal da República Federativa do Brasil,⁴⁴ estando elencada entre as garantias fundamentais inerentes a todas as pessoas indistintamente (MACHADO; NOMIZO, 2015, p. 34).

No atual arranjo constitucional, portanto, a disposição da jurisdição em um Estado Democrático de Direito ultrapassa a limitada tarefa de resolver conflitos que se desenrolam no espaço privado, ao tempo em que o Poder Judiciário descaracteriza-se como instrumento da manutenção do regime político, para converter-se em vetor de justiça e garantidor do império e da efetividade da Constituição.

lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil - 1946)

⁴³ Adota-se aqui a noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente de Luiz Roberto Barroso (2013, p. 107), para referir-se às normas que carregam consigo a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a conseqüente redução do campo reservado à deliberação política majoritária.

⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Aliás, em situações variadas a garantia de acesso à justiça é pressuposto para a concretização dos direitos fundamentais, máxime no modelo vigente de estado de bem-estar social em que a efetividade dos direitos sociais há que ser garantida por vias próprias ao encaminhamento de uma solução plausível.

A doutrina (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10) ressalta que: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Dito de outra forma, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição o Poder Judiciário detém o poder-dever de agir sempre que configurada lesão ou ameaça a direito. Partindo-se deste raciocínio, nenhum ato estatal, político ou não, que irradie efeitos na órbita de direitos de outrem, poderá eximir-se da inquirição jurisdicional (VICTOR, 2011, p. 30).

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas, são direitos exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de dimensão subjetiva (MAMELSTEIN, 2011, p. 326), expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares, reivindicáveis na seara judicial.

Assim, na hipótese de o Poder Público deixar de cumprir com os deveres de respeito, proteção e promoção a que está obrigado, poderá ser compelido a fazê-lo por meio de um processo judicial.

Sob o império da Constituição, portanto, a inafastabilidade da jurisdição convola-se em garantia posta à disposição de todos para ser utilizada até mesmo contra o próprio Estado quando este eventualmente ocasionar alguma lesão ou ameaça de direitos, seja por ação ou omissão.

A Constituição Federal impõe ao Estado o dever de conferir efetividade aos direitos sociais. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário suprir as falhas dos outros poderes na implementação desses direitos, uma vez que esses se encontram expressamente positivados no Texto Constitucional. Nesta hipótese, o Supremo Tribunal Federal assume legitimamente o protagonismo na garantia da concretização dos direitos prestacionais, como guardião da Constituição.

3.4 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

A teoria clássica da interpretação propõe-se a revelar a norma através da análise do texto legal, do seu processo de criação, das suas conexões sistemáticas e dos seus antecedentes, assim como o sentido e a finalidade (a *ratio* e o *telos*).

Revelando o conteúdo da norma, a abstração feita do problema concreto que se deve decidir é subsumida à moda de conclusão silogística ao suposto vital de cuja normação se trata (HESSE, 1983, p. 37-38).

Interpretar, assim, é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém (MAXIMILIANO, 2011, p. 24).

Joaquim José Gomes Canotilho, ao discorrer sobre a hermenêutica constitucional, remete à ideia dos símbolos linguísticos.⁴⁵ (1993, p. 365) Interpretar é remontar do signo à coisa significada, ou seja, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada (BOBBIO, 2006, p. 212).⁴⁶ Em outras palavras, a interpretação é a atribuição de um significado a vários símbolos linguísticos, mediante a utilização de critérios (ou medidas) que, na conformidade da doutrina hermenêutica, pretendem-se objetivos, transparentes e científicos (CANOTILHO, 1993, p. 376).⁴⁷

O juspositivismo⁴⁸ tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social. (BOBBIO, 2006, p. 221).

⁴⁵ Discorrendo sobre interpretação constitucional, Canotilho promove um diálogo entre a linguística e o direito: “Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada.” (CANOTILHO, 1993, p. 365)

⁴⁶ Pois bem, interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. (BOBBIO, 2006, p. 212)

⁴⁷ A interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição. Esta interpretação faz-se mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objetivos, transparentes e científicos (teoria ou doutrina da hermenêutica). (CANOTILHO, 1993, p. 376)

⁴⁸ O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. (BOBBIO, 2006, p. 135).

Descartes (2007, p.37), em sua configuração mecanicista da função de julgar, afirma que a capacidade de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso é naturalmente igual em todos os homens.⁴⁹

Para Cesare Beccaria, o juiz deve julgar adstrito ao método científico de dedução - silogismo - e qualquer raciocínio a mais gera incerteza e obscuridade (BECCARIA, 1997, p. 20)⁵⁰.

É de se atentar para as limitações impostas por tais perspectivas reducionistas da atuação jurisdicional.

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. (KELSEN, 2009. p. 395).

A ciência “neutra e superior” é moralmente cega e muda à fonte de recursos (SOUZA; DUTRA, 2011, p.14).

Criticando a ficção segundo a qual a interpretação da norma jurídica só pode levar a uma única conclusão “correta”, Hans Kelsen (2009, p. 396) esclarece que em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

Com efeito, a necessidade de uma interpretação dinâmica resulta do fato de a norma ou o sistema de normas deixarem várias possibilidades em aberto à sentença judicial, por exemplo (KELSEN, 2009, p. 392).⁵¹

A interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual, a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa, o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, em face de um caso concreto (real ou hipotético). É “atribuição” de conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede na delicada tarefa hermenêutica. (TAVARES, 2012, p. 101).

A doutrina, tradicionalmente, classifica a interpretação de acordo com a origem, elementos e métodos: 1. autêntica, quando operada por intermédio de um novo diploma, editado

⁴⁹O filósofo, físico e matemático francês René Descartes trata a interpretação judicial de maneira extraordinariamente simplista ao afirmar: “Não é verossímil que todos se enganem nesse ponto: antes, isso mostra que a capacidade de bem julgar, e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se chama o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens. (DESCARTES, 2007, p. 37).

⁵⁰ Nesse sentido, o Marquês de Beccaria ilustra textualmente: “O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A premissa maior deve ser a lei geral; a premissa menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro”. (BECCARIA, 1994, p. 20)

⁵¹ É nos seguintes termos que o jusfilósofo mais debatido da história adverte: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, esse ideal somente é realizável aproximativamente. (KELSEN, 2009, p. 396).

posteriormente ao texto obscuro, ao qual visa dar a clareza originariamente omitida, vezes por despreparo intelectual do confeccionador da norma; 2. judicial, quando proferida por órgão judicante, independentemente de nível, assim sendo entendida tanto a manifestação de um Juízo monocrático como o *decisum* de um Tribunal; 3. doutrinária ou doutrinal, desde que feita pelos doutores do direito, ou seja, os juristas, em seus escritos e opinamentos, detalhando o texto da norma em conjugação com os conceitos que inspiraram a edição desta; 4. gramatical ou literal, em razão do intérprete recorrer a elementos puramente filológicos do texto analisado, deste extraindo o sentido após acurada apreciação do emprego das palavras, da significação dos vocábulos; 5. lógica consistindo na ênfase oferecida à análise do texto da norma, em lugar das palavras que compõem o mesmo, tomada de empréstimo a lógica geral; 6. sistemática, todas as normas devem ser analisadas tendo em conta as suas inter-relações com outras normas do ordenamento; 7. histórica, compreendendo aquela que toma por base os antecedentes normativos do texto em análise; 8. teleológica, mira a compreensão finalística da norma (CARVALHO, 1994, p. 318-321). A exegese jurídica clássica dá-se, em todas essas classificações, pela técnica da subsunção, ancorada em um padrão de preceitos que salvaguarda ao intérprete uma postura rigidamente científica de descoberta do significado da norma legislada.

O processo hermenêutico constitucional, todavia, edificou-se a partir da emergência de princípios próprios de interpretação. É que além dos critérios tradicionais da interpretação das normas jurídicas gerais, o estatuto constitucional suscita a utilização de princípios interpretativos específicos, categorizados doutrinariamente de forma sistematizada para servirem de instrumento para a compreensão do significado e alcance das normas fundamentais.

O *método clássico* preconiza que a Constituição seja interpretada com os mesmos recursos interpretativos das demais leis: a interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical. A interpretação constitucional não fugiria a esses padrões hermenêuticos, não obstante a importância singular que lhe é reconhecida. A fraqueza dessa metodologia estrita (MENDES; BRANCO, 2014, p.98) está em que, enquanto as normas dos demais ramos do direito ostentam, habitualmente, alto grau de densidade normativa – vale dizer, mais precisa determinação do seu conteúdo –, a Constituição, além de abrigar normas de índole análoga à dos ramos infraconstitucionais do Direito, marca-se pela presença de preceitos que apenas iniciam e orientam a regulação de certos institutos, deixando em aberto, tantas vezes, o modo

e a intensidade de como se dará a sua concretização por parte dos órgãos políticos. Não há coincidência, nesse aspecto, com a estrutura normativa típica das leis.

A superioridade jurídica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político, das normas constitucionais, demandam a utilização de princípios instrumentais (BARROSO, 2009, p. 308) de interpretação constitucional: princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; princípio da efetividade.

