

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

BEATRIZ PETRECHEN DE VILHENA MORAES

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA**

FRANCA

2016

BEATRIZ PETRECHEN DE VILHENA MORAES

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Yvete Flávio da Costa

FRANCA

2016

Moraes, Beatriz Petrechen de Vilhena.

A ação civil pública proposta pelo Ministério Público como instrumento de efetivação do direito à educação básica / Beatriz Petrechen de Vilhena Moraes. – Franca : [s.n.], 2016.

150 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Yvete Flávio da Costa

1. Direitos sociais. 2. Direito à educação. 3. Ação civil pública.
I. Título.

CDD – 341.4182

BEATRIZ PETRECHEN DE VILHENA MORAES

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof.^a Dr.^a Yvete Flávio da Costa

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2016.

AGRADECIMENTOS

Presto meus agradecimentos a todos que andaram ao meu lado nesta caminhada.

Agradeço aos meus colegas que dividiram comigo bons momentos, muito estudo e algumas preocupações ao longo do mestrado. Agradeço a todos professores e servidores da UNESP de Franca, em especial, à minha orientadora Profa. Yvete Flávio da Costa, que mesmo diante de seus problemas pessoais nunca deixou de estender a mim sua mão amiga, sempre me fornecendo a certeza de que juntas iríamos terminar com sucesso esta jornada.

Ainda, necessário agradecer minhas amigas de universidade e também da minha terra natal, pois desde o processo seletivo do programa me incentivaram e agora comemoram comigo está conquista. Por todas presto especial agradecimento à Fernanda que dedicou parte do seu tempo para me ajudar a organizar o meu tempo.

Agradeço a meus familiares, especialmente aos meus pais Francisco e Herla que sempre me incentivaram e acreditaram em mim, proporcionando-me a oportunidade de estudar e me qualificar cada vez mais, fornecendo todo o suporte material e afetivo.

Não poderia deixar de prestar agradecimentos à minha irmã Heliz, que sempre admirou meus estudos e que no auge de sua adolescência ouvia as explicações sobre a minha dissertação e comemorava minhas publicações.

Por fim, presto especialíssimo agradecimento ao Breno, meu namorado, noivo, e agora marido, que esteve comigo, passando todas estas fases pessoais ao longo do meu mestrado, que sempre apoiou meus estudos e minha dissertação, mesmo que tivesse que abdicar do nosso convívio.

MORAES, Beatriz Petrechen de Vilhena. **A ação civil pública proposta pelo Ministério Público como instrumento de efetivação do direito à educação básica.** 2016. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

RESUMO

O presente trabalho visa estudar a ação civil pública proposta pelo Ministério Público como instrumento processual adequado para a efetivação do direito à educação básica na via judicial. Para tanto, trata do direito à educação básica como direito social de extrema relevância no contexto do Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição Federal de 1988, verificando a importância e necessidade de sua efetivação. Efetivação esta que deveria ocorrer através da implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, que, por sua vez, revela-se omissa em seu dever constitucional, acarretando desta forma a constante e crescente judicialização da questão. Da judicialização surgem diversas polêmicas acerca da possibilidade ou não de o Poder Judiciário proferir decisões a respeito de direitos que demandam políticas públicas para serem efetivados, bem como dos limites das referidas decisões. Neste quadro analisam-se estas controvérsias, buscando dirimi-las, demonstrando o instrumento processual mais adequado para efetivação do direito *in casu*. Neste ínterim, aborda-se acerca das funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição de 1988, que outorgou ao órgão a missão institucional de proteger e promover os direitos sociais coletivos, como o é o direito à educação básica. Por fim, esperou-se concluir no presente estudo que através da propositura de Ação Civil Pública pode o *parquet* pleitear o cumprimento e implementação de políticas públicas que visem garantir o direito à educação básica, bem como que este é o instrumento existente em nosso ordenamento mais adequado para que se defenda este direito perante o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Ministério Público. direitos sociais. direito à educação básica. políticas públicas. judicialização. ação civil pública.

MORAES, Beatriz Petrechen de Vilhena. **The public civil action filed by the Public Ministry as an instrument of effectivation o the right to basic education.** 2016. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

ABSTRACT

This project aims to study the public civil action filed by the Public Ministry as a suitable procedural instrument for the realization of the right to basic education in court. Therefore, deals with the right to basic education as a social right of extreme importance in the context of the Democratic Rule of Law State outlined by the Federal Constitution of 1988, verifying the importance and need for its effectivation. Effectivation which should occur through the implementation of public policies by the Executive Power, which, in turn, reveals itself negligent in its constitutional duty, thus leading to constant and increasing judicialization of the matter. From the judicialization several controversies arise about whether or not the Judiciary can render decisions regarding rights that require public policies to be made effective and the limits of these decisions. In this context we analyze these controversies, seeking solve them, demonstrating the most suitable procedural instrument for realization of the right in the present case. In the meantime, we discuss about the tasks given to the Public Ministry by the 1988 Constitution, which granted this organ the institutional mission to protect and promote collective social rights, as is the right to basic education. Further, it was expected to conclude in this study that through the filing of the public civil action can the prosecution claim the fulfillment and implementation of public policies that guarantee the right to basic education, as well as that this is the most suitable existing instrument in our law to prosecute this right towards the Judiciary Power.

Keywords: Public Ministry. social rights. right to basic education. public policies. judicialization. public civil action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA ...	10
1.1 A Constituição Federal de 1988: o Estado Democrático de Direito e os direitos sociais	10
1.2 Constitucionalismo	14
1.3 Principais características gerais dos direitos sociais	18
1.3.1 Direitos à prestação estatal	18
1.3.2 Implementação progressiva e vedação do retrocesso social.....	20
1.4 O direito à educação	22
1.4.1 O direito à educação básica na constituição de 1988	24
1.4.2 Vinculatividade e Justiciabilidade	27
1.4.3 O direito à educação básica na legislação infraconstitucional: o estatuto da criança e do adolescente e LDB	30
1.4.4 O direito à educação básica como direito coletivo	34
1.4.5 O direito à educação básica como integrante do mínimo existencial.....	36
CAPÍTULO 2 POLÍTICAS PÚBLICAS: JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL	41
2.1 Políticas públicas	41
2.1.1 Conceito.....	43
2.1.2 Realidade: custo dos direitos, escassez de recursos e omissão estatal	46
2.2 Fenômeno da Judicialização	53
2.2.1 Críticas e problemas advindos da judicialização	56
2.3 A possibilidade de controle judicial das omissões do poder público no tocante às políticas públicas.....	60
2.3.1 A legitimidade do Poder Judiciário: o princípio da inafastabilidade da jurisdição	61
2.3.2 A questão da separação dos poderes.....	66
2.3.3 A questão do controle da discricionariedade administrativa e as políticas públicas de direitos sociais.....	70
2.3.4 A reserva do possível.....	78
2.3.5 Conclusões acerca da possibilidade de apreciação judicial das omissões do poder público nas políticas públicas em matéria de direito à educação básica.....	87

CAPÍTULO 3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA	93
3.1 O papel do Ministério Público no novo contexto constitucional	93
3.1.1 O Ministério Público como instituição responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis	97
3.2 O Ministério Público como principal legitimado para a propositura de ação civil pública na defesa do direito à educação básica	99
3.2.1 Instrumentos extrajudiciais presididos pelo Ministério Público com destaque à importância do Inquérito Civil e da Audiência Pública	104
3.3 A ação civil pública como o instrumento processual adequado para a efetivação do direito à educação básica	107
3.3.1 A ação civil pública como o instrumento de tutela do direito à educação básica: delimitando o objeto de controle das políticas públicas.....	115
3.4. Questões processuais correlatas	116
3.4.1 Competência	116
3.4.2 Legitimidade.....	118
3.4.3 Objeto, pedido e causa de pedir.....	122
3.4.4 Sentença e coisa julgada	124
3.4.5 Execução.....	128
3.5 Análise de casos bens sucedidos de utilização da ação civil pública proposta pelo Ministério Público como instrumento de efetivação do direito à educação básica....	130
3.5.1 Associações x Município de São Paulo. Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002. Oferta de vagas em creche pré-escola	131
3.5.2 Ministério Público do Estado de São Paulo x Município de Santo André. RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6). Criação de vagas em creches e escolas municipais	134
3.5.3 Comentários acerca da pesquisa jurisprudencial	136
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 criou o Estado Democrático de direito, dando prioridade à dignidade da pessoa humana, princípio eleito a fundamento do Estado brasileiro no art. 1º, inciso III. Previu uma gama de direitos fundamentais sociais a fim de concretizar uma nova realidade social, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo a desigualdade social (art. 3º, incisos I e III da CFRB/1988)¹. Dentre estes direitos sociais assegurados destaca-se o direito à educação básica, ao qual o constituinte deu relevância, dedicando a Seção I do Capítulo III à sua regulação.

Preocupou-se o texto constitucional com a aplicabilidade de suas normas a fim de efetivar os direitos nele previstos. A Constituição apresentou denso conteúdo substantivo, contendo normas de diferentes espécies, tais como princípios, valores, direitos, diretrizes, de forma que os direitos constitucionalmente garantidos tornaram-se normas supremas, efetivas e diretamente vinculantes, que deve ser sempre observadas na aplicação do direito. Assim, também os direitos fundamentais sociais passaram a ter força normativa, irradiando efeitos para todo o sistema jurídico.

Por outro lado, na prática, verifica-se a falta de efetivação e o desrespeito destas normas constitucionais pelo poder público. A educação básica no Brasil não atende à sua demanda, sendo que o ensino, em muitos casos, tem péssima qualidade. Assim, o que se nota é a falta de preocupação e interesse dos governantes em fornecerem educação básica para todos, com qualidade. Esta omissão fere o direito constitucional à educação básica e outros diversos preceitos constitucionais.

Neste ponto, ressalta-se a importância da garantia do direito à educação básica como ponte para o desenvolvimento da cidadania, para o respeito à dignidade da pessoa humana e ainda, como direito imprescindível para promoção de igualdade material e desenvolvimento social no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à educação básica, como direito que exige prestação positiva estatal, demanda a formulação de políticas públicas que devem ser desenvolvidas essencialmente pelo Poder Executivo, em alinhamento com o Poder Legislativo. Tais políticas públicas custam ao poder público, que não possui recursos abundantes. Os governantes se mostram corruptos, gastam mal, dispendendo verba pública

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 jul. 2014.

com destinações outras não prioritárias, e assim, acabam omitindo-se em seu dever de efetivação deste direito tão essencial.

