

5

PUBLICUM

Judicialização do direito à educação

Rogério Pacheco Alves

Universidade Federal Fluminense (UFF), Rio de Janeiro/RJ, Brasil. E-mail: rogeriopacheco@uol.com.br

Resumo

O objetivo do presente trabalho é enfrentar o tema da judicialização do direito à educação a partir do resgate de suas principais balizas teóricas e jurisprudenciais, para, ao final, esboçar a ideia de que a judicialização deve ser pensada e assumida enquanto *estratégia* na luta pela implementação dos direitos sociais. Na primeira parte do texto, buscaremos resgatar os principais argumentos contrários e favoráveis à judicialização, sobretudo seus efeitos sobre a cidadania. Posteriormente, lembraremos o *status* constitucional do direito à educação e os compromissos assumidos pelo Brasil neste campo e como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando sobre o tema da judicialização (inclusive a judicialização do direito à educação). Dentre os principais obstáculos à implementação de direitos via Judiciário, destacaremos o da alegada escassez de recursos e como é possível superar tal argumento a partir de dados concretos que demonstram graves distorções na distribuição de renda e nas escolhas orçamentárias. Ao final, reconhecendo que a adjudicação de direitos através do Poder Judiciário é um dos caminhos construídos pela Constituição de 1988, o que não afasta a necessidade de considerar os seus riscos, advogaremos a tese de que a escolha pela judicialização deve ser o resultado da análise de circunstâncias (por exemplo, a porosidade, ou não, do legislativo e do gestor locais; o esgotamento das vias extrajudiciais de negociação etc), ou seja, a partir do prisma de sua *utilidade*. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema e na análise de dados empíricos. Alguns portes teóricos foucaultianos serão mobilizados para sustentar nossas conclusões.

Palavras-chave

Direito; Educação; Constituição; Judiciário; Judicialização; Orçamento.

Judicialization of the right to education

Abstract

The purpose of this paper is to face the topic of the judicialization of the right to education, based on the retrieval of its main theoretical and jurisprudential frameworks, in order to outline the idea that judicialization should be considered as a *strategy* in the struggle for implementation of social rights. In the first part of the text, we will seek to recover the main arguments for and against judicialization, especially its effects on citizenship. After, we will recall the constitutional status of the right to education and the commitments assumed by Brazil in this field and how the Supreme Court has been

positioning itself on the issue of judicialization (including the judicialization of the right to education). Among the main obstacles to the implementation of rights through the judiciary, we highlight the alleged lack of resources and how it is possible to overcome this argument from concrete data that demonstrate serious distortions in the distribution of income and in the budget choices. In the end, recognizing that the adjudication of rights through the Judiciary is one of the ways built by the 1988 Constitution, which does not rule out the need to consider its risks, we will advocate the thesis that the choice of judicialization should be the result of analysis of circumstances (eg, the porosity or not of the local legislator and manager, the exhaustion of extrajudicial channels negotiation etc), that is, from the prism of its usefulness. The methodology will consist of bibliographic review on the subject and the analysis of empirical data. Some of Foucault's theoretical contributions will be mobilized to support our conclusions.

Keywords

Right; Education; Constitution; Judiciary; Judicialization; Budget; Strategy.

Sumário

Introdução; 1. A judicialização é boa ou ruim?; 2. O *status* constitucional do direito à educação e os compromissos internacionais; 3. O que o Judiciário pensa sobre a Judicialização?; 4. A questão orçamentária: escassez pra quem?; 5. Conclusão: a judicialização do direito à educação enquanto estratégia; Bibliografia

Introdução

Por força da crescente complexidade e massificação da sociedade moderna uma parcela de interesses represados, insatisfeitos pelo ordenamento jurídico – cuja defesa se tornou dramática a partir da Revolução Industrial, alcançando contornos não menos preocupantes no atual mundo globalizado – passou a merecer a atenção dos juristas que, constatando a insuficiência dos paradigmas de solução dos conflitos individuais de natureza patrimonial, deram início à teorização de meios processuais de tutela judicial dos direitos transindividuais.¹ Produção e comércio de massa, consumo de massa, conglomerados multinacionais, novas tecnologias, enfim, geram efeitos lesivos enormes na vida de milhares de pessoas, a gerar uma sociedade de massa que impõe modelos de comportamento e padrões generalizados de participação, inclusive na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação de massas (ORTEGATI, 2004, p. 1211).

Mesmo relativamente ao Estado, que ainda figura como um dos grandes protagonistas da contemporaneidade e, ao menos em tese, como defensor dos direitos fundamentais, não se pode ter dúvida de que também o seu atuar pode causar lesão a um número muitas vezes

¹ Rodolfo de Camargo Mancuso radica na revolução industrial e também no sindicalismo o nascimento dos direitos transindividuais (MANCUSO, 2000, pp. 81-82).

indeterminado de pessoas, gerando zonas de tensão social que devem ser dissolvidas, dentre outros mecanismos, através da intervenção de instituições do próprio Estado.

Além disso, como largamente difundido, o final do Século XVIII representou o período mais marcante de florescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais. Fruto das revoluções liberais, tais direitos aparecem no cenário internacional como vinculados precipuamente às liberdades individuais em face do Poder do Estado, concentrando sua força de concretização na propriedade privada. Por conta disso, verificou-se uma radical inversão na relação entre Estados e indivíduos, agora alçados ao *status* de cidadãos, ou seja, já não mais do ponto de vista dos direitos do soberano, o que gera uma outra inversão, extremamente fecunda, na relação entre deveres e direitos, em que estes últimos ocupam um lugar de primazia em face daqueles (BOBBIO, 1992, p. 60). A partir de tal visão, os indivíduos surgem como a base da democracia e do próprio Estado de Direito, no qual possuem pretensões exercitáveis entre si e em face do Estado (direitos públicos).