Como observa Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2011, p. 93):

Ao se levar a cabo a interpretação da Constituição deve-se necessariamente considerar as especificidades do texto constitucional, como a singularidade das normas constitucionais, o caráter aberto de suas normas, a linguagem constitucional, e o caráter político de suas normas. Também se mostra necessário o uso dos pressupostos hermenêuticos, quais sejam, os instrumentais hermenêuticos, os princípios e os postulados constitucionais. Destacam-se os postulados da unidade da Constituição, efeito integrador, máxima efetividade possível, conformidade funcional, harmonização ou cedência parcial recíproca, força normativa da Constituição e supremacia constitucional.

O tema da “interpretação conforme a Constituição” enquadra-se no estudo das técnicas de decisão operadas pela jurisdição constitucional. Não se trata propriamente de um método específico ou diferenciado de interpretação da Constituição, mas sim das leis. Assim, quando uma norma infraconstitucional contar com mais de uma interpretação possível, uma (no mínimo) pela constitucionalidade e outra ou outras pela inconstitucionalidade, o intérprete deverá sempre preferir a interpretação que consagre, ao final, a constitucionalidade (TAVARES, 2012, p. 112).

A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de fato (MIRANDA, 1996, p. 257). Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjetivismo ou na emoção política.

Ressalte-se que a interpretação constitucional não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário,

continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca do sentido das normas e na solução de casos concretos (BARROSO, 2009, p. 307). Relevante, mas nem sempre suficiente. No quadro da dogmática já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação da Constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional.

As normas que compõem o Texto Constitucional são dotadas de generalidade quando em comparação com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Daí falar-se em “abertura das normas constitucionais”⁵².

As normas constitucionais são dotadas de um caráter aberto, amplo e genérico que lhes permite abarcar uma pluralidade de situações. Este caráter aberto das normas constitucionais é decorrência da própria essência da Constituição que é responsável pela fixação das diretrizes e princípios fundamentais do Estado, bem como em virtude de as normas constitucionais, na maioria das vezes, apresentarem-se como princípios ou normas programáticas. Essas últimas contêm disposições indicadoras de valores a serem respeitados e assegurados e fins sociais a serem alcançados. Sua finalidade não é outra senão a de estabelecer certos princípios e programas de ação (MEYER-PFLUG, 2011, p. 4).

As normas constitucionais têm, portanto, em sua essência, um caráter aberto, mormente aquelas de cunho programático que são indicadoras de fins e valores a serem concretizados, fazendo-se necessário, diante dessa imprecisão, compreender como o aplicador do Direito deve guiar-se na exegese dos dispositivos relativos aos direitos sociais.

Esse signo de abertura dos princípios constitucionais amplia o protagonismo judicial na densificação dos direitos sociais, propiciando uma atuação criativa do Poder Judiciário diante da necessidade de concretização dos valores sagrados para a democracia.

Aliás, o caráter dos chamados “conceitos vagos”, fluidos ou imprecisos impregnados nas regras concernentes aos direitos sociais não é impeditivo a que o Poder Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo (MELLO, 2010, p. 57).

Assim como o legislador, o julgador é um criador do Direito e nesta função é relativamente livre, ingressando a voluntariedade no processo de aplicação da lei. Na atividade cognoscitiva do órgão julgador o processo de criação pode valer-se, além do direito positivo,

⁵² Nesse sentido, ao explanar sobre a densidade e abertura das normas constitucionais, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.181): “A *abertura* das normas constitucionais confunde-se, por vezes, com *abertura da constituição*. São, porém, conceitos diferentes. Se se preferir, são dois diferentes níveis: (1) *abertura horizontal*, para significar a incompletude e o caráter ‘fragmentário’ e ‘não codificador’ de um texto constitucional; (2) *abertura vertical*, para significar o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se ‘abrem’ à mediação legislativa concretizadora.

de outras normas de incidência: normas morais, normas de justiça, juízos de valores sociais que costumamos designar de bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 2009, p. 393).⁵³

Contudo, Eros Roberto Grau em seu *Porque tenho medo dos juízes* (2016, p. 91) adverte:

Qualquer intérprete, assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos textos normativos. A *abertura dos textos de direito*, embora suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do *texto*. Eis a primeira razão pela qual nego a chamada *discrecionariade judicial*.⁵⁴

O jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma, editado pelas entidades democrática e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional. A norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma grandeza autônoma (CANOTILHO, 2003, p. 1222), independente da norma jurídica, nem uma decisão voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral.

Na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução (BARROSO, 2009, p. 310), não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação de seu sentido.

Ademais, a interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica é incapaz de colmatar as lacunas do Direito (KELSEN, 2009, p. 395).⁵⁵

Para Peter Häberle (1997, p. 839), todos as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, estão envolvidos de tal modo que a interpretação constitucional é, a um só tempo, elemento resultante dessa mesma sociedade. Todavia, esclarece que “subsiste sempre a

⁵³ Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, etc. (KELSEN, 2009, p. 393).

⁵⁴ O próprio Eros Roberto Grau, na mesma obra *Por que tenho medo dos juízes* (2016, p. 93), admite uma hipótese dentro da qual pode ser exercitada a discrecionariade judicial no Direito brasileiro: “trata-se da permissão expressa contida no artigo 1.109 do Código de Processo Civil”.

⁵⁵ Para Kelsen: “A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do direito é uma função criadora que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo.” (KELSEN, 2009, p. 395).

responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação”.

Temos que encontrar princípios de interpretação que possam ancorar a Constituição em uma realidade externa mais segura e determinada (TRIBE; DORF, 2007, p. 13). O juiz, ao aplicar as leis, deve fazer mais do que operar um processo autômato de dedução. Não existe fórmula capaz de eliminar definitivamente a necessidade de escolhas judiciais, embora haja certas fórmulas que tentem esconder tal necessidade atrás de declarações de “intenção original” ou de “significado claro” do texto da norma (TRIBE; DORF, 2007, p. 37)⁵⁶.

É de se atentar que uma justiça paralisada favorece a concentração do poder e gera a impossibilidade de se instaurar uma dialética em torno de conflitos sociais (FOUCAULT, 1997, p. 74.).⁵⁷ O jurista opera no mundo da ambiguidade, devido ao caráter geral da norma jurídica. Sua função não é automatizável porque consiste na absorção da incerteza (LOSANO, p. 371).⁵⁸

O Direito é constituído por um conjunto de textos normativos que exprime a vontade do legislador e demanda, para a sua adequação às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais, uma interpretação dinâmica por parte da jurisprudência (BOBBIO, 2006, p. 213).⁵⁹

Partindo-se da visão haberliana, a interpretação das normas constitucionais é realizada por todos os que vivem a realidade por ela disciplinada. As constituições, não carregam um conjunto de decisões simples e acabadas, mas são, em sua forma, expressão e instrumento mediador da cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais, e depósito de futuras "configurações" culturais, experiências, vivência e saberes.

A interpretação é o caminho que leva à aplicação da lei, sendo imperioso que o intérprete decifre o texto e compreenda o seu conteúdo, o seu alcance e a sua finalidade (MEYER-PFLUG, 2011, p. 85).

⁵⁶ “E a próxima lição é que não existe fórmula capaz de eliminar definitivamente a necessidade de escolhas judiciais, embora haja certas fórmulas que tentem esconder tal necessidade atrás de declarações de ‘intenção original’ ou de ‘significado claro’ do texto”. (TRIBE; DORFE, 2007, p. 37).

⁵⁷ A esse respeito: “A paralisia da justiça está ligada menos a um enfraquecimento que a uma distribuição mal regulada de poder, sua concentração em um certo número de pontos e aos conflitos e discontinuidades que daí resultam” (FOUCAULT, 1997, p. 74).

⁵⁸ Discorrendo sobre a teoria estruturalista do Direito, Losano (2011, p. 371) refere sobre a interpretação: “Se o jurista opera no mundo da ambiguidade devido ao caráter geral da norma jurídica, então sua função não é automatizável porque consiste ‘na absorção da incerteza’ presente no sistema”.

⁵⁹ Do horizonte da linguística para o Direito: “fala-se em interpretação estática e de interpretação dinâmica, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-los às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais” (BOBBIO, 2006, p. 213).

O intérprete deve considerar o contexto social em constante mudança, situando o Direito em conformidade com a sua significação mais atual. Nesse sentido, no decorrer de poucos anos, as leis mudam de significado, indo muito além da intenção originária de seus autores, sem sofrerem a mínima mudança em seus elementos gráficos. Como a norma já é um dado de referência pré-constituído, um “querer já manifestado genericamente” (REALE, 1999, p. 563) e posto por ato de autoridade, torna-se necessário interpreta-la à luz das circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa, bem como verificar qual a sua significação real.

Não parece trazer dúvidas a afirmação que uma das características que, inclusive, pode trazer como consequência problemas quanto à efetividade das normas constitucionais programáticas, é o fato da farta utilização de conceitos jurídicos indeterminados (FERRARI, 2001, p. 201).