Diante deste cenário, na medida em que o Poder Executivo foi incapaz de efetivar o direito à educação, o Poder Judiciário passou a ser acionado para dar cumprimento a este direito, judicializando a questão. A judicialização é fenômeno alvo diversas polêmicas que envolvem a possibilidade e os limites da atuação judicial nesta matéria que concerne à alocação de recursos e desenvolvimento de políticas públicas.

Tal fenômeno traz ainda diversos problemas de ordem estrutural ao ordenamento jurídico, questões estas que se revelam mais problemáticas quando do acionamento individual do Poder Judiciário nas demandas. Isto porque o direito à educação, além, de individual, é direito coletivo, sendo que a alocação de recursos que demanda interfere no interesse de toda a coletividade.

Neste contexto é que surgiu a preocupação externada pelo tema da presente pesquisa. Diante das questões levantadas inconformou-se a presente pesquisadora, que então, passou a estudar a citada intervenção judicial e de que forma poderia ser efetuada de maneira mais racional e eficaz.

Nesta busca, deparou-se com a tutela coletiva como uma forma de dirimir diversos problemas e enfrentar de maneira mais eficiente a questão da concretização do direito à educação de base. Dentre os instrumentos coletivos, sobressaiu-se a ação civil pública, por seus próprios atributos processuais, conforme se demonstrará.

Ao mesmo tempo, esbarrou-se nas funções institucionais atribuídas ao Ministério Público na salvaguarda da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção dos interesses difusos e coletivos. Estas funções foram fornecidas ao Ministério Público pela mesma Constituição, que o vislumbrou como genuíno ator na defesa do sistema constitucional de direitos, capaz de contribuir na transformação da realidade social almejada.

Desta feita, este trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, através da pesquisa dogmática e de jurisprudência, passou a estudar de maneira crítica a ação civil pública proposta pelo parquet como o instrumento processual adequado para a efetivação do direito à educação básica em juízo, enfrentando os problemas inicialmente expostos, o papel do Ministério Público e as questões processuais da ação civil pública. Para tal análise utilizou-se especialmente do método dedutivo-bibliográfico.

CAPÍTULO 1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA

1.1 A Constituição Federal de 1988: o Estado Democrático de Direito e os Direitos Sociais

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada a fim de consolidar um ideal democrático após longos anos de ditadura vividos pelo país. Neste ímpeto o Poder Constituinte delineou o chamado Estado Democrático de Direito, elegendo como fundamentos do Estado, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º incisos II e III. A nova Constituição, apelidada de “Constituição cidadã”, reconquistou os direitos fundamentais individuais e de cidadania, como meio de superação do autoritarismo¹ experienciado.

A dignidade da pessoa humana foi eleita a fundamento do Estado brasileiro, o que se deu de maneira inédita. Ainda, ao longo do texto constitucional verifica-se por diversas vezes a alusão ao referido princípio, como ocorre, por exemplo, no art. 170 que determina ser finalidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, o que reforça a importância que lhe foi conferida pelo Constituinte. Para Ingo Sarlet tal valorização do princípio da dignidade humana demonstra que o constituinte brasileiro reconheceu que “[...] o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário,” vez que o ser humano é em si uma finalidade precípua, e não um meio da atividade estatal.²

Estabelece ainda no art. 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Da leitura do referido dispositivo, conjugadamente com o que já foi exposto, nota-se a intenção de assegurar a todos os residentes no país dignidade e bem-estar.

Neste contexto traz a Constituição de 1988 avançada e inovadora Carta de direitos e garantias fundamentais, incluindo nestes os direitos sociais, econômicos e culturais, que, nas constituições anteriores, não tinham autonomia ou destaque. O Capítulo II concentra a maior

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 41.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80.

gama de artigos acerca dos direitos sociais, no entanto, estes não estão limitados ao referido capítulo, pois ao longo de seu texto a Constituição elencou diversas tarefas e programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, inseridos na ideia da criação de nova uma ordem social.³ Por sua vez, o art. 6º traz um rol de direitos sociais, com a seguinte redação:

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.

Conforme se pode notar e será objeto de estudo mais adiante, a maior parte dos direitos sociais depende de uma ação do Estado, de uma prestação que os concretize, diferentemente do que sucede com os direitos individuais, que exigem uma mera abstenção estatal. A finalidade máxima dos direitos sociais, das prestações que se exige do Estado, é a consolidação da ordem social criada, baseada na justiça social e no bem estar, conforme previsto nos arts. 170 e 193 da Constituição Federal.

Desta feita, nota-se que a Constituição pátria de 1988 arquitetou um projeto de Estado de Bem-estar Social. Sobre isso, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau aduz:

A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios da participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele. A inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem-estar.⁴

Para Paulo Bonavides, a noção contemporânea de Estado Social seria aquela em que se pretende vencer a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social.⁵ Ainda, para o jurista, o Estado Social pode ocorrer sob distintos regimes políticos, no entanto, quando ocorre sob a égide da Democracia, oferece na sua feição jurídico-constitucional a garantia de tutelar os direitos da personalidade.⁶

³ BONTEMPO, Alessanda Gotti. Os direitos sociais e a discricionariedade do administrador na implementação de políticas públicas. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2. p. 592.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 328.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 185.

⁶ *Ibid.*, p. 204.

No caso brasileiro o Estado social foi criado sob o regime do Estado Democrático de Direito, o que significa um modelo de Estado que busca conjugar a supremacia da Constituição, a democracia, a soberania popular e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito nasceu como forma de somar democracia e Estado Constitucional, ampliando e adequando ambos os conceitos.⁷ Com isso, adotou-se no Estado Democrático de Direito a supremacia formal e substancial da Constituição (Estado Constitucional), bem como uma dimensão substancial de democracia⁸, não se limitando ao princípio majoritário, de maneira a resguardar a fruição dos direitos fundamentais previstos na Constituição, inclusive perante a oposição da maioria.⁹

Conforme mencionado, importante característica deste novo Estado é a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, com sua dimensão material. A este respeito entende-se que o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, representado por sua autoaplicabilidade (art. 5º, § 1º), está vigente no ordenamento jurídico, de forma que, conforme aduz José J. Gomes Canotilho:

[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).¹⁰

Com esta visão retorna-se a um dos fins a que se destina o Estado constitucional brasileiro, qual seja a consagração da justiça social com a redução das desigualdades sociais e a promoção de igualdade fática ou material, mantendo em mente o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve balizar todo este processo.

⁷ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-4.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-72.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the constitution*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 16-19.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Tudo isto se dá, principalmente, através da concretização dos direitos sociais, também chamados de direitos de igualdade ou direitos de segunda geração ou dimensão¹¹. Por meio das prestações estatais efetivadoras de direitos sociais é que é possível cumprir os mandamentos constitucionais abordados.

Portanto, conclui-se que o Estado Democrático de Direito criado pela Constituição Federal, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como finalidades a redução das desigualdades sociais, a justiça e o bem-estar social, como Estado Social que é, deve estar comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais sociais, por ser esta a única maneira de se alcançar os fins desejados pelo constituinte e de dar fiel cumprimento às normas constitucionais.

Justamente por esta razão é que a Constituição Federal de 1988 deu tratamento inovador aos direitos sociais. A nova Constituição foi a primeira na história brasileira a dedicar um título específico aos direitos e garantias fundamentais (Título II), em que, juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras sobre a nacionalidade, foram também consagrados direitos sociais básicos. Nas constituições anteriores havia normas sobre justiça social e direitos sociais, porém, em 1988 é que os direitos sociais foram elevados à categoria de direitos fundamentais, consoante previsão expressa da própria Constituição.¹²

Neste sentido conclui Ingo Sarlet:

O art. 6º da CF insere-se num contexto normativo-constitucional mais amplo: o Preâmbulo já evidencia o forte compromisso da Constituição e do Estado com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais positivados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. [...] Além disso, a busca da justiça social – e, pois, o compromisso com a realização dos direitos sociais – perpassa também os objetivos fundamentais da

¹¹ A denominação se deve ao fato de que o surgimento destes direitos se deu no contexto em que os direitos fundamentais de primeira geração, que surgiram em oposição ao Estado absolutista durante a revolução francesa (1789), e que consistem nas liberdades clássicas ou igualdades formais (“igualdade perante a lei”) como liberdade e propriedade, a partir de meados do século XIX, em meio ao contexto da Revolução Industrial, já não eram mais suficientes para pacificar os conflitos sociais, vez que se observava a existência de enormes distorções sociais. Diante disso, houve o fortalecimento de grupos denominados “corpos intermediários”, que buscavam o reconhecimento de direitos econômicos, culturais e sociais, chamados de “direitos de igualdade”, liberdades reais, concretas, materiais ou públicas positivas (implicavam prestações positivas do Estado para redução das desigualdades), ou ainda, direitos prestacionais, porquanto exigiam uma ação do Estado. Estes visam promover, efetivamente, a igualdade material e justiça social, e fazem parte da fase de nascimento do modelo de Estado Social ou do Bem-Estar Social.

Neste contexto, surgia a segunda geração ou dimensão de direitos humanos ou fundamentais, em que houve o reconhecimento jurídico dos primeiros interesses de dimensão coletiva, ou seja, que assistem a todo um grupo, classe ou categoria de pessoas (mulheres, crianças, idosos e trabalhadores), de modo que uma única lesão ou ameaça pode afetar a todos os componentes de determinada coletividade.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

República, elencados pelo art. 3º da CF, que estabelece como norte, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, ademais da redução das desigualdades sociais. O mesmo ideário consta do art. 170, que explicita a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica, vinculando esta última à garantia de uma existência digna para todos, conformada aos ditames da justiça social. Para tanto, a CF reconheceu e assegurou um conjunto de direitos fundamentais sociais básicos (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) [...]. Por fim, importa enfatizar que os direitos sociais somente podem ser compreendidos de modo adequado a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculem, bem como à luz, sempre, de toda a legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretiza.¹³

Desta forma, os direitos sociais, como forma de promoção de igualdade social, devem ser efetivados. A Constituição Federal democratizadora não pode ser fada a se tornar letra morta. Neste contexto é que se dá o presente estudo, que em breve abordará as principais características inerentes aos direitos sociais, no que importa à pesquisa, e posteriormente, o direito à educação em si, direito social dos mais básicos, sem o qual não se pode falar em existência digna ou cidadania.