Após o advento das grandes guerras, sobretudo da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos, já consolidada a sua positivação nas “declarações de direitos” e nas constituições dos Estados, passaram por transformações que até hoje não estão plenamente consolidadas, representadas pelos processos de universalização e de multiplicação pelo aumento dos bens tuteláveis (as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos) e dos próprios sujeitos de direitos (indivíduos, coletividades, minorias étnicas, animais etc), fenômenos que, evidentemente, vão encontrar níveis diversos de aprofundamento a partir das peculiaridades históricas. Além disso, verifica-se também nos dias atuais uma paulatina *especificação dos direitos do homem*, o que consiste em substituir a imagem do homem abstratamente considerado pela imagem do homem em suas especificidades, ou seja, do homem enquanto criança e adolescente, idoso, pessoa com deficiência, transgênero, negro etc, o que, inclusive, justifica a proliferação de tratados internacionais e estatutos nacionais sobre estes temas. E, como soa intuitivo, tal *processo de especificação de direitos* vai resultar em sua crescente *multiplicação* (BOBBIO, 1992, p. 68).

Em complemento a tudo isso, a ideia de democracia vai também influenciar decisivamente o momento de surgimento dos direitos fundamentais, influência que se manifesta principalmente no surgimento de direitos fundamentais necessários ao funcionamento do próprio sistema democrático (direito de votar e de ser votado), no alargamento dos direitos de defesa, principalmente as liberdades religiosa, de associação e de expressão, e no reconhecimento de uma *dimensão objetiva* aos direitos fundamentais em que a democracia se torna uma condição e uma garantia de referidos direitos (ANDRADE, 1987, pp. 47-48).

Ao lado de tais aspectos, com o surgimento de novas pautas de direito, ocorreu o que Boaventura de Souza Santos chama de “juridificação do bem-estar social”, fenômeno que abriu o caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo, da segurança social e que veio traduzir-se no aumento exponencial da procura judiciária e na consequente explosão da litigiosidade (SANTOS, 1996, pp. 23-24).

Assim, a questão da eficácia dos direitos fundamentais, inclusive em sua dimensão coletiva, nos remete ao tormentoso problema da “judicialização da política e das relações sociais”, uma vez que a tarefa de sua concretização, segundo nos parece, não é exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo.

Postas tais premissas, o objetivo do presente trabalho é o de enfrentar o tema da judicialização do direito à educação a partir do resgate de suas principais balizas teóricas e jurisprudenciais, para, ao final, esboçar a ideia de que a judicialização deve ser pensada e assumida enquanto *estratégia* na luta pela implementação dos direitos sociais. Na primeira parte do texto, buscaremos resgatar os principais argumentos contrários e favoráveis à judicialização, sobretudo seus efeitos sobre a cidadania. Posteriormente, será o caso de relembrar o *status* constitucional do direito à educação e os compromissos assumidos pelo Brasil neste campo e como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando sobre o tema da judicialização (inclusive a judicialização do direito à educação). Dentre os principais obstáculos à implementação de direitos via Judiciário, destacaremos o da alegada escassez de recursos e como é possível superar tal argumento a partir de dados concretos que demonstram graves distorções na distribuição de renda e nas escolhas orçamentárias. Ao final, reconhecendo que a adjudicação de direitos através do Poder Judiciário é um dos caminhos construídos pela Constituição de 1988, o que não afasta a necessidade de considerar também os seus riscos, advogaremos a tese de que a escolha pela judicialização deve ser o resultado da análise de circunstâncias (por exemplo, a porosidade, ou não, do legislativo e do gestor locais, o esgotamento das vias extrajudiciais de negociação etc), ou seja, a partir do prisma de sua *utilidade*. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema e na análise de dados empíricos. Mobilizaremos também alguns aportes teóricos foucaultianos para sustentar nossas conclusões.

1. A judicialização é Boa ou Ruim?

Adotamos aqui a expressão “judicialização” (da política e das relações sociais) enquanto fenômeno de expansão da esfera decisória do Poder Judiciário sobre assuntos normalmente afetos ao Legislativo e ao Executivo, ou seja, o processo de transferência das decisões sobre

políticas públicas e direitos fundamentais dos parlamentos e gestores públicos para os juízes.²⁻³ Tal fenômeno implica profundas alterações na forma de gestão das políticas públicas e dos direitos, sua forma de deliberação pública, o desenho da política, sua maior ou menor porosidade social etc.

Mas, seria o caso de indagar: afinal, a explosão de litigiosidade que se verifica no contemporâneo com o consequente aumento da judicialização, é boa ou ruim para a implementação dos direitos fundamentais, fundados no princípio da dignidade da pessoa humana?

Embora se trate de tema cuja complexidade e extensão sejam merecedoras de uma reflexão mais detida, imprópria aos limites deste trabalho, pode-se afirmar, resumidamente, que o estado atual do debate divide os teóricos em duas grandes vertentes, vale dizer, a daqueles que, como Habermas e Garapon, enxergam na judicialização da política e das relações sociais – e no próprio avanço do direito sobre a política – uma certa “colonização da cidadania”, um atentado à cidadania ativa, e a dos que, de outro lado, defendem um papel mais atuante do Juiz na implementação e salvaguarda dos direitos fundamentais como forma de realização da agenda igualitária (Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin).⁴

A partir da primeira visão, tanto a invasão da política e da sociedade pelo Direito quanto o próprio gigantismo do Poder Judiciário gerariam um desestímulo a um “*agir orientado para fins*

² Cf. TATE & VALLINDER, 1995, pp. 13 e ss. Referidos autores aludem à expressão “judicialização” também no sentido da ampliação do método judicial de solução de conflitos para além do Poder Judiciário. O método judicial consiste na resolução de conflitos por um *staff* especial de agentes (os juízes), através de um procedimento legal preordenado em que o caso conflituoso é solucionado levando-se em conta o peso dos argumentos das partes e com vistas à produção de efeitos prospectivos (aplicação da mesma solução, no futuro, a casos similares).