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o “dever-ser” normativo e o “ser” da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma⁶⁰. É o que resulta da utilização frequente nos textos constitucionais da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais. A interpretação precisou desenvolver, reavivar ou aprofundar categorias específicas de trabalho (BARROSO, 2009, p. 309-310), que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

A indeterminação de conceitos normativos impõe análises axiológicas, mormente a realização da justiça, e tem a virtude de viabilizar ao intérprete a adaptação da regra às realidades em constantes transformações.

O conceito jurídico indeterminado, em todas as situações, deve sempre levar a uma solução justa, que deve estar embasada em valores de justiça. Portanto, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, quando a palavra utilizada tem sentido vago, fluido e até incompreensível em toda a extensão de seu significado pode possibilitar a sua adaptação às várias épocas de crise ou desenvolvimento da vida humana, o que, se por um lado pode trazer perplexidade, de outro é extremamente favorável para a realização da mutação constitucional, isto é, para a atualização da Constituição (FERRARI, pp. 209 e 211).

⁶⁰ Trata-se da aplicação do postulado constitucional da máxima efetividade possível, preconizado por Gomes Canotilho (2003, p. 227) e Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 224).

Para Flávia Piovesan (2016, p. 56): “a Constituição não detém a pretensão de completude, A incompletude da Carta aponta para sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político”.

Em sentido similar, Norberto Bobbio (2011, p. 126) considera superado o dogma da completude do Direito e afirma que diante de cláusulas abertas franqueia-se ao julgador a possibilidade de uma atuação criativa, sendo-lhe conferido um papel ativo quando confrontado com a realidade dinâmica que escapa à normatização.

A propósito, a lição Hebert L. A. Hart:

Ao interpretar as leis ou os precedentes, os juízes não têm à sua disposição somente as alternativas da escolha cega e arbitrária da dedução “mecânica” a partir de normas de significado predeterminado. Com muita frequência, sua escolha é guiada pelo pressuposto de que o objetivo das normas que estão interpretando é razoável, de modo que estas não se destinam a perpetrar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos. A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer. (2009, p. 264)

Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser (ALEXY, 1993, p. 83). Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e de proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de “dever-ser”, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.

Princípio é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo o espírito e sentido e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2006, p. 882).

Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão de peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (DWORKIN, 1989, p. 77-78).

Na lição de Canotilho (1993, p. 306), essa ponderação é um balanceamento de valores e interesses que o intérprete realiza diante de princípios aparentemente conflitantes. Nessa

perspectiva, a interpretação dos princípios e regras⁶¹ constituem caminho necessário para a aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais, de forma a orientar o intérprete na realização teleológica da Constituição.⁶²

A propósito, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se nos seguintes termos destacados:

[...] problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis neste contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos. (STF, Ag. Reg. na suspensão de liminar 47, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30/04/2010)

Os princípios constitucionais desempenham um papel hermenêutico constitucional, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados (SARMENTO, 2000, p. 54).

Contudo, como adverte o próprio Daniel Sarmiento (2006, p. 200):

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos.

Se não houver transparência e objetividade na argumentação, a hermenêutica dos direitos fundamentais trará mais desvantagens e descrédito ao processo judicial (MARMELSTEIN, 2011, p. 396). Em matéria de direitos fundamentais, há um dever especial de aumentar a carga argumentativa da decisão judicial. Esse reforço da carga argumentativa decorre do dever constitucional de motivação dos atos judiciais e é um fator extremamente importante a ser observado pelo Judiciário quando está sopesando valores constitucionais.

⁶¹ A interpretação constitucional diz respeito tanto à interpretação do próprio Texto Constitucional, tendo em vista os seus princípios e regras, como à interpretação dos atos normativos infraconstitucionais em relação à Carta Magna, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis, tem por objeto a própria Constituição e por finalidade tornar aplicável o Texto Constitucional às realidades fáticas. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 73).

⁶² A interpretação das normas constitucionais deve ater-se a esses elementos políticos e sociais, de maneira que a norma constitucional possa cumprir o seu papel dentro do ordenamento jurídico, sem distanciar-se da realidade social que visa regular. As aspirações políticas da Constituição devem orientar o intérprete durante a sua atividade, sob pena de invalidar o próprio Texto Constitucional. (MEYER-PFLUG, 2011, p. 77).

A esse respeito, oportuna a crítica de Eros Roberto Grau (2016, p. 117): “A ponderação entre princípios tem sido operada, pela jurisprudência e pela doutrina, discricionariamente, à margem da interpretação/aplicação do direito, conduzindo à incerteza jurídica”. E o constitucionalista complementa em tom de reprovação: “a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem opera, optando por um ou outro deles, escapando ao âmbito dos juízos de legalidade”.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Na tarefa de concretização da Constituição, o Judiciário há de aplicar-se a prover a força normativa da Constituição e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto (GRAU, 2016, p. 128).

O intérprete deve, portanto, adotar uma solução que confira à norma constitucional a máxima efetividade, é dizer, a sua plena operatividade e eficácia. Ressalte-se que este princípio é utilizado para a interpretação de todas as normas constitucionais, sendo de grande valia, principalmente, em face das normas de direitos sociais. Trata-se, na verdade, de um reforço ao princípio da unidade da Constituição. Nesse sentido busca-se atribuir eficácia a todas as normas constitucionais, evitando-se assim a existência de “normas não jurídicas” (MEYER-PFLUG, 2011, p.80).

Nada obstante, não se pode ignorar o axioma segundo o qual a existência de normas e seu reconhecimento por grande parte do grupo social não é suficiente para garantir a efetividade dos direitos. Deveras, o caráter constitucional das normas que definem os direitos sociais não é suficiente para garantir, por si só, a concretização dos fins a que se destinam.

Diante do desatendimento do plexo normativo e principiológico que orienta a concretização dos direitos sociais, especialmente aqui o direito à educação, emerge, portanto, o Poder Judiciário como garantidor da efetividade da Constituição Federal.

Todavia, a tarefa de conferir sentido e efetividade às normas programáticas requer a utilização de parâmetros principiológicos constitucionais conexiados em máxima medida possível com o direito objetivo e em consonância com as contingências da realidade em permanente transformação.

As definições prescritivas do direito fundamental à educação e do desenvolvimento não destoam das demais normas constitucionais quanto ao caráter aberto, vago e impreciso, muito em razão da potencial amplitude semântica dos vocábulos. Contudo, esse caráter aberto das normas constitucionais, não impede o reconhecimento de sua imediata aplicabilidade dentro do

campo indubitoso de sua significação, cabendo ao intérprete sacar da imprecisão ou fluidez das palavras um sentido determinável apto a fixar o seu alcance no caso concreto (MELLO, 2010, p. 29), valendo-se tanto dos métodos clássicos de interpretação quanto dos instrumentos próprios da hermenêutica constitucional.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 337), o princípio da democracia econômica e social⁶³ justifica e legitima a intervenção econômica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômico, cultural e social e é um elemento essencial de interpretação na forma de interpretação conforme a constituição. Nessa perspectiva, o Judiciário deve considerar o princípio da democracia econômica e social como princípio obrigatório de interpretação para avaliar a conformidade dos atos do poder público com a Constituição. Nos casos de interpretação de conceitos indeterminados, o princípio da democracia econômica e social constitui uma medida vinculativa e uma linha de direção obrigatória na concretização do conceito indeterminado (CANOTILHO, 2003, p. 341).

Conciliar a plena efetivação do direito à educação com qualidade e, conseqüentemente, o desenvolvimento com justiça social, diante dos obstáculos que se erguem para a concretização desses objetivos - a exemplo da escassez de recursos orçamentários -, é uma dificuldade imposta ao Estado e à sociedade, cumprindo, a partir dessa perspectiva, analisar a dialética entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

3.5 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

A partir da necessidade de proteção dos fins essenciais do Texto Constitucional, que são aqueles que decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana, torna-se relevante discorrer sobre o “mínimo existencial”.

Por mínimo existencial entende-se o conjunto formado pelos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana (TORRES, 2009, p. 107).

⁶³ Gomes Canotilho define o princípio da democracia econômica, social e cultural, nos seguintes termos: “O princípio da democracia econômica, social e cultural tem a mesma dignidade constitucional do princípio do estado de direito e do princípio da democracia política, estando, tal como eles, garantido contra leis de revisão substancialmente perversoras. Todavia, ele apresenta duas dimensões específicas relativamente a estes dois princípios: (1) uma dimensão teleológica, pois a democracia econômica, social e cultural é um objetivo a realizar no contexto de um público aberto – ‘Estado social como processo’ – e, por isso, ela apresenta-se como um fim do Estado; (2) uma dimensão impositivo-constitucional, pois muitas das suas concretizações assentam no cumprimento de fins e tarefas por parte de órgãos de entidades públicas” (CANOTILHO, 2003, p. 337).

É na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã que se origina o mínimo existencial como decorrência da formulação teórica do denominado “mínimo de existência” sobre as raízes da dignidade humana em um Estado Social garantidor de serviços básicos necessários à existência digna (KRELL, 1999, p. 144-145).