1.2 Constitucionalismo

O protagonismo da Constituição no ordenamento jurídico teve início no século XIX, tempo após a Revolução Francesa, com o surgimento do Estado constitucional ou Estado de Direito, o Estado Liberal Burguês. Este buscava, acima de tudo, limitar o poder político e organizar juridicamente o Estado através da Constituição, a qual possuía a liberdade como base maior,¹⁴ e, em consequência, valorizava a legalidade e a soberania popular, com fito de defender os indivíduos dos arbítrios estatais.

Desta forma, os teóricos da época acreditavam que o Estado deveria se abster de interferir tanto na seara econômica quanto na social, agindo sempre minimamente, para levar a liberdade em suas últimas consequências. Nesta modalidade de Estado verifica-se a predominância do Legislativo.

Contudo, na primeira metade do século XX o Estado Liberal se demonstrou insuficiente para responder aos anseios sociais que surgiam. O Estado então passa de Estado de Direito para Estado Social, mais intervencionista, dotado de mais tarefas e preocupado em solucionar problemas econômicos, sociais e culturais. A Constituição, por sua vez, teve seu

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 32-27.

conteúdo enriquecido, assegurando agora os direitos sociais e buscando a liberdade e igualdade em sentido social.

Com este alargamento dos fins do Estado, tem-se o crescimento da função administrativa, o que acaba por realçar o Poder Executivo em detrimento do Legislativo. Neste âmbito é que surge o constitucionalismo, que tem como principais elementos: a Constituição como fundação do ordenamento estatal, como “[...] sistematização racionalizadora das normas estatutárias do poder e da comunidade e a Constituição como lei, como conjunto de normas de fonte legal.”¹⁵ Segundo Comanducci, o constitucionalismo é uma ideologia que busca a limitação do poder e a defesa de liberdades naturais e direitos fundamentais.¹⁶

Após os acontecimentos da segunda guerra mundial surgiu uma necessidade de repensar a Teoria do Direito, o que se refletiu na seara constitucional. Após as atrocidades cometidas pelo nazismo e facismo, ambos legitimados pela maioria democrática, muitos países passaram a ter uma Constituição interessada na concretização e garantia de uma determinada realidade social, trazendo consigo valores, como a dignidade humana, finalidades, e opções políticas fundamentais a serem observadas pelas maiorias, concedendo para tanto, normatividade ao texto constitucional, que agora é rígido.

De acordo com Ana Paula de Barcellos, estes valores e opções políticas formam um consenso mínimo que “[...] passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado.”¹⁷

Luís Prieto Sanchís afirma que o constitucionalismo europeu pós-guerra sofreu tantas mudanças, tornou-se tão singular a ponto de falar-se em uma nova cultura jurídica ou talvez uma nova Teoria do Direito¹⁸, o chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo¹⁹. Ana Paula de Barcellos²⁰ aduz que apesar do termo, não se trata de algo tão diferente do constitucionalismo original, pois o chamado neoconstitucionalismo traz apenas alguns elementos novos á teoria anterior.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 165.

¹⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75, 97.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, p. 86 jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 10 maio 2015.

¹⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo* Madrid: Ed. Trotta, 2007. p. 201.

¹⁹ Importante lembrar que há entendimento doutrinário no sentido de que o constitucionalismo contemporâneo e o neoconstitucionalismo não são sinônimos, por serem momentos distintos. Neste trabalho adorta-se-a sua igualdade de significados.

²⁰ BARCELLOS, op. cit.

Em verdade, o neoconstitucionalismo seria melhor denominado teoria neoconstitucional, porque, segundo a mencionada autora, trata-se de teoria em fase de concretização, que está construindo instrumentos que visam “[...] transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.”²¹

Neste íterim, Paolo Comanducci defende que existem três acepções do termo neoconstitucionalismo: o neoconstitucionalismo teórico, que se pauta em na constitucionalização do direito, refletida por uma constituição invasora, com extenso rol de direitos fundamentais, na qual estão presentes tanto princípios quanto regras, e que traz peculiaridades interpretativas; o ideológico, que tem como plano central a garantia dos direitos fundamentais, valorizando os mecanismos institucionais de tutela destes direitos, com a exigência de que as atividades do Legislativo e do Judiciário visem sua concretização; e o metodológico, que entende ser necessária a conexão entre o direito e a moral.²²

A despeito das controvérsias teóricas e terminológicas explicitadas, por não ser este o objeto do trabalho, nos referiremos ao termo neoconstitucionalismo, de forma a abranger todas as acepções do termo, a representar o novo momento teórico do direito constitucional.

Em suma, o neoconstitucionalismo foi marcado pela materialização das Constituições, que apresentam denso conteúdo substantivo e são compostas por normas de diferentes espécies, tais como princípios, valores, direitos, diretrizes. Como consequência os direitos constitucionalmente previstos se tornaram normas supremas, efetivas e diretamente vinculantes, devendo sempre ser observados na aplicação do direito. Este conteúdo possui uma extensa gama de direitos fundamentais sociais, que possuem força normativa, irradiando efeitos para todo o sistema jurídico.²³

O novo modelo constitucional não visa apenas repartir poderes e competências, e sim, especialmente, garantir direitos fundamentais, construindo uma nova ordem de valores e de justiça, a qual exige dos órgãos estatais e da sociedade uma postura ativa no sentido da sua realização.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, p. 85 jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 10 maio 2015.

²² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75-97.

²³ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo* Madrid: Trotta, 2007. p. 201.

Esta nova visão pode ser traduzida na expressão empregada por Konrad Hesse da “força normativa da Constituição”²⁴ que significa a atenção à efetividade das normas da Constituição, que não são mais simbólicas, que passam a ter força vinculante.²⁵

Ademais, Ana Paula de Barcellos esquematiza o neoconstitucionalismo, dividindo-o sob um ponto de vista metodológico-formal e um material. Sob o primeiro ponto de vista, coloca três premissas fundamentais: a normatividade (imperatividade), a superioridade e a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico.²⁶ Sob o ponto de vista material, identifica dois elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo:

[...] a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.²⁷

Diante destas características, destaca a jurista:

[...] a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é, sem dúvida, um dos desafios do neoconstitucionalismo.²⁸

Conforme verificamos no tópico anterior, a criação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988 se encaixa nas premissas desta teoria, devido a suas características e inspirações.

Diante desta perspectiva, reclama o texto constitucional por efetividade, ou seja, por eficácia social com real aplicação e observação da norma na ordem fática, com a maior aproximação possível “[...] entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”²⁹ Especialmente no tocante aos direitos fundamentais sociais, estes precisam ser cumpridos, pois de sua efetividade depende sua existência material – posto que de fato, não existe o direito social à prestação se a prestação não é concretizada - desempenhando assim sua função social.

²⁴ HESSE, Konrad apud BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

²⁵ BUCCI, op. cit.

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, p. 83-103 jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 10 maio 2015.

²⁷ *Ibid.*, p. 85.

²⁸ *Ibid.*, p. 86.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

1.3 Principais características gerais dos direitos sociais

Para compreender mais a fundo a problemática central do trabalho, faz-se necessário analisar as principais características inerentes aos direitos sociais em geral, para depois adentrar no mérito do direito à educação básica.

1.3.1 Direitos à prestação estatal

Os direitos sociais têm como característica marcante o fato de que, para sua efetivação no plano concreto, fático, é necessária uma ação positiva a cargo do poder público, uma prestação estatal. Para Jellinek os direitos fundamentais sociais tem “status positivus”, ou seja, reclamam “*facere*” do Estado.³⁰ Ingo Sarlet salienta que esses direitos têm por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição, redistribuição e criação de bens materiais.³¹

Os direitos de defesa, ou direitos fundamentais de liberdade, por sua vez, na sua condição de direitos subjetivos, caracterizam-se por serem efetivados através de conduta omissiva, que exige abstenção de intervenção por parte do Estado. Assim sendo, a doutrina e jurisprudência alemãs identificam dois tipos de direitos subjetivos: direitos de defesa (*Abwehrrechte*) e direitos a prestações (*Leistungsrechte*).³²

Prosseguindo acerca dos direitos fundamentais sociais, objetivamente, na visão de Canotilho, os direitos sociais concebem-se como direitos a prestações cujo titular passivo é o Estado que, por sua vez, impõe o pagamento autoritário e coactivo de impostos destinados a satisfazer as demandas prestacionais dos cidadãos.³³

Estas prestações, como se aprofundará adiante, se realizam por meio de políticas públicas, em regra planejadas no âmbito do Poder Executivo e cujo orçamento deve ser aprovado pelo Poder Legislativo. A Constituição garantiu os direitos sociais para que fossem posteriormente cumpridos pelos órgãos públicos através de prestações positivas que somente

³⁰ JELLINEK, Georg apud QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 19.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 235.

³² QUEIROZ, op. cit., p. 20.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 101.

produzirão seus efeitos materiais quando do desenvolvimento de políticas públicas que executem os referidos direitos.

Uma vez regulamentadas e devidamente criadas as políticas públicas necessárias à materialização dos direitos fundamentais de segunda geração, estes começam a produzir efeitos sociais positivos, no sentido de equilibrar as disparidades sociais.

Importante trazer à baila a doutrina de Robert Alexy, que divide os direitos a prestações em sentido amplo em três grupos: direitos à proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestação em sentido estrito. Para o autor, os direitos a proteção se configuram como direitos que o titular de direitos fundamentais possui em face do Estado para que este o proteja contra intervenções de terceiros. Já os direitos à organização e procedimento consistem no direito do indivíduo a criação, interpretação e aplicação de procedimentos que garantam direitos fundamentais. Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito coincidem exatamente com os direitos fundamentais sociais.³⁴

Tal distinção importa ao tema para corroborar com o entendimento de parte da doutrina que discorda do tratamento diferenciado conferido aos direitos fundamentais sociais sob o argumento de que apenas estes exigem ação do Estado, apontando que também alguns direitos fundamentais de liberdade ou de defesa, exigem prestações estatais.

Neste sentido, impende elucidar que os direitos de defesa, por demandarem abstenção estatal, geralmente são considerados destituídos de dimensão prestacional e econômica, vez que a proteção ao bem jurídico que asseguram é realizada sem alocação direta de ação e recursos estatais, aparentemente.