³ BARROSO distingue judicialização de *ativismo judicial*: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala 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. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acessado em 20.03.18).

⁴ Conforme o excelente resumo feito por VIANNA, 1999, pp. 23 e ss.

cívicos, o juiz e a lei tornando-se derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos” (VIANNA, 1999, p. 24). Haveria como que um deslocamento do valor da democracia para o da Justiça, criando-se uma cidadania clientelista e apática em razão, inclusive, da desmobilização dos corpos sociais de formulação da política. Além disso, a transferência do papel de produção das normas, da sociedade e de seus representantes, ao Judiciário contribuiria também ao esmaecimento da liberdade. Em suma, em tal concepção a cidadania ativa preconiza que os indivíduos se percebam como autores das normas e não como seus meros destinatários,⁵ o que a judicialização põe em xeque.

Já para os defensores da judicialização, são menores (não inexistentes) as expectativas de que a democracia representativa seja capaz de resolver, em bons termos, o problema da Justiça, uma vez que o Executivo e o Legislativo, em razão de suas complexas estruturas políticas e também em função da crescente atuação de grupos de pressão, não se mostram realisticamente vocacionados à efetivação dos anseios sociais. A judicialização das relações sociais surgiria como alternativa expressamente amparada pelo texto constitucional e não se trataria, a rigor, de uma atuação arbitrária ou mesmo discricionária do Juiz, o qual está vinculado à história de seu direito e à sua cultura política (VIANNA, 1999, p. 34-37).

Além disso, tendo como pano de fundo o processo de constitucionalização do direito iniciado no XVIII, constata-se o forte conteúdo normativo das constituições contemporâneas, as quais, contrapondo-se ao *iuspositivismo*, aproximam direito e moral através da adoção generosa de princípios morais tornados positivos (por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, de nossa Carta Política). Ou seja, neste atual momento o constitucionalismo (“neoconstitucionalismo”) não se contenta com os critérios formais de validade das leis preconizados pelo positivismo jurídico (critérios meramente hierárquicos), mas sim com a legitimadora confrontação da produção legislativa aos direitos fundamentais e a princípios de Justiça, surgindo neste cenário a figura do Juiz como fiador da validade substancial das leis e demais atos estatais.⁶

⁵ “Ao Poder Judiciário somente caberia um papel ‘ofensivo’- como em Habermas – para a criação de uma jurisprudência constitucional que venha a garantir autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano” (VIANNA, 1999, p. 32). Por conta disso a concepção de Habermas é de natureza “procedimentalista”.

⁶ Em apertada síntese, são essas as características do denominado “neoconstitucionalismo”, marcado por negar a tese de separação entre direito e moral (antipositivismo). Em tal cenário o Juiz passa a ser um legislador concorrente e a lei se torna residual. De qualquer modo, a decisão judicial deve estar ancorada num princípio moral positivado (e não na moral religiosa, por exemplo), como se dá relativamente ao princípio (jurídico e moral) da dignidade da pessoa humana. Sobre o “neoconstitucionalismo” merece consulta a obra de referência coordenada por CARBONELL (CARBONELL, 2005), em especial o texto de Susanna Pozzolo (POZZOLO, 2005, pp. 187 e ss.)

Muito embora se trate de problema altamente controvertido entre os juristas, parece-nos que no Brasil a judicialização da política e das relações sociais resulta de uma opção da Constituição Federal de 1988, que não só apresenta um generoso leque de direitos fundamentais, condensados em seus arts. 5º, 6º e 7º (TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS), como cria instrumentos processuais aptos a torná-los reais, merecendo destaque a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, apenas para citar alguns exemplos de ferramentas processuais específicas do campo das demandas coletivas e que consagram o acesso à justiça na dimensão dos direitos transindividuais. Ou seja, a judicialização é resultado da combinação, a um só tempo, de um generoso rol de direitos e de uma ampla gama de instrumentos processuais aptos a lhes dar concretude.

Ademais, a utilização cada vez maior de princípios pelo legislador, sobretudo pelo legislador constitucional, acaba representando um estímulo ao Judiciário para criar o direito ou, ao menos, para dar ao direito novas feições de concretização de tais parâmetros abstratos ao caso específico, ou seja, um papel que, num certo sentido, o aproxima do papel do legislador e acaba por sobrecarregar a função jurisdicional, principalmente em cenários de baixa representatividade política.

Assim, no Brasil, por opção constitucional, não pode o Juiz furtar-se a esse relevante papel de garantidor dos direitos fundamentais, não só dos direitos clássicos do liberalismo (direitos civis e políticos) como também dos direitos sociais, pois “uma vida associativa ainda incipiente (...) não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça” (VIANNA, 1999, p. 43). Em suma, a judicialização tende a aumentar a eficácia dos direitos fundamentais, a ampliar o círculo de intérpretes da constituição (associações civis, sindicatos, partidos, imprensa etc) e a incrementar a complementariedade entre direitos fundamentais e democracia.