É a partir da dignidade humana que se justifica o reconhecimento do direito fundamental a um mínimo existencial. A dignidade da pessoa humana é o princípio central que confere organicidade e consistência ao ordenamento constitucional, extraíndo-se a plena eficácia jurídica do mínimo existencial. Este, por sua vez, enquanto concretização da dignidade da pessoa humana em sua dimensão positiva apresenta-se como critério material constitucionalmente adequado de justiciabilidade dos direitos sociais (GAUDÊNCIO, 2015, p. 95).

O Supremo Tribunal Federal, inspirado na jurisprudência da Corte alemã, passa a aplicar a teoria do mínimo existencial a partir de 2004. Destaque-se, a propósito, o seguinte trecho de decisão proferida naquele ano pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9, julgada em 29 de abril de 2004:

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁶⁴

⁶⁴ Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 45. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004 PP-00012. RTJ VOL-00200-01 PP-001910.

Para Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio (2015, p. 107):

[...]o mínimo existencial deve contemplar prestações materiais que assegurem uma vida com dignidade e propiciem a plena fruição da autonomia e da cidadania, o que não significa a satisfação de querências individuais, e sim de um padrão compatível com a realidade social na qual se insere, porém, sem abdicar de um conteúdo predeterminado, composto daquelas prestações cuja essencialidade para a vida humana é, hoje, amplamente reconhecida.

O direito à educação tem pelo menos dois bons motivos para figurar no rol de direitos minimamente exigíveis. A uma porque se revela direito basilar e essencial para o atingimento da personalidade e dignidade humana. A duas porque serve de ponte para uma plêiade de outros direitos igualmente essenciais para a dignidade do ser humano (VICTOR, 2011, p. 98).

Na tutela dos direitos sociais, ante a ausência de políticas públicas eficazes e considerando a positivação desses direitos, firmou o Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de que o Tribunal pode adentrar no mérito das políticas em casos de abusividade governamental e em observância ao mínimo existencial. (BARCELOS, 2002, p. 258).⁶⁵

Empregando-se uma interpretação “máxima” ao conceito de “mínimo” – melhor explicando - se se ampliar cada vez mais o núcleo essencial do direito – a teoria do mínimo existencial daria uma grande contribuição à busca da máxima efetividade dos direitos sociais (MARMELSTEIN, 2011, p. 350). É preciso buscar a maximização dos mínimos sociais e a otimização dos direitos sociais (TORRES, 2009, p. 284).

O mínimo existencial pode ser entendido como um complexo de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna em toda a sua amplitude, ou seja, em seus aspectos físico e intelectual necessários para o desenvolvimento do indivíduo (SARMENTO, 2009, p. 383), exigíveis prioritariamente mesmo diante da escassez de recursos. Nesse contexto, há que confrontar o mínimo existencial com a reserva do possível.

No ano de 1972, o Tribunal Constitucional Alemão proferiu julgamento (BVerfGE⁶⁶ 33, 303) mencionando que os benefícios estatais estão condicionados à reserva do possível, nos seguintes termos:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode

⁶⁵ Tal posição foi firmada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45.

⁶⁶ BVerfGE é a abreviação de *Bundesverfassungsgericht*, termo alemão que traduzido para o português significa Tribunal Constitucional Federal.

o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade (SCHWABE, Jürgen, 2005, p. 664).

A Decisão do Tribunal Constitucional Alemão BVerfGE 33, 303, de 18 de julho de 1972, tem sido referenciada como formulação inaugural da *reserva do possível*, também denominada *reserva do financeiramente possível*.⁶⁷ Com efeito, predomina o entendimento (CANOTILHO, 2003, p. 108; KRELL, 2002, p. 52; SARLET, 2008, p. 12) que situa a Decisão do Tribunal Constitucional Alemão como o *leading case* que originou a assim chamada reserva do possível, razão pela qual limitar-se-á, neste estudo, à análise daquele julgado e suas correlações com a construção teórica existente em torno da referida asserção restritiva de direitos sociais.

Nessa linha de raciocínio, a expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*) (FALSARELLA, 2012, p.2).

A BVerfGE 33, 303 julgou a constitucionalidade da Lei sobre a Universidade de Hamburgo (Universidades Act - UNIG) de 25 de abril de 1969 e da Lei sobre a admissão às universidades bávaras de 08 de julho de 1970, as quais impunham limitações para o ingresso de calouros em universidades alemãs. Enfrentou-se, naquela oportunidade, o suposto conflito entre as referidas leis e a seguinte disposição geral contida no artigo 12 da Constituição Alemã:

I. Direitos Básicos (Art. 1 - 19):

...

Art 12.

Todos os alemães têm o direito de escolher profissão, local de trabalho e a instituição de ensino livremente. (tradução livre do autor)⁶⁸

⁶⁷ Nesse sentido: Gilmar Ferreira Mendes (2010, p.7; S.T.F., IF 470/SP, DJ 20/06/2003); Rafael da Silva Santiago (2012, p. 9); Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2010, p. 29) e outros.

⁶⁸ No original: *I. Die Grundrechte (Art. 1 - 19): ...Art. 12 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.*

A “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. Com efeito, mesmo em possuindo o Estado os recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador (SARLET, 2008, p. 12).

Deve-se refletir em que medida a reserva do possível pode ser transportada da Alemanha para o Brasil, uma vez que ambos os países sempre viveram e continuam vivendo realidades bem distintas. Há que se considerar que o Direito alemão não reconhece os direitos sociais com os mesmos contornos da Constituição brasileira, circunstância que, a rigor, desautoriza contextualizar a decisão BVerfGE 33, 303 no cenário jurídico brasileiro como irrefletidamente vem fazendo os constitucionalistas nacionais sob a influência do mestre português Canotilho.⁶⁹

A Lei Fundamental alemã de 1949, diferentemente da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, optou por não disciplinar os direitos sociais, deixando sua regulamentação para as leis infraconstitucionais.

Todavia, a reserva do possível vem transitando desembaraçadamente em nossas academias e tribunais, sendo realidade presente a ser examinada e enfrentada com os olhos voltados para o quadrante jurídico brasileiro, levando-se em conta sobretudo o amálgama formado pela peculiar simbiose constitucional entre desenvolvimento e direitos sociais.

Admitida, portanto, com ressalvas, a BVerfGE 33, 303 como *leading case* a orientar a aplicação da teoria da reserva do possível, resta compreender de forma objetiva, mas ampla, o teor desse precedente alemão.

⁶⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, autor em cujas obras grande parte da doutrina constitucionalista brasileira se apoia, ao tratar da reserva do possível cinge-se aos contornos de ordem econômica da teoria: “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiros nos cofres públicos” (CANOTILHO, 2003, 481).

Impende, desde já, para melhor compreender o alcance da denominada reserva do possível, analisar o trecho a seguir destacado da decisão BVerfGE 33, 303, da Corte Constitucional da Alemanha:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. (SCHWABE, Jürgen, 2005, p. 664.).

Relevante observar que este trecho do julgado menciona os termos “reserva do possível” sem vincular essa locução à ideia de orçamento ou a qualquer outra concepção de ordem financeira ou econômica. Outrossim, o aposto explicativo “no sentido de” (*im Sinne dessen*) sucede a locução “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) relacionando-a ao termo “razoavelmente” (*vernünftigerweise*).

Com essa análise dos termos da frase do julgado que deu origem a toda uma teorização acerca do que se denominou posteriormente “cláusula da reserva do possível”, “princípio da reserva do possível”, “teoria da reserva do possível” ou simplesmente “reserva do possível”, é possível admitir que a concepção original contida na BVerfGE 33, 303, sobre a restrição a direitos prestacionais, está relacionada precipuamente a um apelo de racionalidade.

É bem verdade que no mesmo julgado mencionam-se os aspectos econômicos e orçamentários em complementação às ideias de restrição de possibilidade (“reserva do possível”) e razoabilidade (“racionalmente”):

[...] eles se encontram sob a **reserva do possível**, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, **racionalmente** falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu **orçamento**, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização **econômica** geral. (SCHWABE, Jürgen, 2005, p. 663). g.n.

Assim, ao prescrever que a administração do orçamento deve atender a outros interesses coletivos (além dos referentes à educação universitária), aquele órgão julgador previu a necessidade de o legislador pautar-se pela observância dos imperativos de harmonização econômica do orçamento. Todavia, a essa prescrição de ordem orçamentária e econômica não se pode conferir o poder de definir de forma absoluta os contornos da ideia da *reserva do possível* conforme o que *racionalmente* se pode exigir da coletividade na efetivação dos direitos prestacionais.

Essencialmente, o que é relevante notar é que o advérbio “racionalmente” refere-se à locução “reserva do possível” significando o que é factível conforme a razão e ao bom senso, incluindo-se aí todos os aspectos de ordem prática e lógica.

Observe-se, outrossim, que é na mesma decisão que encontraremos as condicionantes que potencialmente autorizariam a restrição do acesso aos direitos prestacionais, revelando-se a constitucionalidade de dispositivo limitador de acesso às universidades somente se tal:

(1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação, e quando (2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação. (SCHWABE, Jürgen, 2005, p. 666).