No entanto, como defendem Holmes e Sustain, todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos de defesa, são, de certa forma, direitos positivos, no sentido de que exigem para sua tutela um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, o que acarreta a alocação de recursos materiais e humanos.³⁵ Portanto, verifica-se que mesmo os “direitos negativos” podem gerar pretensões positivas.

Desta feita, a principal diferença estrutural entre os direitos fundamentais sociais (prestacionais em sentido estrito), e os direitos fundamentais de liberdade, reside no fato de que, o grau de vinculação dos direitos sociais deixa mais “espaço de prognose” e “liberdade

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 444-450.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 235.

de conformação” ao legislador³⁶, bem como ao administrador público, como se verá adiante, no tocante à forma de efetivar o direito fundamental social.

Conforme será estudado, o fato de os direitos sociais serem considerados direitos a prestações, que necessitam de maiores gastos, e de os direitos de defesa, por sua vez, serem opostamente considerados como economicamente irrelevantes, gera controvérsia na doutrina e jurisprudência acerca do alcance e exigibilidade dos direitos sociais.

1.3.2 Implementação progressiva e vedação do retrocesso social

Conforme já observado, os direitos sociais demandam a criação de condições materiais para sua concretização, sendo que, no decorrer do tempo, deve-se buscar o aumento no seu grau de fruição e nos resultados a que o direito social se destina a perquirir. Desta forma, os direitos sociais estão conectados aos princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social.

De maneira geral, a doutrina brasileira compreende que o princípio da proibição do retrocesso social está implícito na Constituição, nos arts. 1º caput, através do princípio do Estado Democrático e Social; art. 1º, III, no princípio da dignidade humana; art. 3º que traz os objetivos da República; art. 5º § 1º, que prevê o princípio da máxima efetividade; e arts. 170 e 193, que trazem os objetivos do bem-estar e justiça social; enquanto o princípio da implementação progressiva estaria implícito nos arts. 3º, 170 e 193³⁷.

O princípio da implementação progressiva está previsto expressamente no direito internacional e o princípio da proibição do retrocesso social aparece de forma inter-relacionada àquele. No Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º §1º³⁸, na Convenção Americana de Direitos Humanos no art. 26³⁹ e no Protocolo Adicional

³⁶ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 19.

³⁷ BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁸ BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 5 mar. 2015.

Art. 2º:

§1º Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu art. 1º⁴⁰.

O princípio da progressividade desdobra-se em duas vertentes: “[...] a obrigação de adotar medidas com vistas à implementação gradual dos direitos sociais”⁴¹ (progressividade) e a “[...] obrigação de não retroceder com relação ao nível da fruição dos direitos já conquistados.”⁴² (vedação ao retrocesso).

A implementação progressiva impõe que o Estado deve sempre avançar no que se refere às condições de gozo e exercício dos direitos sociais, não podendo, por decorrência lógica, retroceder em relação às medidas já concretizadas, reduzindo o nível de proteção dos direitos vigentes ou simplesmente revogando os direitos existentes.

Para Canotilho, o direito deve dirigir a sociedade⁴³, sendo que o digirismo constitucional em matéria de direitos sociais leva à graduabilidade destes direitos, aqui colocados como progressividade. A graduabilidade significa a aferição de progresso, a existência de uma meta emancipatória, com o aumento contínuo de prestações sociais. Para o jurista, a referida gradualidade tem sido compreendida como realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro do Estado.⁴⁴

O problema reside no fato de que isto tem acarretado o surgimento de teses da insindicabilidade da criação de direitos a prestação pelo legislador, defendendo-se que as políticas de realização destes direitos assentam-se em critérios exclusivos de oportunidade técnico-financeira. Defende o jurista que a graduabilidade não significa reversibilidade.⁴⁵

Por sua vez, a não reversibilidade ou vedação do retrocesso social impede o legislador ou o administrador público de extinguir ou deduzir política pública efetivadora de direitos fundamentais sociais. Assim, o retrocesso é vedado em dois âmbitos: “[...] normativo (aplicável a normas jurídicas) ou de resultados (aplicável ao resultado de políticas públicas).”⁴⁶ Este princípio está também relacionado com o princípio da segurança jurídica e

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, “Protocolo de San Salvador”. San Salvador, 17 nov. 1998. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁴¹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222.

⁴² Ibid.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 248.

⁴⁴ Ibid., p. 110.

⁴⁵ Ibid., p. 109.

⁴⁶ BONTEMPO, op. cit., p. 222-233.

da proteção da confiança, vez que a concretização dos direitos sociais traz certa garantia de estabilidade social.

Acerca da matéria, interessante colocar o trecho do voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão envolvendo o direito à saúde:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.⁴⁷

Em suma, os princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social são os dois lados de uma mesma moeda, as facetas complementares de um mesmo dever cuja finalidade é o pleno reconhecimento e gozo dos direitos sociais.

1.4 O direito à educação

O direito à educação tem extrema importância no contexto do Brasil atual posto ser um direito extremamente básico e completamente negligenciado em nosso país. Sua relevância se dá, dentre outros motivos, porque sem educação não há que se falar em autodeterminação do ser humano, não há liberdade de escolhas (liberdade fática), conforme:

[...] os direitos sociais, no limite da fundamentalidade, conformam a estrutura básica do regime democrático e, por isso, se inserem na esfera da imparcialidade política. Tais direitos funcionam como condições de possibilidade da democracia garantia dos direitos sociais desenvolve no cidadão a "capacidade" para exercer "real influência" sobre os destinos da comunidade. Sem direito à educação, por exemplo, o cidadão, em geral, possui menores capacidades reais para influenciar vida pública.⁴⁸

Em consonância com o aduzido, Regina Maria Fonseca Muniz frisa a imprescindibilidade da efetivação do direito à educação, especialmente a fim de que se

⁴⁷ Inteiro Teor - Voto do Ministro Celso de Mello, p. 129-130 - STA 175-AgR/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julg. 17/03/2010. Publ. 30/04/2010. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2015).

⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 524.

possibilite a promoção de “[...] bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas.”⁴⁹

Tal magnitude se verifica de forma que, carecendo de efetivação o referido direito, não se pode buscar atingir quaisquer dos objetivos da República Federativa do Brasil (construir uma sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), sequer é possível cumprir com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, cidadania e dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 buscou valorizar e ampliar o direito à educação, como se verá, numa tentativa de modificar a trágica trajetória educacional do país, e ainda, enxergando a educação como uma ponte para a construção de um futuro próspero. Assim preconiza Marcos Augusto Maliska:

A democratização trazida pela Constituição obriga o poder público a reverter décadas de descaso com a educação pública de qualidade e universal. Se outrora a educação pública teve certa qualidade, ela não era universal, não estava acessível a todas as camadas da população. Hoje se faz necessário não apenas a sua universalização, mas que essa seja de qualidade, principalmente naquelas escolas que atendem a camada mais humilde da população, que mais necessita de uma educação que a desperte para a cidadania. O futuro do país depende de um projeto de educação abrangente, que pense o país nos próximos cinquenta anos, de modo a dar-lhe condições de existência e sobrevivência nesse mundo que se interliga cada dia mais.⁵⁰

Desta feita, nota-se que sem garantia de educação devida não há dignidade humana, pois, como se verá, o direito à educação é parte componente do núcleo essencial do mínimo essencial.

Ainda, sem a efetivação do direito à educação não se pode pretender ter cidadania em sua real acepção, qual seja de participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade, não apenas através do voto. Atualmente, entende-se que a cidadania é composta por três elementos essenciais: democracia material, dignidade da pessoa humana e cidadania participativa, buscando maximizar a participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade.⁵¹

⁴⁹ Inteiro Teor - Regina Maria Fonseca Muniz citada no Voto do Ministro Celso de Mello, p. 1542 - STF. RE: 410715/SP, Relator: Min. Celso de Mello. Jul. 22/11/2005. Publ.: 03/02/2006.

⁵⁰ MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013. p. 1674.

⁵¹ DOMINIQUE, Turpin apud AGRA, Walber de Moura. Comentário ao art. 1º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

Neste sentido Walber de Moura Agra:

Tomada em acepção ampla, abrange uma série de fatores que permitem o exercício consciente dos direitos políticos, como à educação, à informação, ao emprego, à moradia etc. Tem seu nascimento tipificado quando o cidadão se torna consciente de seus deveres e de suas obrigações na sociedade.⁵²

Portanto, conclui-se que a educação é valor dos mais básicos, e ainda, supremo, sem o qual não é possível o desenvolvimento de um país. País sem educação é país com enormes problemas estruturais, como é o Brasil. O direito à educação precisa ser efetivado. Justamente diante desta consciência é que a Constituição lhe deu tamanha importância, vejamos.

1.4.1 O direito à educação básica na constituição de 1988

A Constituição Federal trata por primeiro do direito à educação conjuntamente com os demais direitos sociais no art. 6º, cujo texto:

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. (grifo nosso).

Após, dedica a Seção I do Capítulo III da Constituição à regulação deste direito, tamanha importância tem para a concretização da cidadania e da dignidade da pessoa humana. No art. 205 define ser a educação direito de todos e dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Por sua vez, no art. 208 a Constituição prevê a forma com que será efetivado o direito à educação, *in verbis*:

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 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
 II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
 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;

⁵² AGRA, Walber de Moura. Comentário ao art. 1º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013. p. 544.

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.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (grifo nosso).

No inciso I está definido o conceito de educação básica, objeto do estudo, que é aquela oferecida pelo Estado dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, que se caracteriza por ser gratuita e obrigatória. Obrigatória para o Estado, que deve necessariamente oferecê-la, de maneira universal, àqueles que buscarem o ensino. A educação básica tem o fito de oportunizar ao indivíduo que exerça sua cidadania, devendo respeitar a democracia e a liberdade.⁵³

Determina no § 1º que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e, no § 2º que, seu não-oferecimento pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Luís Roberto Barroso ressalta que o dispositivo não deve conduzir à errônea interpretação restritiva das normas constitucionais, posto que não pretendeu limitar o alcance das demais normas constitucionais, mas somente assegurar esta posição jurídica específica, a fim de evitar que o poder público buscasse se furtar do dever prestacional de educação que lhe foi imposto,⁵⁴ conforme será analisado em tópico a seguir.

Ademais, no art. 211 estabelece a Constituição um regime de cooperação entre os entes federativos para a oferta do ensino, que deve funcionar de maneira integrada e organizada para que o asseguramento do direito à educação básica. Importante a transcrição dos seus parágrafos:

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

⁵³ MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

A atuação do Estado em matéria de educação ocorre por meio dos sistemas de ensino federal, estadual e municipal. O Referido artigo foi regulamentado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação que será estudada a seguir.