Não se tem dúvida das dificuldades à boa atuação do Judiciário neste campo, dada a sua pouca capilaridade social e o natural conservadorismo dos juízes, geralmente recrutados de setores médios da sociedade, e do direito por eles manejado, além da simples constatação das dificuldades práticas que o Judiciário encontra no campo da implementação das políticas públicas de um modo geral, uma expertise do Administrador-gestor. Ou seja, mesmo que admitida a judicialização como um fenômeno positivo, o Juiz deve atuar de forma cautelosa, servindo-se de redes sociais que lhe permitam auscultar os interesses da coletividade (por exemplo, através de audiências públicas) e cercando-se, sempre que possível, de assessoramento técnico a fim de que os comandos judiciais não se sobreponham a aspectos pedagógicos da política educacional. Além disso, deve-se ter redobrado cuidado com aquilo que denominaríamos de “a corrida pelo

Direito”, ou seja, a clara desigualdade de acesso à justiça em detrimento dos menos favorecidos, os quais, geralmente não assistidos por bons advogados ou mesmo pela Defensoria Pública, encontram enormes barreiras à apresentação de suas pretensões jurídicas ao caro e elitista sistema de justiça.

2. O *status* constitucional do direito à educação e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil

A resposta à indagação acima formulada não pode prescindir da constatação de que o direito à educação possui, entre nós, *status* constitucional, sendo também um direito ao qual o Brasil está internacionalmente vinculado.

De fato, a Constituição Federal, em seu art. 6º, aponta ser a educação um direito fundamental social e, no art. 227, esclarece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à **educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Indo além, o art. 205 da Carta Política estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, objetivando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O ensino é regido pelos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; pela liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pelo pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; pela gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; pela valorização dos profissionais da educação escolar; pela gestão democrática do ensino público; pela garantia de padrão de qualidade; e pela implementação de piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública (art. 206 da Constituição).

Detalhando os deveres estatais, o texto constitucional deixa claro, no art. 208, I e II, que é dever do Estado garantir a 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, bem como a progressiva universalização do ensino médio gratuito. Tal dever do Estado com a educação será também efetivado mediante garantia de

atendimento ao educando através de programas suplementares, dentre os quais o de alimentação e transporte (art. 208, VII, da Constituição Federal).

De modo a tornar possíveis tais tarefas, nossa Constituição assegura prioridade orçamentária para o atendimento das necessidades resultantes do ensino obrigatório, consoante se vê de seu art. 212,⁷ o qual assegura percentuais mínimos da receita dos entes da Federação para a educação, bem como determina, em seu § 3º, que “a distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação”.

Tamanho é o compromisso do Estado brasileiro ao direito à educação que o art. 208, § 2º, da Carta Política estabelece que “o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”, o que pode ser dar, por exemplo, através da incidência da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

Além das normas constitucionais acima indicadas, merece destaque a ampla produção legislativa na área da educação, o que decorre da inegável importância de concretização dos direitos sociais pelo legislador infraconstitucional. Dentre diversas leis, chamamos a atenção, sem qualquer pretensão exaustiva, para as seguintes:

- o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), cujos arts. 53 e 54 estabelecem ser a educação direito de toda criança e adolescente;
- a Lei n. 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional;
- a Lei n. 9.766/98, que disciplina o salário-educação, uma importante fonte de recursos da educação;
- as Leis n. 10.639/03 e 11.645/08, que tornam obrigatório o ensino sobre história e cultura afro-brasileira e história e cultura indígena;
- a Lei n. 11.494/07, que regulamenta o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação);
- a Lei n. 11.738/08, que institui o piso dos profissionais do magistério público da educação básica;
- a Lei n. 11.947/2009, que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica;
- a Lei 12.816/13, que amplia o rol de beneficiários e ofertantes da Bolsa-Formação Estudante no âmbito do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC)

⁷ “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”. Consulte-se também, sobre o tema, o art. 69, *caput*, e § 5º da Lei 9394/1996 (LDB), o art. 60 do ADCT e as disposições das Leis 11.494/2007 e 12.858/2013.

e dispõe sobre o apoio da União às redes públicas de educação básica na aquisição de veículos para o transporte escolar;

- a Lei 13.005/14, que aprova o Plano Nacional da Educação;

- a Lei n. 13.146/15, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, cujos arts. 27 a 30 tratam especificamente do direito à educação.

No plano internacional, o direito à educação é garantido pelo art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU)⁸ e é também objeto de previsão expressa nos arts. 13 e 14 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que estabelecem:

“Art. 13 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;

b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino,

⁸ “Art. 26 - 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”.

desde que respeitadas os princípios enunciados no parágrafo 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

Art. 14. Todo Estado Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos”.

Também o art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Brasil através do Decreto 678/1992, é claro no sentido de que “os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura (...) na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Na mesma linha, a Convenção sobre Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, promulgada entre nós pelo Decreto n. 99.710/1990, esmiuça as dimensões do direito à educação, em seus arts. 28 e 29.⁹

⁹ “Art. 28 1 – Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;

e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2 – Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana e em conformidade com a presente Convenção.

3 – Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Art. 29 1 – Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial;

b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;

c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;

d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, e pessoas de origem indígena;

e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

Mais recentemente, o Brasil promulgou, através do Decreto nº 6.949/2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, cujo art. 24 trata especificamente do direito à educação.¹⁰ Cuida-se de norma que possui *status*

2 – Nada do disposto no presente Artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado”.

¹⁰ “Artigo 24 - Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência”.

constitucional, por ter sido aprovada já sob o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal.¹¹

3. O que o Judiciário pensa sobre a Judicialização? A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Não há unanimidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro sobre as vantagens ou desvantagens da judicialização das políticas públicas, muito embora pesquisa realizada por SILVEIRA relativamente à atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo, em demandas da área educacional, no período de 1991 a 2008, aponte uma tendência a uma resposta positiva, ou seja, no sentido de acolher as demandas judiciais, sobretudo as referentes à educação infantil (matrículas em creches) e educação inclusiva (atendimento especializado a crianças com necessidades especiais, por exemplo).¹² Referida pesquisa aponta também a maior probabilidade de sucesso de demandas individuais em detrimento de demandas coletivas (ajuizadas, sobretudo, pelo Ministério Público), tidas por genéricas, e que dentre os motivos de negativa do direito requerido figura com maior frequência o argumento da “impossibilidade de interferência do Judiciário no planejamento do ente federativo”, com algumas variações (princípio da separação dos poderes, discricionariedade administrativa etc).