Constata-se, assim, que, consoante a leitura ampliada acerca do *leading case* alemão, eventual omissão estatal no campo da efetivação do direito à educação somente guarda amparo constitucional diante do esgotamento de todas as capacidades criadas com recursos públicos, demonstrada a racional escolha de critérios que conduzam ao máximo atendimento possível da justiça social espelhada na Lei Maior.

De outra parte, há que se considerar que numa sociedade de risco como a brasileira não se apresenta possível mais suportar o ônus da incerteza no que se refere às questões relacionadas à implementação de políticas públicas. Urge a busca de soluções eficazes para garantir a efetividade dos direitos sociais (WALD, 2012, p. 717).

Em se partindo do pressuposto segundo o qual as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa - mínimo existencial - constituem parâmetro necessário para a exigibilidade até mesmo pela via da judicialização, o direito à educação há que ter a sua concretização prevalecente quando contrastado com a “reserva do possível”.

A par dessas considerações, evidenciar-se-ão, em seguida, os contornos teóricos e práticos da judicialização do direito à educação como via de efetivação dessa categoria de direitos sociais.

3.6 O DIREITO À EDUCAÇÃO JUDICIALIZADO

Realçada a judicialização como legítima via de concretização de políticas públicas de direitos sociais, há que se analisar os elementos do controle judicial de políticas afetas ao direito fundamental à educação.

No recorte institucional da pesquisa levou-se em consideração a pertinência temática do Supremo Tribunal Federal, pois diante da ampla garantia e detalhamento do direito à educação na Constituição Federal, o Tribunal Constitucional surge como um espaço privilegiado para a análise desse direito social. Ademais, o Supremo Tribunal Federal é a via recursal de última instância nas questões constitucionais inicialmente enfrentadas por outros órgãos do Poder Judiciário.

Robert Alexy (1993, p. 529) compreende que a existência de um direito subjetivo coloca em segundo plano as razões contrárias à competência de controle do Tribunal Constitucional, fazendo com que a competência de controle dependa essencialmente da segurança com que se pode fundamentar a existência de uma posição jusfundamental:

[...] sempre que possa fundamentar-se com suficiente segurança que existe um direito subjetivo do indivíduo...tem que passar a segundo plano as razões que falam contra uma competência de controle do Tribunal. A competência de controle do Tribunal depende, pois, sempre essencialmente da segurança com que pode fundamentar-se a existência de uma posição jusfundamental.

Assim, a questão da justiciabilidade (ALEXY, 1993, p. 447) dos direitos sociais é hoje muito mais uma questão de interpretação e argumentação jurídica.

Dessa forma, optou-se pela triagem de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas quais o direito à educação foi o objeto principal, levantando-se em conta a argumentação jurídica representativa da visão da Corte Constitucional acerca desse direito fundamental.

Como efeito, o Supremo Tribunal Federal surge na última década como um dos principais atores do processo de judicialização da política e, especificamente no caso dos direitos educacionais, da judicialização da educação (SCAFF; PINTO, 2016, p. 435), razão pela qual o recorte temporal desta investigação é o espaço de tempo entre os anos de 1996 a 2016.⁷⁰

Buscou-se analisar as decisões que trataram, na última década, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de três argumentos denegatórios opostos à judicialização de políticas públicas educacionais: a reserva do possível, a separação dos poderes e a eficácia das normas constitucionais que tratam do direito à educação básica. Esta confluência serviu como principal

⁷⁰ Embora não tenham sido trazidos para a pesquisa os julgados de todo o período de uma década, a investigação analisou as decisões proferidas nesse espaço temporal, inclusive decisões recentes (DJe-135/2016 e RE 961512/DF – DJe 133/2016), compilando-se, todavia, somente as que durante esse interregno enfrentaram com maior profundidade a reserva do possível, a separação dos poderes e a eficácia das normas constitucionais de direito educacional.

parâmetro para a escolha da jurisprudência a seguir analisada, até mesmo em razão da convergência desses critérios com os recortes desta pesquisa.

As decisões judiciais relacionadas ao direito à educação básica no âmbito do Supremo Tribunal Federal foram coletadas no sítio eletrônico do órgão, especificamente na seção “Pesquisa de Jurisprudência”.⁷¹

A decisão proferida pelo Ministro Celso Mello no Agravo em Recurso Extraordinário 639.377 (Informativos STF 520 de 2008 e 632 de 2011), lastreada na jurisprudência da própria Corte Constitucional (Agravo 474.444, Recurso Extraordinário 410.715 e Recurso Extraordinário 436.996), firmou-se como um dos principais precedentes sobre a judicialização do direito à educação. Esse caso paradigmático é referenciado recorrentemente nas decisões do Supremo sobre direito à educação desde a sua publicação em 2007 até os dias atuais⁷² e, ademais, o seu conteúdo coincidente com o suporte argumentativo das decisões analisadas em quase todo período recortado revela um ponto de amadurecimento no pensamento da Corte Constitucional. Por essas razões, optou-se por utilizá-lo como amostra inicial da análise que se pretende neste capítulo.

Aprofundando-se a investigação sobre a judicialização do direito à educação, serão enfocados o Agravo de Instrumento 474.444 e os recursos extraordinários 410.715 e 436.996, porque referenciados no Agravo em Recurso Extraordinário 639.377⁷³ como jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ressalvando-se que a seleção de tais objetos de pesquisa seguiu o critério da confluência com os seguintes recortes deste estudo: a reserva do possível, a separação dos poderes e a eficácia das normas constitucionais relativas ao direito à educação básica.

Pretende-se demonstrar a racionalidade das decisões analisadas, enfocando-se as tensões que envolvem a judicialização de políticas públicas de assistência educacional.

⁷¹ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>

⁷² Entre as inúmeras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria nas quais o Agravo em Recurso Extraordinário 639.377 é utilizado como principal precedente orientador, destaca-se o relatório do Ministro Luis Roberto Barroso em 23 de abril de 2014 no Recurso Extraordinário com Agravo 761.127 - STF - DJe nº 86/2014, p. 122 e, mais recentemente: Rcl 21124/SP DJe-126/2015; AC 3934/SP - DJe-135/2016 e RE 961512/DF – DJe 133/2016.

⁷³ É do teor do Agravo em Recurso Extraordinário 63.9337 o seguinte trecho referenciando esses julgados: “O exame desta causa, no entanto, considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise (AI 474.444 - AgR/SP, RE 410.715 - AgR/SP, RE 436.996 - AgR/SP)” (STF - DJe nº 123/2011, p. 120.).

3.6.1 O Agravo 639.337 ⁷⁴

Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública⁷⁵ movida exitosamente pelo Ministério Público do Estado de São Paulo⁵³ tendente a obrigar o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a sentença do juízo de primeiro grau e o Município insurgiu-se, por meio de Recurso Extraordinário, alegando, além da reserva do possível, que a decisão judicial que impôs a realização de política pública de educação violaria o princípio da separação dos poderes. Todavia, o Tribunal de Justiça paulista não admitiu o Recurso Extraordinário interposto pelo recorrente, razão pela qual o Município provocou o exame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal por meio de agravo (Agravo em Recurso Extraordinário 639.337).

O Agravo em Recurso Extraordinário 639.337 foi distribuído para a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, para a relatoria do Ministro Celso de Mello. O Relator conheceu do agravo mas negou o provimento, considerando que o recurso confrontava a jurisprudência dominante da Corte Constitucional, decisão mantida pela Turma por unanimidade.

O Supremo Tribunal Federal realçou, nesse paradigmático caso em análise, a fundamentalidade do direito à educação e sua feição de direito de segunda geração de caráter prestacional, cujo adimplemento pelo Poder Público é inescusável.⁷⁶

Em outro ponto da decisão, o Supremo reafirmou a possibilidade de o Poder Judiciário impor ao Poder Executivo a concretização do direito à educação, alicerçando tal assertiva nos consectários do controle de constitucionalidade, da integridade e eficácia da Constituição.⁷⁷

⁷⁴ DJ 197, do dia 17/10/2008.