Ademais, o art. 212, caput e parágrafos, trazem questões orçamentárias⁵⁵, prevendo os recursos mínimos a serem investidos no ensino. Assim prevê o referido caput:

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.

A aplicação das receitas previstas no artigo transcrito deve ser necessariamente respeitada pelos entes federativos, por tratar-se de “[...] norma que vincula o poder público à aplicação do mínimo exigido, sujeitando os administradores a serem responsabilizados pelo não cumprimento do dispositivo constitucional”⁵⁶, consoante defende a melhor doutrina.

Para Ana Paula de Barcellos, além de ser o referido dispositivo vinculativo, ensejando a aplicação do mínimo de recursos para a concretização do ensino básico, o dispositivo demonstra a prioridade dada pela Constituição Federal à educação básica, sendo que deve ser utilizado como parâmetro para controle jurídico das políticas públicas, conforme veremos adiante, devendo o poder público priorizar pela progressiva universalização do ensino básico quando da escolha na alocação de recursos.⁵⁷

Por fim, no art. 214 o constituinte determinou que a lei estabelecerá o plano nacional de educação com o estabelecimento de metas e objetivos, citando algumas destas metas frente aos principais problemas vividos no país, quais sejam, o analfabetismo, a não universalização do atendimento escolar, a falta de qualidade do ensino, a não integração entre escola e mercado de trabalho, bem como a conscientização para tomada de medidas concretas no tocante a promoção humanística, científica e tecnológica do país.

⁵⁵ O art. 60 da Constituição também faz previsões orçamentárias no tocante ao oferecimento de educação básica.

⁵⁶ MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013. p. 1974.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47588/45167>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

De outro vértice, ainda acerca do tratamento constitucional conferido ao direito à educação, apenas para ressaltar a relevância dos direitos sociais, e, do direito à educação, impende lembrar que a doutrina majoritária⁵⁸ entende que por simples interpretação literal a Constituição Federal de 1988 deu aplicabilidade imediata às normas de direitos fundamentais, o que inclui o direito social à educação, através da previsão do art. 5º, § 1º⁵⁹. No entanto, levando em conta que o direito a educação básica, a ser tratado na presente pesquisa, está regulamentado por norma infraconstitucional, não se faz necessário adentrar neste mérito.

No mesmo sentido, afirmando a importância do direito social em comento, também relevante ressaltar que, apesar de haver certa divergência doutrinária⁶⁰, a doutrina majoritária entende ser cláusula pétrea conforme disposição presente no art. 60 §4º, IV⁶¹ da Constituição Federal.

1.4.2 Vinculatividade e Justiciabilidade

O direito à educação enquanto direito social, no contexto da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional, é dotado de vinculatividade e justiciabilidade. Os referidos conceitos estão relacionados à dupla dimensão dos direitos fundamentais sociais, respectivamente, à dimensão objetiva e subjetiva. A dupla dimensão dos direitos fundamentais sociais evidencia que estes devem ser lidos sob uma ótica individual e comunitária, relacionada aos valores que se visa concretizar por meio da ação estatal.⁶²

⁵⁸ De acordo com Ingo Sarlet ainda que a localização topográfica e a interpretação literal da Constituição conduzam à ideia de aplicabilidade imediata "há quem diga que as normas de direitos sociais não se encontram abrangidas pelo disposto no art.5º § 1º, da CF", sustentando que seria necessária interpretação restritiva do alcance da norma por ter o constituinte dito mais do que o que pretendia. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 224-225).

⁵⁹ Art. 5º: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁶⁰ Desta vez, conforme aduz Ingo Sarlet, interpretação literal do referido dispositivo levaria à conclusão errônea de que somente os direitos e garantias individuais do artigo 5º estariam protegidos contra reforma, deixando-se de fora não apenas todos os direitos sociais, mas também, os direitos de nacionalidade, direitos políticos – com exceção do voto - e qualquer direito coletivo. Apenas por meio desta constatação verifica-se que não foi esta a intenção do constituinte. Sem mais delongas, para não fugir ao escopo do trabalho, defende-se que o referido art. 60 §4º, IV da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado de maneira sistêmica e não restritiva de forma a abranger todos os direitos fundamentais, inclusive os de cunho social. (SARLET, op. cit.).

⁶¹ Art. 60:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira apud DUARTE, Leonardo Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 70.

A dimensão objetiva presente nos direitos fundamentais sociais⁶³ os demonstra como um “[...] conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”⁶⁴, que preveem uma “ordem objetiva fundamental”⁶⁵. Tais valores irradiam a todas as esferas, tanto legislativas, quanto administrativas e até privadas, colocando, desta maneira, imposições legiferantes, ou seja, obrigando o legislador a possibilitar o exercício destes direitos, bem como a imposição de que o Estado realize prestações aos indivíduos.⁶⁶

No tocante ao direito à educação, tem-se:

A obrigatoriedade do ensino fundamental encontra base na chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consistente não apenas na compreensão do direito fundamental como um direito subjetivo, mas como uma decisão valorativa de cunho jurídico-objetivo da Constituição, ou seja, o ensino fundamental transcende a dimensão individual para atingir uma dimensão social, comunitária, pois é do interesse da comunidade que seus cidadãos, ao menos, o tenham frequentado.⁶⁷

Desta feita, é no âmbito da irradiação objetiva dos direitos fundamentais sociais que se verifica a sua vinculatividade, especialmente no tocante ao direito à educação. A vinculatividade, que pode ser lida como o “[...] poder de coerção da norma jurídica”⁶⁸, está relacionada com a consolidação do Estado Constitucional de maneira que a rigidez de nossa Constituição e a interpretação que dela se faz implica em uma vinculatividade da atividade legislativa e administrativa⁶⁹ aos direitos sociais, principalmente ao direito à educação básica.

Neste sentido, aduz Canotilho que os direitos sociais em geral possuem “vinculatividade normativo-constitucional”, defendendo que “O Estado, os poderes públicos e o legislador, estão vinculados a proteger e a garantir prestações existenciais.”⁷⁰

Desta forma, é possível dizer que a Constituição vincula os caminhos a serem tomados pelo Executivo no dispêndio de recursos públicos, posto que estabeleceu amplos direitos sociais, dotados de imperatividade, que devem ser perseguidos através da elaboração de políticas públicas.

⁶³ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 18, 89.

⁶⁴ PEREZ LUNO apud DUARTE, Leonardo Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 68.

⁶⁵ DUARTE, op. cit., p. 72.

⁶⁶ Ibid., p. 69.

⁶⁷ MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013. p. 1970.

⁶⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

⁶⁹ QUEIROZ, op. cit., p. 87.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 244.

Assim, o político estaria sendo limitado pelo jurídico, posição que coaduna com a existência de um Estado Social Democrático de Direito.⁷¹ Tal vinculatividade dos direitos sociais, especialmente do direito à educação, influi diretamente na questão da concretização deste direito através das políticas públicas, como veremos adiante, pois os fins constitucionais devem ser buscados pelo Poder Público quando do gasto de dinheiro público.

De outro vértice, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais gera a seus titulares posições jurídicas fundamentais, ou seja, direitos subjetivos. O direito subjetivo é uma pretensão conferida a um sujeito a que se contrapõe um dever correlativo, sendo possível pretender a realização deste dever.⁷² Há controvérsia acerca de se os direitos sociais geram ou não direitos subjetivos⁷³, no entanto, em se tratando do direito à educação a questão simplifica-se, pois, o constituinte fez questão de clarificar tal faceta, conforme previsão do art. 208, § 1º: “§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Portanto, não restam dúvidas ser o direito à educação direito subjetivo do indivíduo, sem adentrar no mérito da regulamentação pela legislação infraconstitucional.

Conquanto se disse que o direito subjetivo gera um poder de pretender a realização de um dever, nota-se que aquele está atrelado ao reconhecimento de exigibilidade e justiciabilidade, condicionada à carga normativa de cada direito fundamental.⁷⁴ Assim, é possível que o titular do direito subjetivo exija-o perante o Poder Judiciário, em face daquele que está obrigado.

No tocante ao direito à educação, a própria Constituição previu ser direito subjetivo, sendo assim, dotado de alta carga normativa. Apesar disso, por envolver prestações sociais, questões de limitações orçamentárias e políticas, parte da doutrina ainda é extremamente resistente a justiciabilidade dos direitos sociais.

A respeito da mencionada resistência à justiciabilidade dos direitos sociais, Cass Sunstein procede proveitosa análise da decisão da Corte constitucional Sul-Africana:

Corte Constitucional Sul-Africana resolveu essa questão nesse sentido, concluindo que os direitos socioeconômicos são sujeitos ao escrutínio judicial. A Corte disse que **tais direitos "são, no mínimo em certa extensão, justiciáveis". O fato de eles**

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47588/45167>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

⁷² QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 89.

⁷³ Sendo os direitos sociais direitos fundamentais, constituem posições jurídicas fundamentais e são direitos subjetivos. (Ibid.).

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

dependerem de recursos materiais para sua implementação não foi tido como relevante, uma vez que isso era verdade também para "muitos dos direitos civis e políticos entrincheirados" na constituição. **A Corte corretamente disse que muitos direitos, incluindo também os chamados direitos negativos, "iriam causar similar implicações orçamentárias sem comprometer sua justiciabilidade".**⁷⁵

Ainda que os direitos sociais por serem direitos prestacionais tenham uma complexa estrutura, que faz com que se questione sua justiciabilidade, no pensar de Abramovich e Courtis, esta complexa estrutura revela que estes direitos sempre possuirão alguma característica que permita sua exigibilidade judicial em caso de violação.⁷⁶

Robert Alexy compreende que se um direito existe, ele é de alguma forma justiciável, de forma que não é uma objeção o fato destes direitos dependerem de regulamentação infraconstitucional. Além disso, aduz que motivos de ordem processual também não obstam sua justiciabilidade.⁷⁷

De qualquer forma, defende-se que o direito à educação, previsto como direito subjetivo e vinculativo, e ainda, como se verá, regulamentado pela legislação infraconstitucional, é justiciável. Neste sentido, as sábias palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Tampouco poderá invocar a não imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere.⁷⁸

1.4.3 O direito à educação básica na legislação infraconstitucional: o estatuto da criança e do adolescente e LDB

O direito à educação básica na legislação infraconstitucional seguiu o “espírito democratizador” da Constituição de cidadã, dando corpo ao que nela foi desenhado. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁷⁹ e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação

⁷⁵ SUNSTEIN, Cass R. Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul : Livraria do Advogado, 2006. v. 1. t. 1. p. 15-16. (grifo nosso).