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal (STF), a quem cabe a última palavra sobre o sentido e alcance das normais constitucionais, tem clara orientação pela possibilidade de judicialização de políticas públicas. Dentre os precedentes específicos do tema educação, merecem destaque as decisões proferidas nos Ag. Reg. nos Recursos Extraordinários n. 410.715-5/SP e 436.996-6/SP, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello, e que cuidavam da falta de vagas em unidades de educação infantil (creche e pré-escola). Em tais decisões o STF, analisando o problema da legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, assentou que, embora resida primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, deve o Juiz, ainda que excepcionalmente, determinar a sua concreta implementação, principalmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, como se dá no caso do direito à educação. A excepcionalidade de intervenção do Poder Judiciário resulta da omissão inconstitucional (violação negativa do texto constitucional) dos órgãos estatais ordinariamente encarregados de

¹¹ “§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹² SILVEIRA, 2010, p. 212 e ss. A autora também conclui pela existência de uma maior resistência do Poder Judiciário paulista em discutir medidas administrativas e políticas adotadas pelo Executivo, como, por exemplo, medidas de reorganização da rede escolar ou de construção de novas unidades (SILVEIRA, 2010, p. 220).

implementar a política pública, em risco à eficácia de um direito fundamental.¹³ Ou seja, a Suprema Corte brasileira negou que a eficácia do direito à educação esteja sujeita a critérios discricionários, a critérios de conveniência e oportunidade do gestor. Negou também que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, possa ser invocada pelo Estado com o objetivo de desonerá-lo da grave tarefa constitucional de implementar o direito social à educação.

Merece também destaque a decisão proferida no RE no 658.491-AgR, *verbis*:

EMENTA: “Agravo regimental no agravo de instrumento. Acesso à educação. Direito fundamental. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. 1. A educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário. 2. O Poder Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos. 3. Agravo regimental não provido.” (STF, RE no 658.491-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, j.em 20/3/12).

A propósito especificamente da questão orçamentária, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 241-7/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08, decidiu que:

“(…) é obrigatório para o Poder Executivo, ao elaborar o orçamento, contingenciar as verbas destinadas à implementação desses direitos [o acórdão refere-se ao direito à educação e aos direitos das crianças e adolescentes de um modo geral]. Por força do princípio da legalidade, não pode o Executivo agir discricionariamente quanto à conveniência ou não da implementação das políticas públicas de educação, constitucionalmente definidas. Se o Estado está obrigado (constitucional e legalmente) a implementar as políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes, especialmente às de educação, deve assegurar recursos a esta área antes de fazê-lo a qualquer outra”.

Tal decisão está em plena harmonia com o que estabelece o art. 10 do Plano Nacional da educação (Lei n. 13.005/14), segundo o qual “o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão formulados de maneira a assegurar a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias deste PNE e com os respectivos planos de educação, a fim de viabilizar sua plena execução”.

¹³ Em idêntico sentido: Ag.Reg. no RE 594.018-7/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 23.06.09, DJe 07.08.09 e Ag. Reg. no RE com Agravo n. 860.979/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.04.15. Tal entendimento foi reafirmado por ocasião do julgamento do Ag. Reg. no RE com Agravo n. 639.337/SP que, indo além, assentou a proibição de retrocesso no campo do direito à educação. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello afirmou que “... o estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados” (Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23.08.11).

Em suma, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, embora de forma cautelosa, vem admitindo a judicialização do direito à educação. Não se trata, bem vistas as decisões, de qualquer tipo de ativismo judicial por parte da Corte Constitucional, mas sim de exigir a implementação de um direito que goza não só de *status* constitucional como também conta com vasta e minuciosa previsão infraconstitucional, como já visto.

Enfim, do inventário da legislação constitucional, da legislação infraconstitucional e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil nota-se que o direito à educação conta com uma vasta malha legal protetiva.

4. A Questão Orçamentária: escassez pra quem?

Este último ponto merece destaque, na medida em que um dos óbices mais comuns à implementação dos direitos fundamentais através do Poder Judiciário diz com as questões orçamentárias e seus limites. O próprio Supremo Tribunal Federal, como visto, muito embora seja claramente favorável à judicialização no campo dos direitos sociais, que deve ser exercido com parcimônia e de forma excepcional, já sinalizou que a concretização dos direitos sociais se condiciona à existência de disponibilidade financeira do Estado (ADPF n. 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4.5.2004).¹⁴ Fala-se, então, na cláusula da “reserva do possível”, ou seja, na necessidade de considerar o problema dos custos dos direitos. Na síntese apresentada por AMARAL, “o atendimento às pretensões positivas demanda o consumo de recursos materiais que

¹⁴ “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”. Do voto do relator extrai-se a passagem seguinte, específica sobre o problema das disponibilidades financeiras: “(...) os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.”

são intrinsecamente escassos”, o que faz surgir um conflito pelo uso de tais recursos e uma necessária decisão sobre tal conflito (AMARAL, 2001, pp. 227-228).¹⁵

A reserva do possível seria, então, um limite à implementação dos direitos sociais através do Poder Judiciário, salvo relativamente ao denominado “mínimo existencial”, isto é, ao núcleo de direitos que, se violados, geram uma situação de indignidade, em afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). O mínimo existencial seria composto pelos direitos à educação, à saúde, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância etc (art. 6º da Constituição Federal) e quanto a eles seria possível a intervenção judicial, mesmo à falta de prévia definição legislativa de seu conteúdo.