⁷⁵ A legitimidade do Ministério Público, para promover a ação civil pública em casos como este encontra amparo especialmente na Lei 8.625/93: Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: ... IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

⁷⁶ Conforme o seguinte trecho do Relatório: “É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts.208, IV, e 227, ‘caput’) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva...” (STF - DJe nº 123/2011, p. 120-121)

⁷⁷ Neste sentido o seguinte trecho daquela Decisão: “...o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas...É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público...” (STF - DJe nº 123/2011, p. 121)

Com efeito, ao tempo em que reconhece não caber ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas de direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal asseverou que, excepcionalmente, diante de omissão do órgão competente, cabe a injunção pela via jurisdicional no interesse de conferir integridade ao direito fundamental à educação⁷⁸. Em outro importante ponto da Decisão em comento, o Supremo Tribunal Federal consolida o entendimento segundo o qual a reserva do possível não pode servir de escudo retórico para eximir o Poder Público das prestações de direitos fundamentais positivos, com é o caso do direito à educação.⁷⁹

Finalmente, ao decidir a matéria, o Ministro Celso Mello reafirmou a posição do Poder Judiciário paulista, impondo ao Município de São Paulo a oferta da prestação educacional, viabilizando, inclusive, que tal se desse nas proximidades das residências dos alunos, sob pena de multa.⁸⁰

No caso em exame, o Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no Código de Processo Civil de 1973 - artigo 544, § 4º, II, “b” (com a redação da Lei 12.322/2010).⁸¹ Atestou naquela ocasião, o Ministro Relator, que a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito à educação

⁷⁸ Consoante o seguinte fragmento do Relatório do Ministro Celso de Mello no mesmo Recurso: “Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.” (STF - DJe nº 123/2011, p. 122)

⁷⁹ Segundo aquele Relator: “Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. (STF - DJe nº 123/2011, p. 122)

⁸⁰ Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas e reafirmando a correta determinação emanada do Poder Judiciário paulista, que impôs, ao Município de São Paulo, em face da obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças, o dever de viabilizar, em favor destas, a matrícula em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art.544, § 4º, II, “b”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010), mantendo, por seus próprios fundamentos, o acórdão proferido pelo E.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (STF - DJe nº 123/2011, p. 122)

⁸¹ Código de Processo Civil de 1973: Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. ... § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para:...b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;

não é escusável sob o pretexto da reserva do possível e que se trata de direito fundamental que pode ser legitimamente imposto pela via jurisdicional.⁸²

O texto da decisão proferida no Agravo 639.377 está transcrito nos Informativo STF 580 de 2008 e 632 de 2011, consolidando-se como importante referência.

Nesse mesmo Agravo 639.377, o Agravo 474.444 STF e os recursos extraordinários 410.715 STF e 436.996 STF foram reportados como conformadores da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em estudo, razão pela qual passa-se à análise de tais paradigmas jurisprudenciais.

3.6.2 O Agravo 474.444⁸³

Cuida-se de agravo interposto perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão do Tribunal e Justiça do Estado de São Paulo. O agravo pretendeu o julgamento de recurso extraordinário apresentado pelo Município de Santo André em face de condenação proferida em ação civil pública impondo àquele entre federativo a oferta de vagas em estabelecimentos de ensino.

O Ministério Público ingressou com Ação Civil Pública postulando o pleno atendimento do direito à educação pelo município paulista de Santo André, ao que o Poder Judiciário do Estado de São Paulo deferiu o pleito para determinar que a municipalidade efetivasse a matrícula de crianças em creches na área de suas residências. Inconformado, o Município de Santo André interpôs recurso extraordinário arguindo a transgressão aos artigos 2º,⁸⁴ 165,⁸⁵

⁸² Nesse norte, o trecho do Relatório em comento: “O exame desta causa, no entanto, considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise (AI 474.444- AgR/SP; RE 410.715- -AgR/SP; RE 436.996-AgR/SP), convence-me da inteira correção dos fundamentos que apoiam e dão consistência ao acórdão emanado do E.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”.

⁸³ DJ. nº 62 do dia 31/03/2004

⁸⁴ Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁸⁵ Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

169,⁸⁶ 206,⁸⁷ incisos I, VI e VII, 208⁸⁸ e 211, § 2º ⁸⁹, todos da Constituição Federal, ao argumento de que a determinação do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, para que o gestor público efetuasse matrícula de criança em creche, independentemente de existência da respectiva vaga e dos recursos financeiros necessários, feria o Princípio da Separação dos Poderes.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria do Município, o que ensejou a propositura do Agravo de Instrumento perante o Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, em seu relatório assinado em 05 de março de 2004, negou acolhida ao agravo interposto pelo Município de Santo André, reconhecendo o dever daquele ente federativo atender artigo 208, VI, da Constituição Federal⁹⁰, todavia, ratificou o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pelo não prequestionamento de matéria constitucional, eis que a decisão do Poder Judiciário paulista lastreou-se na Constituição Estadual, na Lei Orgânica do Município de Santo André e no Estatuto da Criança e do Adolescente.⁹¹

A oferta da educação foi reafirmada neste precedente com um dever não tergiversável pelos entes federativos, nem mesmo sob o argumento de escassez de recursos orçamentários,⁹²

⁸⁶ A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar

⁸⁷ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;...VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade.

⁸⁸ 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

⁸⁹ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. da respectiva vaga e dos recursos financeiros necessários, feria o Princípio da Separação dos Poderes.

⁹⁰ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:...IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

⁹¹ Nesse sentido, o seguinte trecho destacado daquele Relatório: “...conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele nego acolhida, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Carta do Estado – artigo 240, na Lei Orgânica do Município – artigos 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente – artigo 54, inciso IV. ”

⁹² A esse respeito, o seguinte trecho do Relatório do Ministro Marco Aurélio no AI 474.444: “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja,

e é nesse sentido que o Agravo de Instrumento 474.444 figura como uma influente diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

3.6.3 O Recurso Extraordinário 410.715 ⁹³

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em nova ação civil proposta em face do Município de Santo André. A ação foi julgada procedente pelo juízo de primeira instância, contudo, o Tribunal de Justiça paulista, dando provimento ao recurso interposto pelo Município, acatou a tese de que a matrícula de criança em creche municipal insere-se no âmbito da conveniência e oportunidade do Poder Público, sendo, portanto, ato discricionário da Administração.

A relatoria do Recurso Extraordinário 410.715 recaiu sobre o Ministro Celso de Mello, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Ao analisar a questão, o Relator pontuou que a oferta da prestação educacional é obrigação constitucional de alta significação e prerrogativa indisponível, tratando-se de direito fundamental sobre o qual não há espaço para avaliações discricionárias ou pragmatismos⁹⁴.

Neste mesmo Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal reafirmou que inobstante caber precipuamente ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas educacionais, ao Poder Judiciário é lícito intervir diante da omissão estatal, sem que se possa com isso alegar ofensa à cláusula constitucional da separação de poderes.⁹⁵

unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”.

⁹³ STF - DJ 08/11/2005

⁹⁴ Nesse sentido, os seguintes trechos destacados do Relatório em análise: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a esta assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.”

⁹⁵ No tocante à legitimidade do Poder Judiciário para intervir em favor da concretização do direito à educação, leia-se o seguinte fragmento do Relatório do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário em referência: “Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-

No mesmo Recurso Extraordinário, em seu Relatório, o Ministro Celso de Mello não se escusou de rebater a tese da reserva do possível, relacionando o direito à educação às condições mínimas de existência digna (mínimo existencial).⁹⁶

O colegiado da Segunda Turma reafirmou as razões do Relator. Inconformado, o Município interpôs agravo e, em 22 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento de que a inércia do Estado na oferta de prestação educacional configura inconstitucionalidade por omissão, razão pela qual o Poder Judiciário deve exercer o controle de constitucionalidade impondo a concretização desse direito social. Ademais, ficou assentado que não há margem de arbítrio administrativo para a efetivação ou não da prestação educacional em favor do cidadão, afastando-se, inclusive, por força do mínimo existencial, a possibilidade de invocar-se a reserva do possível.⁹⁷

Aliás, no tocante à margem discricionária do administrador, um dos pontos discutidos neste caso, também a doutrina tem apregoado que o poder discricionário traz subjacente o respeito e conformidade ao ordenamento jurídico, aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, universalidade e, ainda, aos princípios constitucionais administrativos da legalidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. (SAMPAIO, 2005, p. 138).

jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”

⁹⁶ Contrapondo a reserva do possível ao mínimo existencial, o Ministro Celso de Mello assinalou que: “Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

⁹⁷ No extrato da decisão proferida no agravo interposto pelo Município de Santo André em face do Recurso Extraordinário ora em análise, consta: “A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator”.

3.6.4 O Recurso Extraordinário 436.996 ⁹⁸

Em nova ação civil pública impetrada contra a omissão do Município de Santo André-SP, o juízo de primeiro grau acatou os argumentos do Ministério Público para determinar a prestação do direito à educação infantil em creches municipais. Inconformado com a decisão monocrática, a Procuradoria do Município de Santo André recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo logrando a reforma da primeira sentença. Em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, o Ministério Público paulista interpôs o Recurso Extraordinário 436.996, incumbindo à Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgar a matéria, o que ocorreu em 26 de outubro de 2005.

O Ministro Celso de Mello, Relator do Recurso Extraordinário em análise, reafirmou os fundamentos por ele mesmo apresentado no Recurso Extraordinário 410.715 (ver item anterior), destacando a indisponibilidade do direito à educação e a configuração de inconstitucionalidade por omissão diante da não concretização daquela prerrogativa pelo Poder Executivo.⁹⁹

No mesmo julgado, foi novamente afastado o entendimento acerca da discricionariedade da Administração na oferta da prestação do direito à educação, enfatizando-se qualquer margem de juízo de conveniência ou oportunidade por parte dos responsáveis pela implementação das respectivas políticas públicas.¹⁰⁰

Ficou consolidado o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a judicialização é via legítima de concretização do direito à educação, entendimento que refuta o argumento segundo o qual a intervenção do Poder Judiciário na matéria implicaria em ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes.¹⁰¹

⁹⁸ DJ 07/11/2005.