⁷⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 47-48.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111.

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

Nacional (LDB)⁸⁰ surgiram na década de noventa com textos inovadores e extremamente garantistas, buscando valorizar e prover o futuro das crianças e adolescentes brasileiros. Neste ímpeto, o art. 4º do Estatuto da criança e do adolescente reproduziu texto semelhante ao art. 205 da Constituição Federal, complementando-o:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação [...]

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
[...]

- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

De maneira mais aprofundada, o Capítulo IV do ECA tem como título “Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer”, e traz no caput do art. 53 o direito à educação como forma de buscar o pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. No artigo seguinte prevê:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
 - II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
 - III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
 - IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis 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 adolescente trabalhador;
 - VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
- § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.
§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.

Outrossim, como vimos, a Constituição Federal de 1988 direcionou a criação de um plano nacional de educação, que culminou com a edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional Lei n. 9.394/96, criando um sistema único de educação básica. Para Carlos Roberto Jamil Cury o direito à educação básica:

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

A educação básica torna-se, dentro do art. 4º da LDB, um direito do cidadão à educação e um dever do Estado em atendê-lo mediante oferta qualificada. E tal o é por ser indispensável, como direito social, a participação ativa e crítica do sujeito, dos grupos a que ele pertença, na definição de uma sociedade justa e democrática.⁸¹

De acordo com o art. 21 da referida lei a educação básica é composta de três etapas, educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, com finalidade de: “[...] 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”, conforme preconiza o art. 22 da mesma legislação.

Ainda, cabe salientar que em complemento ao art. 211, os arts. 16 a 18 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional regulamentaram a atuação do Estado em matéria de educação, o que se dá através dos sistemas de ensino federal, estadual e municipal, marcado pela organização de tarefas e prioridades entre os entes federativos. *In verbis*:

Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos federais de educação.

Art. 17. Os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem:

I - as instituições de ensino mantidas, respectivamente, pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal;

II - as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal;

III - as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada;

IV - os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente.

Parágrafo único. No Distrito Federal, as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, integram seu sistema de ensino.

Art. 18. Os sistemas municipais de ensino compreendem:

I - as instituições do ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal;

II - as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos municipais de educação

Conforme dispõe o art. 16 da LDB, compete à União coordenar a política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistema e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais. Nos termos do art. 17, operarão os Estados e o Distrito Federal, prioritariamente, nos ensinos fundamental e médio. Por sua vez, atuarão os Municípios prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, consoante previsão do art.18.

Destarte, nota-se que as normas constitucionais e infraconstitucionais tutelam de maneira bastante completa o direito à educação básica, sendo que o principal entrave à sua

⁸¹ CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica no Brasil. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 80, p. 170-171, set. 2002. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12929.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2015.

concretização reside na Administração Pública. Relativamente a isto, interessante a leitura da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL Nº 575.280 - SP (2003/0143232-9)

RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO
 R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO LUIZ FUX
 RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PROCURADOR : JURANDIR NORBERTO MARÇURA E OUTROS
 RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
 PROCURADOR : MÔNICA M HERNANDES DE ABREU VICENTE E OUTROS

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos.é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

"É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade." 2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular,

constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 10- O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus designios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuisse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. 12- Recurso especial provido.⁸²

Diante do exposto nota-se que a legislação infraconstitucional regulamentou de forma satisfatória e completa o direito à educação básica, não restando vazio normativo capaz de ensejar a não efetivação do direito à educação de forma legítima. Assim sendo, é preciso buscar o cumprimento do direito à educação básica constitucionalmente assegurado e legalmente regulamentado através de políticas públicas efetivas e universais.

1.4.4 O direito à educação básica como direito coletivo

O foco da presente pesquisa é a demonstração da ação civil pública proposta pelo Ministério Público como instrumento de tutela e efetivação do direito à educação básica, de maneira coletiva.

Na Constituição, o direito à educação básica, como já visto, é marcado pela busca por sua universalização. Ainda, conforme também já exposto, este direito social tem papel

⁸² RECURSO ESPECIAL Nº 575.280 - SP (2003/0143232-9) Relator: Ministro José Delgado. Julg.: 02/09/2004. Publ.: 25/10/2004. (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*: jurisprudência. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 17 maio 2014.

emancipador na busca pela promoção de um ideal de igualdade material e de justiça social.

Assim sendo, o contexto constitucional em que se insere o direito à educação básica também leva em conta o contexto fático, buscando realizar mudanças sociais. Diante disso verifica-se que este direito, além de ser um direito individualmente considerado, é um direito de iminente caráter coletivo, uma vez que se revela como pretensão dos indivíduos como parte de uma coletividade, sendo este direito destinado a corrigir as desigualdades proporcionadas pelas liberdades clássicas, buscando promover igualdade material dentro da sociedade.

No contexto de universalização deste direito, o direito à educação é sempre coletivo, de forma que uma decisão que envolve o direito à educação pública, acaba por interferir todo o sistema educacional, adentrando na esfera do direito de diversos indivíduos.⁸³ Desta feita, o direito à educação, como diversos outros direitos sociais, realizam-se pela provisão de bens coletivos, que necessitam de recursos materiais e institucionais para serem criados.⁸⁴

As normas constitucionais de direitos sociais visam concretizar o programa de justiça social, o progresso da sociedade como um todo, que deve ter seus direitos efetivados, obedecendo ao princípio basilar de nosso Estado, o princípio da dignidade humana.

Como se verá adiante, a tutela coletiva do referido direito é a que atende de maneira mais efetiva e adequada aos interesses da sociedade. Neste sentido, o advogado Salomão Ximenes, da ONG Ação Educativa, de São Paulo, entende ser imprescindível pensar de que forma se pode fortalecer a educação de forma diversa da tradicional, como um direito meramente individual, para ele: "Uma saída é entender a educação não apenas como um direito meramente individual, mas como um direito coletivo e difuso."⁸⁵

Seguindo esta linha de pensamento, interessante a colocação de Kazuo Watanabe, que compreende ser o conceito de direito subjetivo extensível para abarcar também as pretensões juridicamente protegidas das coletividades:

[...] a necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os 'interesses' pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa coletividade [...] pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente

⁸³ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 122.

⁸⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 236.

⁸⁵ CAVALCANTE, Meire; MARANGON, Cristiane. A educação nos Tribunais. *Revista Educação*, São Paulo, 10 set. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaeducacao.com.br/a-educacao-nos-tribunais/>>. Acesso em: 21 out. 2015.

pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. [...] Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero 'interesse' na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional.⁸⁶

Diante desta compreensão é razoável afirmar que a coletividade tem o direito público subjetivo de implementação de políticas públicas⁸⁷ que sejam aptas a efetivar o direito à educação básica, constitucionalmente e legalmente previsto. Verifica-se, portanto, que os direitos sociais, além de direitos subjetivos individuais, possuem caráter de direito difuso, coletivo ou ainda individual homogêneo, a depender do caso concreto analisado.

1.4.5 O direito à educação básica como integrante do mínimo existencial

O mínimo existencial não tem conceituação definida na legislação tampouco definição unânime na doutrina brasileira. Para Daniel Sarmento, ostenta o mínimo existencial duas dimensões, uma negativa, operando como limite para a prática de atos pelo Estado ou particulares que subtraíam do indivíduo condições materiais indispensáveis para uma vida digna, e dimensão positiva, que envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais.⁸⁸

Consoante leciona Virgílio Afonso da Silva, a extração do conteúdo essencial de um direito social está ligado a justificativas para sua não realização. Para ele, um direito fundamental social, como qualquer outro, deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas existentes, sendo seu conteúdo essencial aquilo que é possível realizar diante de condições fáticas e jurídicas existentes.⁸⁹

Assim sendo, somente diante deste contexto de impossibilidade de realização plena do direito é que tem sentido falar em mínimo existencial, retirando seu conteúdo essencial e buscando atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de falha na prestação dos serviços sociais básicos que deveriam garantir existência digna.⁹⁰ Portanto, trabalha-se com a garantia de um “mínimo social” ou “*standard* mínimo”, destinado a evitar a

⁸⁶ WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 740.

⁸⁷ MENDES, Gilmar apud TISSI, Raphael Ricardo. *A ação civil pública como instrumento de tutela e efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 2010. 145 f. Monografia (Especialização em Direito) - Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2010.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 576.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 205.

⁹⁰ LÚCIA, Carmen A. apud KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002. p. 62.

perda total da função do direito fundamental, de forma a não esvaziar o conteúdo do direito assegurado e não destituí-lo vez por todas de sentido.⁹¹

Ingo Sarlet afirma existir um direito fundamental a um mínimo existencial⁹², compreendido como um conjunto de prestações para assegurar uma vida, que atenda aos mais elementares padrões de dignidade.⁹³ Para tanto, leva em conta que os direitos sociais prestacionais buscam promover igualdade e liberdade material, objetivando a proteção do indivíduo em face de necessidades materiais e a garantia de uma existência digna.⁹⁴

Cass Sunstein, por sua vez, entende que sem que o indivíduo tenha suas necessidades básicas satisfeitas, não pode este gozar de sua liberdade fática sequer do status de cidadão⁹⁵. A este respeito dispõe:

O direito a garantias econômicas e sociais mínimas pode ser justificado não apenas sob o fundamento de que pessoas em condições desesperadoras não terão vidas dignas, mas também sob o fundamento de que a democracia exige uma certa independência e segurança para todos.⁹⁶

De acordo com Andreas Krell, a noção de mínimo existencial teve sua gênese junto à Corte Constitucional alemã, através do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física⁹⁷. Neste sentido, a doutrina prevalente no Brasil admite a íntima conexão do mínimo existencial com o princípio da dignidade da pessoa humana, este previsto na Constituição como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) e como uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, caput).

Para Alexy, por sua vez, o mínimo existencial não é algo absoluto, estando relacionado com o contexto social, é conceito cujo parâmetro norteador deve ser a igualdade fática, e não a dignidade humana:

Sem recorrer a comparações é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente. Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar

⁹¹ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 93.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 111.

⁹³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁹⁴ SARLET, loc. cit.