Mas mesmo relativamente a tais direitos “mínimos” não é incomum a invocação da cláusula da reserva do possível, sobretudo em momentos de “crise fiscal”.¹⁶ Em razão disso, seria então o caso de indagar: a partir de que parâmetros se pode, de fato, alegar o problema da escassez “intrínseca” de recursos materiais?

A indagação é pertinente se tivermos em conta que pesquisa divulgada pelo projeto *World Wealth and Income Database* (WID) mostra que os afortunados que integram o grupo dos mais ricos da população mundial (1%) têm, juntos, 20% da renda mundial, enquanto os 50% mais pobres ficam com cerca de 9% dos rendimentos do planeta. A pesquisa também indica que a parcela recebida pelos mais pobres está estagnada neste patamar desde 1980 e que entre os mais ricos o rendimento aumentou de 16% do total, em 1980, para 22%, em 2000.¹⁷ No caso do Brasil, a pesquisa destaca a enorme concentração de renda no topo da pirâmide: o 1% mais rico do país tem 28% da renda nacional, acima da média mundial, que é de 22%. Em 2015, a renda média anual dos adultos no Brasil era de R\$ 37 mil, mas entre os 50% mais pobres era de menos de R\$ 9.200.¹⁸

Na mesma linha, Thomas Piketty, em alentada pesquisa, aponta que entre 1987-2013 o número de bilionários do mundo passou de 140 para 1.400 (o número foi multiplicado por dez), e

¹⁵ O trabalho de AMARAL é influenciado pela pioneira análise de HOLMES e SUNSTEIN a propósito dos “custos dos direitos” (HOLMES & SUNSTEIN, 1999). Referidos autores questionam, por exemplo, a legitimidade do Judiciário para a tomada de decisões a partir de informações insuficientes sobre os custos dos direitos, inclusive em razão da imunidade dos juízes ao escrutínio eleitoral. Afirmam também que as políticas públicas não devem ser decididas a partir de uma “imaginária hostilidade” entre a arrecadação (o fisco) e as liberdades, sob pena de perecimento das liberdades fundamentais (HOLMES & SUNSTEIN, 1999, pp. 29-31).

¹⁶ Como se sabe, a Emenda Constitucional n. 95/16 estabelece teto de gastos da União por vinte anos, alcançando o orçamento da educação. Cuida-se, a nosso juízo, de norma flagrantemente inconstitucional por violação ao princípio da vedação de retrocesso.

¹⁷ Fonte: <https://oglobo.globo.com/economia/no-mundo-1-mais-rico-detem-20-da-renda-brasil-ainda-mais-desigual-22190904>, publicado em 14.12.17 e acessado em 11.04.18.

¹⁸ *Idem*.

sua riqueza total, de 300 bilhões para 5.400 bilhões de dólares (um aumento de quase vinte vezes). No mesmo período, as maiores riquezas mundiais cresceram 6-7% ao ano, contra 2,1% ao ano para a riqueza média mundial e 1,4% para a renda média mundial, já descontadas as taxas de inflação em todos os casos (PIKETTY, 2014, pp. 419 e ss).

Além disso, a prioridade orçamentária conferida à proteção e à promoção dos direitos fundamentais é um dado igualmente importante. Num ambiente global dominado pelo neoliberalismo, um discurso hegemônico que impõe suas diretrizes a países desenvolvidos e em desenvolvimento, alguns direitos gozam de maior *status* na disputa política pela divisão das verbas públicas. Por exemplo, no Orçamento norte-americano do ano de 1996 (o Presidente era o democrata Bill Clinton, que implementou medidas de ajuste fiscal), os gastos com a proteção do direito de propriedade dos americanos (proteção de marcas e patentes, verbas contra desastres e emergências, auxílios agrícolas etc) superou em mais de três vezes os gastos com educação (HOLMES & SUNSTEIN, 1999, pp. 235-236).

Se tivermos também em conta que o tratamento tributário concedido a alguns setores produtivos é flagrantemente injusto, a caracterizar um verdadeiro “capitalismo de Estado” em que proliferam as isenções e incentivos fiscais de toda a ordem,¹⁹ num cenário em que os lucros são privados, mas os riscos são socializados, chegaremos à conclusão de que o argumento da reserva do possível e da “escassez intrínseca” de recursos não convence.

5. Conclusão: a judicialização do direito à educação enquanto estratégia

É chegado o momento de superar o problema da (in) eficácia dos direitos prestacionais sociais (educação, saúde etc), ineficácia que, de certo modo, foi consagrada, na década de sessenta, pela promulgação de dois pactos internacionais de direitos humanos distintos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de um lado, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de outro), ou seja, pela ideia de que, diferentemente dos denominados direitos de

¹⁹ “O governo brasileiro poderia fazer um “pente-fino” nos incentivos fiscais, entre eles o Simples e a Zona Franca de Manaus, eliminar aqueles que não são eficientes e utilizar os recursos para a inovação tecnológica e no apoio aos trabalhadores. É que o sugere o relatório “Emprego e Crescimento: A Agenda da Produtividade”, divulgado nesta quarta-feira, 7, pelo Banco Mundial. Em 2015, o Brasil destinou 4,5% de seu Produto Interno Bruto (PIB) a programas de apoio a empresas, como subsídios e desonerações tributárias. Eles foram criados para tentar compensar a perda de competitividade das empresas brasileiras por causa do chamado Custo Brasil. No entanto, esses programas raramente têm seu retorno mensurado. Eles não têm objetivos predefinidos que permitam analisar seus resultados. Além de caros, os incentivos atuam contra a concorrência, pois protegem empresas já estabelecidas. Com isso, eles dificultam os ganhos de produtividade” (Fonte: Isto É, edição n. 2520 06.04, acessado em 11.04.18).

primeira geração (direitos civis e políticos), os de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) gozariam de menor eficácia, seriam direitos de “implementação progressiva”.²⁰