⁹⁹ A esse respeito, o trecho a seguir destacado do Relatório do Ministro Celso de Mello: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível...Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado...a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.”

¹⁰⁰ Nesse norte, o Ministro Relator advertiu que: “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.”

¹⁰¹ Rechaçando a tese que censura a judicialização de políticas públicas, o Ministro Celso Mello pontuou: “Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.”

Resgatando o entendimento firmado o no Agravo 474.444, o Ministro Relator do Recurso Extraordinário 436.996 repeliu a escusa retórica da reserva do possível, reafirmando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o direito fundamental à educação não pode ser legitimamente negado ou obstaculizado sob tal argumento.¹⁰²

Nota-se uma clara sinalização da Corte Constitucional quanto à obrigatoriedade de implementação de políticas públicas referentes ao direito à educação, afastando-se, inclusive, a utilização retórica da teoria da reserva do possível como escusa para a não concretização de tais políticas públicas constitucionalmente impostas.

Esse raciocínio consagra o entendimento segundo o qual os direitos sociais dispõem de vinculatividade normativa geral e não se apresentam como meros programas ou linhas de direção política, mas como normas de ação e de parâmetro ao juiz, dada sua força constitucional (QUEIROZ, 2010, p. 187).

Neste e nos julgados anteriormente comentados, o Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar as decisões em favor da concretização do direito à educação, mantém um padrão de argumentação consistente nos seguintes pontos: 1.) o direito fundamental à educação é mandamento constitucional indisponível e obriga a Administração; 2.) não há discricionariedade por parte da autoridade administrativa quanto ao oferecimento da prestação educacional, sendo um encargo político-jurídico inafastável que vincula todos os agentes públicos; 3.) a imposição ao Poder Executivo, por parte do Poder Judiciário, no sentido de adotar providências administrativas concretizadoras do direito fundamental à educação não fere o Princípio da Separação dos Poderes, mas é incumbência excepcional garantidora da efetividade e integridade dos direitos fundamentais; 4.) em razão da educação básica ser pressuposto para uma vida digna, a reserva do possível não é escusa válida para exonerar a Administração Pública do dever de concretizá-la.

¹⁰² “Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

4. CONCLUSÃO

Promover o bem-estar social e assegurar o desenvolvimento com igualdade, respeitando-se as liberdades, apresenta-se como um complexo desafio posto ao Estado na contemporaneidade.

A despeito de a Constituição da República Federativa do Brasil situar os direitos inerentes à condição humana em posição nuclear e estear a ordem econômica à justiça social, os avanços econômicos quase sempre são perseguidos como fins em si mesmos em detrimento das liberdades substanciais, cenário em que as ações dos órgãos públicos incumbidos de formular e executar políticas públicas apresentam-se insuficientes na difícil tarefa de harmonizar os interesses em jogo.

Perseguindo-se os objetivos desta pesquisa, a judicialização foi testada no cotejo com o ordenamento jurídico brasileiro como meio idôneo a viabilizar a efetividade do direito à educação básica, concluindo-se que à jurisdição constitucional incumbe determinar a concretização das normas definidoras de direitos sociais nas hipóteses em que as instâncias governamentais com atribuição originária para tanto descumprirem os comandos da Constituição a elas dirigidas em primeiro plano. Da análise do arranjo constitucional evidenciou-se a eficácia do direito à educação básica que, aliada à garantia fundamental de acesso à justiça, valida a existência de um modelo de controle judicial de constitucionalidade sobre os atos dos demais Poderes a possibilitar a expedição de comandos aos órgãos públicos administrativos inadimplentes na prestação educacional.

A separação dos poderes em suas origens e evolução até o estágio atual significa a compartimentação de atribuições e foi concebida com o fim de refrear o abuso do poder, sem que se possa falar em especialização absoluta e sim em funções predominantes. A separação dos poderes, portanto, não tem validade como postulado denegatório da judicialização, restando afastada pela confirmação da hipótese de judicialização como controle legítimo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Na judicialização do direito à educação básica, o intérprete vale-se dos métodos específicos de interpretação constitucional em complementação aos cânones tradicionais, guiado pelo ideal da máxima efetividade na afirmação da força normativa da Constituição.

Alcançado os objetivos iniciais da pesquisa, perseguiu-se a identificação dos delineamentos constitucionais do desenvolvimento sustentável. Para tanto, confrontou-se o conteúdo do Preâmbulo da Constituição com os Princípios Fundamentais expressos no Título I e os Princípios Gerais da Atividade Econômica inscritos no Capítulo I, do Título VII, todos da

Constituição Federal, sublinhados em suas essências e racionalidades pela teoria que balizou pesquisa.

Nessa etapa do trabalho, a vigente concepção de desenvolvimento sustentável cunhada no Relatório “Nosso Futuro Comum” (ONU, 1987, p. 57) produzido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, foi parametrizada com as acepções relacionadas a desenvolvimento gravadas na Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Do exame da Constituição Federal, evidenciou-se que o constituinte exortou e positivou congregadamente (Preâmbulo e artigo 3º, I, II, III e IV) e com igual *status* jurídico, desenvolvimento, direitos sociais, igualdade, bem-estar e justiça. Somou-se a esses componentes, durante a investigação, o artigo 170 da mesma Constituição Federal em que se vê proclamado como fim da ordem econômica “a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Com essa análise, compreendeu-se que o desenvolvimento, como sistematizado na Constituição Federal em seus vários elementos essenciais e relacionais, é um processo, ou seja, um meio para o atingimento da igualdade social, harmonizando-se, portanto, com o conceito de desenvolvimento sustentável definido pela Organização das Nações Unidas – aqui também o desenvolvimento é um processo para o atendimento das “necessidades e aspirações humanas”.

A densificação cumulativa dos direitos fundamentais remete ao tratamento inter-relacionado dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Circunscrevendo-se ao tema desta pesquisa, testaram-se as hipóteses de inter-relação entre o direito à educação e o direito ao desenvolvimento, concluindo-se que a dignidade humana aglutina esses dois direitos. Na medida em que o direito ao desenvolvimento expressa-se em forma de participação solidária em igualdade de condições e a educação é via de desenvolvimento humano que capacita as pessoas para a participação nos processos econômicos, culturais e sociais, confirmou-se a hipótese de interdependência entre educação e desenvolvimento. A liberdade de participação requer igualdade de condições e aproxima o gênero humano das necessidades minimamente exigíveis para uma existência digna.

A cognominada reserva do possível não restou validada na dialética com o mínimo existencial, especialmente quando confirmada a educação como via de acesso aos demais direitos fundamentais, revelando-se, portanto, como uma das reivindicações mais contundentes para assegurar-se a dignidade humana.

O Supremo Tribunal Federal consolidou em sua jurisprudência o entendimento de que o direito à educação representa dever indeclinável do Estado, não havendo margem de

discricionarieidade que oportunize mitigá-lo. Para a Corte Constitucional, a omissão ou obstaculização da prestação educacional traduz inconstitucionalidade por omissão contornável legitimamente pela judicialização, sem que se possa com isso alegar qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes. Também assim, o Supremo Tribunal Federal reconhece que o direito à educação se insere no âmbito do mínimo existencial, afastando a possibilidade de se invocar a reserva do possível para eximir o Poder Público do dever de implementar plenamente essa modalidade de direito social.

O Poder Judiciário é o Estado em uma de suas manifestações funcionais e quando a concretização do direito à educação é impulsionada pela via da judicialização, há que se ter em mente que, ainda nesta hipótese tensionada, é o próprio Estado a força motriz concretizadora desse direito fundamental. E ao assegurar o direito à Educação, o Estado está ao mesmo tempo promovendo o desenvolvimento humano e possibilitando às pessoas o incremento de habilidades produtivas necessárias ao desenvolvimento econômico.

A educação contribui para o avanço da cultura, da ciência e da tecnologia. Portanto, concretizar o direito à educação básica é fazer cumprir não somente as normas de direitos fundamentais, mas também as que determinam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o desenvolvimento sustentável como expressamente elencado no art. 3º, II, e 170 da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, ao julgar o direito fundamental à educação, o Supremo Tribunal Federal está manejando um acervo complexo que envolve a junção de ao menos dois encargos político-jurídicos: educação e desenvolvimento.

Nas argumentações das normas de decisão testadas nesta pesquisa não há menção expressa, mas o desenvolvimento (e o direito ao desenvolvimento) está implicitamente contemplado na medida em que o Supremo Tribunal Federal reafirma a fundamentalidade do direito à educação, garantindo assim a integridade funcional e a unidade dinâmica do sistema de regras cardeais assecuratórias da dignidade humana.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni. **Federação e competência para legislar**: estudo de um caso. Bauru: Edite, 2006.

ARISTÓTELES. **Política**. Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2016.

ARISTOTLE. **Politics**. Traslated by Benjamin Jowet. Batoche Books: Kitchener, 1999.

ARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p-23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Comparado**: a construção de um conceito jurídico. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BASTIDA, Francisco José. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. In: **Derechos sociales y ponderación**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 2ªed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso (Coord.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: EDIPRO, 1997.

BENACCHIO, Marcelo; PARREIRA, Liziane. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. In: **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: IMESP, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Dignidade, cidadania e direitos humanos. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, p. 4.974-86. Florianópolis: Fundação José Artur Boiteux, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem: In: **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Ivan Lira de. A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional). In: **Ciência Jurídica**, v. 08, p. 315-329, 1994.

CARVALHO, Willian Ricardo do Amaral. **Exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2006.

CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião. A estrutura do ordenamento jurídico educacional federal. In: **UNOPAR Cient.**, Cienc. Juríd. Empres., Londrina, v.14, n.2, p. 155-162, Set. 2013.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. In: **SUR–Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, número 2, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Boletim Científico**. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. II, nº 8, p. 151-161, jul.-set., 2003.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. Volume 1: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COPETTI, Alex. LEAL, Rogerio Gesta, Direitos fundamentais sociais. In: **Direitos sociais e políticas públicas** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes. Florianópolis: 2015.

COTTA, Elisabete Morais; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. Da dignidade da pessoa humana. In: **Revista ETIC – Encontro de Iniciação Científica da UNITOLED**O, vol. 3, n. 3, 2007.

COUTO, Mônica Bonetti. **A repercussão geral da questão constitucional e seus reflexos no âmbito do recurso extraordinário no processo civil brasileiro**. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DEL PERCIO, Enrique. **La condición social**. 2. ed. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; CUNHA, Leandro Reinaldo da. Concretização do princípio da igualdade na tributação sob a ótica do capitalismo humanista. In: **Direito tributário** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta, Demetrius Nichele Macei, Raymundo Juliano Rego Feitosa. – Florianópolis : FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=71>> Acesso em 13 de maio de 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. In: **XXXVIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, Anais. Foz do Iguaçu, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FINLEY, Moses. **O legado da Grécia**: uma nova avaliação. Brasília: U.N.B., 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FURTADO, Celso. **A pré-revolução brasileira**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

FURTADO, Celso. A reconstrução do Brasil. In: **Praga**, São Paulo, n. 8, p. 9-13, ago. 1999.

FURTADO, Celso. **Dialética do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Ed. Fundo de Cultura, 2. ed., 1964.

FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FURTADO, Celso. **Prefácio à nova economia política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

GAUDÊNCIO, Isabelly Cristinny Gomes. Dignidade humana e mínimo existencial: o exercício dos direitos humanos. In: **XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara**. Belo Horizonte, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

HAJJ, Hassan. Acesso à justiça. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). In: **Na fronteira**: conhecimento e práticas jurídicas para a sociedade. Porto Alegre: Síntese, 2003.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**: gênese dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **A forma normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derechos constitucional** (selección). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: **Benda e outros**, Manual de derecho constitucional, Madrid: Marcial Pons, 1996.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

KRELL, Andreas Joachin. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: **Direito e Deveres** – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas, Ano III, Número 5 jul/dez., 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOCKE, J. (2000). Dois tratados sobre o governo civil. In: **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Federalistas (13ª ed.)**. São Paulo: Vozes.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUCCA, Newton De. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quarter Latin, 2009.

MACHADO, Donizete Machado; NOMIZO, Sílvia Leiko. A fundamentalidade do direito ao acesso à justiça. In: **Acesso à justiça II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MACHADO, Lourdes Marcelino; OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Direito à educação e legislação de ensino. In: WITTMANN, Lauro Carlos e GRACINDO, Regina Vinhaes (org.) **O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil:1991-1997**. Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova** - Revista de Cultura e Política/CEDEC. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MADEIRA, Lígia Mori; ENGELMANN, Fabiano. Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n. 32, p. 182-209, jan.-abr. 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- MAY, Rollo *et al.* **La angustia normal y patologica**. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1968.
- MAYER, Marc De. A educação na prisão não é uma mera atividade. In: **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v.38, n.1, p.33-49, jan.-mar. 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev.e atual. Versão eletrônica em EPUB. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 23 - jul/ago/set 2010. Direito do Estado (*on line*): Salvador-BA. ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gilmar-mendes/os-direitos-fundamentais-e-seus-multiplos-significados-na-ordem-constitucional>>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A interpretação constitucional, suas especificidades e seus intérpretes. In: **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, 5ª ed., v. 5, p. 72-95, 2011.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CAMPOS, Cleiton. A reforma do Poder Judiciário e o princípio da eficiência. In: **Revista de Direito Brasileiro**, ano 3, vol. 6, set.-dez., 2013.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** - tomo II, constituição e inconstitucionalidade. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governa, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O juiz como garantidor dos direitos fundamentais. In: **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da constituição. Org. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Orides Mezzaroba; Paulo de Tarso Brandão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. Eficácia positiva das normas programáticas. In: **Revista Brasileira de Direito**, 11 (1): 34-35, jan.-jun. 2015.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de; PIMENTA, Eduardo Goulart. A autonomia privada no estado democrático de direito em um visão de direito & economia. In: **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Maringá, 2009.

ONU. **Nosso futuro comum**. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: 1987. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/N8718467.pdf>. Acesso em 14 de junho de 2016.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2012, pp. 179-206. Universidade Nove de Julho: São Paulo, Brasil. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128010>>.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PECES-BARBA, Gregorio. Reflexiones sobre los derechos sociales. In: **Derechos sociales y ponderación**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: **Anais do XV Congresso Nacional CONPEDI**, 2006. Anais: p. 6952-6973, Manaus, 2006.

PERCIO, Enrique Del. **La condición social**: consumo, poder y representación em el capitalismo tardio. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitution**. Madrid: Tecnos, 1991.

PÉRES-LUÑO, Antonio Henrique. Concepto y concepción de los derechos humanos. In: revista **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 4, 1987.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. **Revista NEJ**, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais**: Teoria geral. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, Portugal, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESENDE, Vera Lúcia Pereira. **Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988**. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Fieo, Osasco, 2006.

RIOS, Bruno Carlos; MAILLART, Adriana Silva. As liberdades em cotejo com as manifestações populares contemporâneas. In: **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2014.

RIOS JÚNIOR, Carlos Alberto dos. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. São Paulo: EDIPRO, 2013.

RODRIGUES, Ricardo Antonio. Severino Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana. In: **Seara Filosófica**, n. 5, pp. 3-20, 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e a autodeterminação. **Brasília** ed. 41, nº 163, jul-set 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da educação**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1992.

RUIZ, Alicia. La realización de los derechos sociales en un estado de derecho. In: **Constituição e Estado Social: Os Obstáculos à Concretização da Constituição**. São Paulo: Editora dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

SAMPAIO, Nícia Regina. **Princípio constitucional da eficiência administrativa e seu contributo para a efetividade do direito fundamental social à saúde**. Dissertação (mestrado). Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2005.

SANTIAGO, Rafael da Silva. O conflito real entre regras e princípios e a reserva do possível no regime jurídico-administrativo: uma reinterpretação do caso concreto. In: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**, Uberlândia, 2012.

SACHS, Ignacy. **Estratégia de transição para o século XXI**. São Paulo: Nobel, 1993.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: **Revista da AJURIS** – v. 31 – nº 95: Setembro, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Reserva do possível e mínimo existencial. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Coordenadores: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAVIANI, Demerval. Formação de professores: aspectos históricos e teóricos do problema no contexto brasileiro. In: **Revista Brasileira de Educação**. v. 4 n. 40 jan./abr. Campinas: 2009.

SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo Humanista no Brasil. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão**. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Isabel Cristina de Moura; GUIMARÃES, Leandro Belinasco. **Desenvolvimento sustentável**. Petrópolis: Vozes, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **O Direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico**. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo. 2006.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Méndez. **Os direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, José Fernando Vidal de; DUTRA, Tônia Andrea Horbatiuk. Alteridade e ecocidadania: uma ética a partir do limite na interface entre Bauman e Lévinas. In: **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11 (20): 7-22, jan-jun. 2011.

SOUZA NETO, Jerônimo Vieira; MOURÃO, Pedro Franco. Judicialização, política e ativismo judicial: casos recentes e polêmicos no STF. In: **Teorias da decisão e realismo jurídico**

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRANNIN, Alexandre Alberto. **Judicialização da política pública: a fronteira entre o direito e a política na efetivação do direito à educação**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2012.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

VASAK, Karel. Revisiter la troisième génération des droits de l'homme avant leur codification. In: **Hécton Gros Espiell Amicorum Liber: Persona Humana Y Derecho Internacional II**, p. 1649-1666, 1997.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. In: **Revista Direito GV**, n. 4, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cleverton Elias Vieira. A educação básica na legislação brasileira. In: **Sequência**, UFSC, V. 24, n. 47, Florianópolis, 2003.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VYGOTSKY, Lev Semenovitch. **A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

WALD, Arnoldo. O controle de constitucionalidade das políticas públicas. In: **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer**. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES; Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

WEREBE, Maria José Garcia. **Trinta anos depois: grandezas e misérias do ensino no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Ática, 1997.