⁹⁵ SUNSTEIN, Cass R. Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2006. v. 1. t. 1. p. 26.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002. p. 61.

extremamente baixo. Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial. Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir. Nesses casos, o conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável. Mas esse padrão pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática. Esse princípio exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente, mas, por força de princípios colidentes, o padrão poderá ficar abaixo desse nível. [...] Nesse sentido, o enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática.⁹⁸

Ainda acerca do mínimo existencial, Robert Alexy entende que se trata de uma regra, oriunda da ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.⁹⁹ Portanto, o conteúdo do mínimo existencial não poderia ser ponderado, posto que já se reflete nos direitos mínimos para a sobrevivência humana e para a garantia das condições de liberdade, bem como que já é fruto de ponderação de princípios e valores jurídicos relevantes. *Ipsis litteris*, esclarece o jurista:

De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. **Esse é o caso dos direitos mínimos. É possivelmente a esse tipo de direitos mínimos que se quer fazer referência quando direitos subjetivos públicos e judicialmente exigíveis a prestações são contrapostos ao conteúdo objetivo excedente.**¹⁰⁰

Deste modo, a natureza jurídica do mínimo existencial seria de regra jurídica, não de princípio, pois este último sempre pode ser ponderado.¹⁰¹ Este mínimo é valor fundamental, pois se trata de um conteúdo essencial de um direito, não podendo ser aplicado sobre ele ponderação, posto que se constitui como regra jurídica, mandado definitivo, que aspira a uma vinculação jurídica geral.¹⁰²

Acerca do tema, entende o Supremo Tribunal Federal:

[...] a noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 428.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 429-430. (grifo nosso).

¹⁰¹ MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyam; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA Luciana Camila de. *O Mínimo Existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais*. Brasília, DF, [201-]. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em: 8 jul. 2014.

¹⁰² QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 96.

peessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).¹⁰³

Como se depreende da decisão acima, o Supremo, além de definir o mínimo existencial trouxe sua abrangência, a qual abarca o direito à educação, objeto do presente estudo. Adentrando neste mérito, acerca dos direitos componentes do mínimo existencial, importante lembrar da distinção que faz Virgílio Afonso da Silva, no sentido de que, para autores diversos, o mínimo existencial tem conteúdo diverso, reunindo três correntes: o mínimo existencial representado pelos direitos sociais em geral, previstos na Constituição de 1988 (arts. 6º a 11)¹⁰⁴; o mínimo existencial como aqueles direitos sociais que seriam justiciáveis; e o mínimo existencial como conteúdo essencial.¹⁰⁵

Conforme já esboçado, esta discussão ganha relevância nas situações em que o Estado não possui condições para efetivar todos os direitos em todas as suas dimensões, e ainda, quando se utiliza do argumento da reserva do possível para impor restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais. O mínimo existencial demarcará a porção mínima que não poderá sofrer restrições, sob pena de inviabilizar a sobrevivência digna do titular do direito.¹⁰⁶

Consoante Ana Paula de Barcellos o mínimo existencial corresponde à “fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”, que se compõe através de elementos materiais e instrumentais: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e do acesso à justiça.¹⁰⁷

Neste sentido, importante e complementar a visão de Ada Pellegrini para a qual o mínimo existencial “[...] é esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implemetá-las.”¹⁰⁸ Se compõe, por exemplo, da educação fundamental, saúde básica

¹⁰³ STF - ARE 639.337-AgR, Relator Ministro Celso de Mello. Julg. 23/08/2011, Segunda Turma, Publ. 15/09/2011.

¹⁰⁴ MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyam; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA Luciana Camila de. *O Mínimo Existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais*. Brasília, DF, [201-]. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em: 8 jul. 2014.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 204.

¹⁰⁶ MATSUDA; PEREIRA; SOUZA, op. cit.

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 18, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

e assistência aos desamparados, direitos sociais intrinsecamente ligados à dignidade humana.¹⁰⁹

Desta forma, diante tudo o que foi colacionado acerca do mínimo existencial, é possível concluir que o direito à educação básica assegurado na Constituição pátria é direito que compõe o referido conceito, tamanha sua imprescindibilidade para promoção de igualdade e para que se obtenha uma vida humana digna. O ser humano que não tem sua educação básica efetivada, não conseguirá atingir a plenitude de sua dignidade humana e também não será cidadão de maneira própria.

¹⁰⁹ ROCHA JUNIOR, 2008, p. 21-24 apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 18, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

CAPÍTULO 2 POLÍTICAS PÚBLICAS: JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL

2.1 Políticas públicas

O direito à educação básica é direito fundamental social que demanda prestação estatal para ser efetivado, conforme já explanado. Dessa forma, para que o direito à educação básica seja efetivado de maneira ampla, não basta o reconhecimento de um direito subjetivo com um correspondente dar/entregar ou obrigar a dar/entregar algo, mas é necessário um fazer ou prover de um serviço público.

O serviço público é marcado pela continuidade, ininterruptão e interpessoalidade¹ e caracteriza-se, por exemplo, pela oferta por parte do Estado de ensino gratuito a crianças e adolescentes dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade.

A referida prestação estatal por meio de serviço público se dá através do planejamento e execução de políticas públicas por parte do Poder Executivo, enquanto o orçamento para a destinação financeira deve ser aprovado pelo Poder Legislativo.

Desta feita, posto que tais prestações de direitos fundamentais sociais, como o direito à educação básica, devem concretizar-se por meio de políticas públicas, este tema se revela indispensável para sua garantia e promoção.²

A Constituição Federal do Brasil de 1988, ao prever o direito à educação básica, estabeleceu uma meta a ser alcançada, qual seja, sua oferta universal, meta a qual deve se materializar por meio do desenvolvimento de políticas públicas.

Nesta senda, Eros Roberto Grau entende que o Direito hodierno já não deve se preocupar somente em defender a ordem jurídica já estabelecida, mas preocupar-se também em formular uma ordem futura, que deve dar consistência à atuação estatal, instrumentando o desenvolvimento de políticas públicas e conduzindo a sociedade num determinado sentido, de forma a cumprir com os mandamentos constitucionais.³

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 120.

² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

³ GRAU, Eros Roberto apud BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 189.

Deste modo é preciso que o Direito ordene o presente em direção ao futuro socialmente almejado⁴ e juridicamente previsto, pautando-se em políticas públicas as quais devem ser organizadas por meio de normas de conduta e de definição de metas a serem atingidas.

Neste ínterim revelam-se relevantes as considerações tecidas por Maria Paula Dallari Bucci no tocante à finalidade das políticas públicas:

[...] políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização.⁵

Por outro lado, nota-se que o texto constitucional vigente, devido a diversas influências históricas e teóricas advindas da época de sua confecção,⁶ indica fins, objetos e projetos para a sociedade, e, com isso, faz-se mister encarar o tema das políticas públicas sempre sob uma perspectiva constitucional.

Diversos juristas aduzem que a Constituição Federal é a base de fixação das políticas públicas, pois, “[...] ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividade pública [...], obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado.”⁷

De acordo com o que sustenta Osvaldo Canela Junior “[...] as condutas descritas na Constituição Federal tendentes à realização dos direitos fundamentais sociais” formam o que chamamos de políticas públicas e “[...] são direcionadas pelos núcleos constitucionais de irradiação”⁸ dos direitos fundamentais sociais. Estes núcleos de irradiação “[...] estão vinculados aos objetivos do Estado, consignados no art. 3º da Constituição Federal.”⁹

⁴ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 53.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari apud BONTEMPO, Alessandra Gotti. Os direitos sociais e a discricionariedade do administrador na implementação de políticas públicas. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2. p. 613.

⁶ Vide capítulo 1.

⁷ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 294.

⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 63.

⁹ Ibid.

Desta feita, é preciso que a ação de planejamento da Administração Pública, representada pelas políticas públicas, se concentre no dever de realizar a Constituição, em sua totalidade, assumindo ainda maior relevância o assunto em se tratando de direitos fundamentais sociais mínimos como o direito à educação.

2.1.1 Conceito

Presta-se relevante esboçar o conceito de políticas públicas, algo que não é completamente pacífico na doutrina jurídica. Maria Paula Dallari Bucci, a título de exemplo, organizou uma obra dedicada inteiramente a fazer reflexões acerca do conceito jurídico de políticas públicas.¹⁰

Seguindo a doutrina da mencionada jurista, para compreender o conceito de política pública sob uma perspectiva jurídica, impende diferenciar duas acepções do vocábulo “política”, que são muito bem representados por dois termos distintos em inglês “*politics*” e “*policy*”. Política no sentido de “*politics*” diz respeito à atividade política em sentido amplo, enquanto no sentido de “*policy*” refere-se aos programas governamentais, ou seja, é equivalente ao que comumente chamamos de política pública.

De maneira sintética, Maria Garcia conceitua políticas públicas como “diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público”.¹¹ Maria Paula Dallari Bucci faz interessante definição de política pública como sendo:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processo juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹²

Em passagens diversas, a mesma autora complementa seu conceito adicionando alguns elementos, como por exemplo o elemento temporal, defendendo serem as políticas públicas programas para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo. Também, dá às

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

¹¹ GARCIA, Maria apud BONTEMPO, Alessandra Gotti. Os direitos sociais e a discricionariedade do administrador na implementação de políticas públicas. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2. p. 613.

¹² BUCCI, loc. cit.

políticas públicas um viés coletivo, aduzindo serem estas “metas coletivas conscientes” e, por decorrência, problema de direito público em *lato sensu*.¹³

José Reinaldo Lima Lopes afirma que política pública, na visão jurídica, é um complexo de decisões e normas de natureza variada¹⁴; para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, as políticas públicas são atos administrativos¹⁵; Fábio Konder Comparato, por sua vez, entende que não são norma, nem ato, mas sim uma atividade, “[...] um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”¹⁶ Além do mais, Rodolfo de Camargo Mancuso considera política pública como:

A conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.¹⁷

Prosseguindo sob a luz doutrina de Maria Paula Dallari Bucci, a jurista reconhece que o tema das políticas públicas não é um tema puramente jurídico, mas um tema que envolve diversas outras áreas do conhecimento, compreendendo assim, que não há um conceito jurídico de política pública, mas sim, um conceito que pode ser utilizado pelos juristas para contribuir na criação de formas e procedimentos jurídicos para análise e criação das políticas públicas.¹⁸

Para este efeito, em outras palavras, pode-se considerar política pública como um programa de ação governamental que consiste num conjunto de medidas coordenadas, cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar determinado objetivo de ordem pública ou, na ótica jurídica, concretizar um direito.¹⁹ O papel da norma jurídica na política pública é, precipuamente, de pautar os objetivos, diretrizes e meios da atividade estatal de maneira dirigida.²⁰

¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari apud PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009.. p. 285.