Com o advento do Constitucionalismo (Século XVIII), informado pelas máximas do governo pelas leis (direito), e não pelos homens, e pela criação de mecanismos de controle do poder político (separação de poderes, freios e contrapesos etc), os direitos fundamentais positivados nos textos Constitucionais passam a ser politicamente vinculantes e ostentam eficácia imediata, o que significa que inexistem questões “puramente políticas”, ou seja, assuntos que possam escapar da incidência das normas constitucionais. Derivada da eficácia imediata e vinculante dos direitos fundamentais surge a possibilidade de aplicação direta da Constituição pelos juízes sem a necessidade de intermediação legislativa. Cuida-se, a judicialização, de uma alternativa de implementação de direitos à qual o Brasil não pode ser indiferente, um fenômeno global gestado pela adoção do modelo democrático, pelo princípio da separação de poderes e pela expansão do direito (as gerações ou dimensões de direitos humanos),²¹ muito embora a efetividade dos direitos não deva ficar exclusivamente ao arbítrio dos juízes.

No caso brasileiro, parece-nos também que as contensões criadas à atuação do Poder Judiciário durante o período de ditadura militar nos ajudam a entender o movimento contrário, de expansão do papel dos juízes, promovido pela Carta Política de 1988. De fato, principalmente por ocasião da promulgação do AI-5, o mais brutal de todos os atos institucionais promulgados pelo regime militar, o Executivo viu-se extraordinariamente reforçado pelas possibilidades de fechar o Congresso Nacional e os legislativos estaduais e municipais (art. 2º); de cassar mandatos eleitorais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo em todos os níveis (União, Estados e Municípios – art. 4º); de suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por até dez anos (arts. 4º e 5º); de demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade servidores públicos (art. 6º); de demitir e remover juízes e de suspender as garantias de

²⁰ Prevaleceu à época a opinião no sentido da conveniência da elaboração de dois pactos separados, uma vez que os direitos civis e políticos seriam direitos autoaplicáveis, enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais seriam de “implementação progressiva” e, para alguns, meramente programáticos. Estes últimos direitos, além disso, requerem atuações positivas do Estado – e não meras abstenções, como nos direitos civis e políticos -, o que indicaria a maior complexidade de sua implementação, sempre dependente de recursos e de vontade política. Por isso fala-se em um “núcleo essencial mínimo” dos direitos sociais, reserva que não se aplica aos direitos de primeira geração (civis e políticos), implementáveis e exigíveis em seu grau máximo.

²¹ Além dessas três importantes condições da expansão global dos poderes judiciais, Tate e Vallinder aludem também a lutas políticas travadas por grupos que estão cientes de que a forma judicial de solução de conflitos lhes pode ser interessante e à fraqueza de coalizões incapazes de garantir maiorias governamentais, o que abre espaço à atuação dos juízes. Há também, segundo os autores, hipóteses em que a formulação da política é claramente delegada ao Judiciário, o que se dá relativamente a temas difíceis ou polêmicos (política prisional, aborto etc) que a política não deseja enfrentar (TATE & VALLINDER, 1995, pp. 27-37).

inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade²² etc. Além disso, foi suspensa a garantia do *habeas corpus* em todos os casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10) e ao Judiciário foi vedada a apreciação de recursos manejados por acusados com base no AI-5 (art. 11). Fechava-se assim o cerco “jurídico” à resistência, que em diversas ocasiões, mesmo acuada, lançou mão de instrumentos legais ainda existentes, sobretudo do *habeas corpus*, em favor de suas lideranças.²³ Diante de tal cenário e da premente necessidade de sua superação, parece-nos natural que a Constituição cidadã tenha reforçado e expandido os poderes dos Juízes.

Especificamente quanto ao direito à educação, como analisado, há um generoso tratamento de tal direito social por nossa Carta Política, seguido de intensa e minuciosa produção legislativa infraconstitucional, já a partir da década de noventa, o que apenas reforça o seu caráter vinculante e afasta o argumento, contrário à judicialização, de invasão da jurisdição sobre a atividade legislativa. Também por conta disso, a atuação judicial, no mais das vezes, se restringirá ao controle de legalidade da atuação do gestor, sem que seja necessário ingressar em assuntos genuinamente discricionários, os quais, no campo da educação, são bastante restritos.

Nesse novo momento do direito constitucional e das relações entre os Poderes, é natural que o Juiz passe a ter um papel mais ativo, o que ganha força nas hipóteses em que o gestor público viola a Constituição, a qual investe o Poder Judiciário de diversas ferramentas processuais de controle da Administração Pública. Some-se a isso a significativa ampliação do acesso à justiça promovida pela Carta de 1988, seja através da garantia da assistência jurídica integral e gratuita aos pobres (art. 5º, LXXIV, CF), seja por intermédio do aperfeiçoamento do sistema de proteção dos direitos transindividuais (ação civil pública, fortalecimento do Ministério Público e da Defensoria Pública na tutela judicial de tais direitos etc).

De qualquer modo, muito embora a judicialização do direito à educação encontre respaldo na Constituição brasileira, não são desprezíveis as críticas que apontam que o pendor judicialista do constitucionalismo contemporâneo pode ser antidemocrático, isto é, a existência de uma “judicocracia” que bloqueia a atuação do legislativo, confere exclusividade de interpretação constitucional ao Judiciário e que pode gerar danos à autonomia pública do cidadão (cidadania passiva).²⁴ Até porque, nada assegura que o Judiciário seja o melhor

²² Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Vítor Nunes Leal, ministros do STF que resistiam à ditadura, perderam os seus cargos por força do AI-5.

²³ O penúltimo “considerando” do AI-5 é bastante claro nesse sentido: “CONSIDERANDO, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la”.

²⁴ Cf. SARMENTO, 2009.

garantidor dos direitos fundamentais, em razão de seu claro perfil elitista e muitas vezes conservador.²⁵

Há também enormes riscos de que a intervenção judicial acarrete desarranjos nas políticas públicas, como se dá, por exemplo, através do excessivo manejo de ações individuais em busca de vagas em creches, o que gera a inobservância de filas de espera, “furadas” pelas ordens judiciais. Por isso devem ser priorizadas as decisões em ações coletivas, as quais, por sua maior abrangência, tendem a melhor articular a implementação da política educacional.

Além disso, a expressão “judicialização” não dá conta da crescente atuação extrajudicial das instituições encarregadas de cobrar dos gestores a efetivação dos direitos sociais (Ministério Público, Defensoria etc), em razão, sobretudo, da morosidade do Poder Judiciário e de sua vocação para atuar, precipuamente, em demandas de caráter patrimonial do tipo binário (Caio *versus* Tício). De fato, a heterocomposição não é o único – nem o melhor – caminho para a solução dos conflitos.

É certo que a crescente aproximação entre direito e moral através da consagração constitucional de princípios jurídicos nos induz a responder a pergunta acima formulada (a judicialização é boa ou ruim?) também em termos morais ou mesmo a partir de conceitos abstratos já bastante desgastados (o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da separação de poderes etc), o que nos parece insuficiente dada a clara conexão entre direito e política, que não desaparece no momento em que um tema é positivado no texto constitucional.

Com Foucault aprendemos que o poder não é unitário e não se exaure na figura do Estado – muito ao contrário, ele atravessa e circula as relações dos homens em vários níveis (famílias, instituições sociais etc). Além disso, é necessário não tomar o poder como algo que se possa dividir entre os que o possuem e os que não o possuem, do que decorre considerar o poder como algo que *circula* e em cuja *rede* “os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão” (FOUCAULT, 2008, p. 183).

É dizer, às relações de poder que privam o gozo de direitos, por ação ou por omissão estatais, devem corresponder estratégias de luta, que também mobilizam o direito (diversamente do que pensava Marx, o direito não é um mero epifenômeno da economia) e a provocação do Poder Judiciário, ou seja, é necessário pensar *estratégias* enquanto soluções

²⁵ Pesquisas do Conselho Nacional de Justiça (Censo do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2014) e da Associação dos Magistrados do Brasil (Fonte: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Suplemento167.pdf>, acessado em 20.04.18) apontam que a magistratura brasileira é formada, preponderantemente, por homens brancos (o número de negros e amarelos na magistratura é muito pequeno) que defendem posições bastante conservadoras em temas polêmicos (por exemplo, 48,1% dos juízes se manifestaram favoravelmente à diminuição da idade penal e 49,6% foram contrários [29,2% foram “totalmente a favor” e 27,4% foram “totalmente contra”]).

capazes de efetivar e ampliar o campo dos direitos, que possuem uma história social no mais das vezes conflituosa, ou seja, não brotam naturalmente dos textos constitucionais nem tampouco das convicções morais dos juízes. Afinal, “o direito não é nem a verdade nem o álibi do poder, ele é um *instrumento* ao mesmo tempo complexo e parcial do poder” (FOUCAULT, 2006, p. 247), um poder que não se esgota no Estado.²⁶

A escolha da melhor estratégia pode, naturalmente, apostar exclusivamente na arena política e nas potencialidades da representação, mas pode também lançar mão das ferramentas jurídicas, as quais, inclusive, cada vez mais se abrem ao controle social, por exemplo, através de audiências públicas promovidas pelo próprio Poder Judiciário e também através da colaboração de especialistas que possam enriquecer os debates sobre questões controvertidas e de grande impacto social.²⁷

Para tanto, deve-se levar em conta, por exemplo, a porosidade, ou não, do legislativo e do gestor locais; o estágio de organização dos movimentos sociais e sua capacidade de pressão política; a abertura, ou não, do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público, Defensoria etc); o esgotamento das vias extrajudiciais de negociação etc, o que está a apontar que o problema da judicialização da educação pode receber uma outra abordagem, a partir do prisma de sua *utilidade* (a judicialização é útil ou não?), o que desaconselha a formulação de respostas apriorísticas, tão ao gosto dos juristas.

Referências

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

²⁶ Os discursos nem são submetidos de uma vez por todas ao poder, nem opostos a ele, são elementos ou *blocos táticos* no campo das correlações de força (FOUCAULT, 1988, pp. 96-97).

²⁷ Tratando do chamado “incidente de resolução de demandas repetitivas”, o § 1º do art. 983 do atual Código de Processo Civil estabelece que “para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Já o art. 138 do novo Código admite a figura do denominado *amicus curiae* (“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”).

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acessado em 20.03.18.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, Sergio Antonop Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 2ª Edição. Madri: Editorial Trotta 2005.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque *et al.* Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. Ditos e Escritos, Vol. IV (Estratégia poder-saber). Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. Microfísica do Poder. 25ª Edição. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008.

GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessa. Justiça e Democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton & Company, Inc, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

ORTEGATI, Cassio. Sociedade de Massa. In Dicionário de Política. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (org.), tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12ª edição. Brasília: UnB, 2004.

PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: Neoconstitucionalismo(s). 2ª Edição. Madri: Editorial Trotta, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. O Direito à Educação de Crianças e Adolescentes: Análise da Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008). Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Educação. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 2010.

TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York and London: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. Revolução processual do direito e democracia progressiva, *in A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Luiz Werneck Vianna (org.), Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

_____. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

.....

Rogério Pacheco Alves

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1993), mestrado em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2005), Pós-Graduação em Filosofia Contemporânea pela PUC-Rio (2009) e Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio (2005). Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF).

.....

Enviado em: 30.07.2018

Aprovado em: 17.11.2018