¹⁴ LOPES, José Reinaldo apud BONTEMPO, Alessandra Gotti. Os direitos sociais e a discricionariedade do administrador na implementação de políticas públicas. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2. p. 613.

¹⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca apud BONTEMPO, op. cit., p. 614.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 139, p. 45, abr./jun. 1998.

¹⁷ BONTEMPO, Alessandra Gotti. Os direitos sociais e a discricionariedade do administrador na implementação de políticas públicas. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2. p. 614.

¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

¹⁹ Ibid., p. 14.

²⁰ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

Ademais, Marília Lourido dos Santos sintetiza de maneira interessante três elementos compõe a noção de política pública, quais sejam, as metas, os instrumentos legais e a temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo que a torna uma atividade complexa, não um único e simples ato.²¹

Desta forma, o processo de criação de uma política pública deve envolver definição de objetivos, a seleção de prioridades, a reserva dos meios e recursos necessários (através de previsão orçamentária) para sua efetivação bem como estipulação de um procedimento e do intervalo de tempo em que se espera atingir os resultados.²²

Constata-se, por conseguinte, que as políticas públicas dispõem de programas administrativos que são realizadas através de atos e normas que lhes dão concretude, com o fim de alcançar um objetivo de interesse público ou social, concretizando os direitos assegurados no ordenamento.

Assim sendo, conforme já destacado, em sendo a política pública um programa de ação dotado de objetivos, esta se mostra ideal quando atinge aos objetivos sociais a que se propôs, ou seja, quando completa sua eficácia social²³, tornando-se efetiva.

Como a política pública é composta por diversos atos e decisões, seu juízo de validade e eficácia não se confunde com o juízo dos atos que a compõe, de forma que, é perfeitamente possível que os atos integrantes da política pública sejam válidos e eficazes e que a política em si, por ser incompatível com os objetivos legais e constitucionais que vinculam a ação do Estado²⁴, seja inválida ou inconstitucional.

Neste contexto, diz-se que tanto as políticas públicas, quanto os atos que a constituem, devem respeito aos princípios da Administração Pública, especialmente ao princípio da eficiência, que neste caso é responsável principal por analisar se houve concretização dos objetivos das políticas públicas, da melhor maneira possível.²⁵

É sob esta ótica de que as políticas públicas devem atender aos princípios e fazer cumprir os fins colimados na Constituição, que se desenvolverá o tema da presente pesquisa.

²¹ SANTOS, Marília Lourido dos apud PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009.p 285.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40.

²³ Ibid., p. 43.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder apud MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 69.

²⁵ Ibid.

2.1.2 Realidade: custo dos direitos, escassez de recursos e omissão estatal

Como vimos, através das políticas públicas é que o Estado é capaz de realizar de maneira sistemática e abrangente os fins delineados pela Constituição Federal de 1988, especialmente no tocante aos direitos fundamentais cuja fruição direta depende de ações positivas do Poder Público²⁶, como o direito à educação básica.

Todavia, a efetivação do direito à educação básica no Brasil envolve uma dinâmica extremamente complexa, que faz com que as políticas públicas neste âmbito estejam longe de concretizar os fins previstos pela Constituição. Na realidade, nossas crianças e adolescente permanecem tolhidos de seu direito, a despeito de toda a proteção que lhes foi conferida pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

Tudo isto ocorre sob o manto do custo dos direitos prestacionais e da escassez de recursos, porém, na realidade, verifica-se muitas vezes a desorganização e omissão estatal no enfrentamento da questão, de forma a prejudicar o planejamento e execução satisfatória das políticas públicas.

Apesar de o direito à educação possuir relevante custo e de não haverem recursos inesgotáveis, o Estado é, por diversas vezes omissor, gastando dinheiro público com destinações não prioritárias e fins subversivos, dentre outras questões a serem abordadas.

De fato, os serviços públicos que devem ser prestados através das políticas públicas efetivadoras de direitos sociais exigem meios como, receita, pessoal e material para sua execução, bem como poder ou competência para sua efetividade.²⁷ Justamente por isto, por serem os direitos a prestações vinculados diretamente à destinação, distribuição, bem como criação de bens materiais, é que se aponta para sua dimensão economicamente relevante, dimensão esta que não lhe é exclusiva.

Consoante o que defendem Holmes e Sunstein, todos os direitos fundamentais, tanto os direitos tradicionalmente conhecidos como prestacionais quanto os de defesa, exigem para sua efetivação, medidas positivas do Estado, medidas estas que necessitam de alocação de recursos materiais e humanos para sua proteção, gerando sempre um custo relevante²⁸.

²⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian apud BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

²⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 120.

²⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

Os referidos direitos de defesa, tradicionalmente nominados de direitos negativos, por reclamarem abstenção uma estatal, em verdade, necessitam também de prestações estatais²⁹, uma vez que para sua efetivação é indispensável a construção de estruturas e instituições, o que acarreta dispêndio de dinheiro público. Neste sentido, exemplifica Cass Sunstein:

Até os tradicionais direitos individuais, como o direito à liberdade de expressão e à propriedade privada, necessitam ações governamentais. Propriedade privada não pode existir sem um aparato governamental pronto e apto a assegurar a propriedade das pessoas como tal. Os assim chamados direitos negativos são enfaticamente direitos positivos. Na verdade, todos os direitos, até os mais tradicionais, têm custos. Direitos de propriedade e liberdade contratual, tanto como os de liberdade de expressão e de liberdade religiosa, necessitam de significativo suporte por parte dos contribuintes. De qualquer modo, podemos imaginar que o exercício abusivo ou opressivo do poder governamental consiste não apenas em prender arbitrariamente pessoas, ou em impedi-las de se expressar, mas também em produzir um estado em que as necessidades mínimas das pessoas não se encontram satisfeitas.³⁰

Ocorre que, enquanto os direitos sociais como o direito à educação são apontados como de difícil efetivação e aplicação no caso concreto por serem custosos, os direitos de defesa, não encontram maiores empecilhos para sua aplicação e efetivação, por serem direitos subjetivos de natureza mais simples e “aparentemente” independentes de alocação de recursos, usualmente apontados como destituídos desta dimensão econômica.

Diante desta situação, Abramovich e Curtis defendem não ser possível distinguir os direitos civis e políticos dos direitos sociais levando em conta a tradicional dicotomia fazer e não fazer, posto que todas as mencionadas “espécies de direitos” carecem de dispêndio de recursos públicos para sua efetivação.³¹ Consequentemente, consideram também não ser oportuna tal diferenciação para dizer acerca da possibilidade ou impossibilidade de pleitear judicialmente esses direitos, posto que para os autores, os direitos sociais são conceitualmente justiciáveis^{32 33}.

Conquanto, José Reinaldo Lima Lopes afirma que de fato todos os direitos demandam custos para sua efetivação, mas que estes custos devem ser diferenciados. Para ele os custos são diferentes de acordo com a natureza das prestações para efetivação do direito,

²⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 351.

³⁰ SUNSTEIN, Cass R. Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul : Livraria do Advogado, 2006. v. 1. t. 1. p. 13.

³¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 46-48.

³² *Ibid.*, p. 47.

³³ Conforme também se inferiu na seção 1.4.2 da corrente dissertação.

exemplificando que os direitos civis têm seus custos, entretanto, seus custos são alocados de maneira que difere dos direitos sociais, que exigem alocação direta de recurso.³⁴

De maneira mais crítica, Virgílio Afonso da Silva contrariando o pensamento de Abramovich e Courtis, entende que, em se tratando de custos, os direitos sociais e econômicos são distintos dos direitos civis e políticos. Apesar de admitir a tese de que todos os direitos têm custos que lhe são inerentes, faz questão de ressaltar que os direitos sociais custam relativamente mais.³⁵ Nas palavras do ilustre jurista:

Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciárias. Diante disso, esses "gastos institucionais", que são diluídos na efetivação de qualquer tipo de direito, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro.³⁶

É possível chegar à conclusão de que, certamente, todos os direitos custam, mas ainda, que os custos dos direitos sociais como o direito à educação básica são mais expressivos e a alocação de recursos ocorre de maneira mais direta à sua concretização. Sintetizando os pensamentos expostos, interessante passagem de Daniel Sarmento:

Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos, e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. É certo que esta não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, fazendo-se presente também nos direitos individuais e políticos, cuja plena exigibilidade judicial ninguém questiona. Afinal, proteger a propriedade, prestar a jurisdição, promover eleições, etc., são atividades que também importam em gastos públicos. Contudo, é indiscutível que esta faceta onerosa é especialmente saliente nos direitos sociais.³⁷

Todavia, também, na esteira do pensamento de Abramovich e Courtis, não se pode negar a aplicação destes direitos constitucionalmente assegurados apenas por terem dimensão

³⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 157.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 592-593.

³⁶ Ibid.

³⁷ SARMENTO, Daniel, A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 555.

econômica mais relevante que a dos outros direitos menos custosos, ou indiretamente custosos.³⁸

Considerando a conclusão de que o direito à educação básica é oneroso aos cofres públicos, faz-se mister ressaltar que a falta de efetividade do direito à educação básica, que se demonstra através da falta de vagas nas instituições públicas de ensino básico, bem como pela baixa qualidade do ensino disponibilizado pelas instituições existentes, está diretamente ligada com a (in)disponibilidade de recursos e sua gestão.

Os recursos públicos, por óbvio, não são ilimitados, muito pelo contrário, são relativamente escassos se levarmos em conta todas as prestações que devem ser suportadas pelo Estado.

É notório que diante deste quadro são realizadas “escolhas trágicas”³⁹, que são difíceis opções alocativas que devem ser realizadas num ambiente de escassez de recursos, de forma que o Estado, muitas vezes, é obrigado a optar por determinados valores em detrimento de outros. No entanto, tais decisões alocativas devem pautar-se pelo parâmetro da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se o mínimo existencial, a fim de respeitar e conferir efetividade às normas constitucionais.

Diante desta conjuntura é preciso maior atenção e maior responsabilidade quando do gasto do dinheiro público, que já não é abundante. Tratando da matéria Ingo Sarlet tece importantes considerações:

Quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, [...] O que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações restritivas no que diz respeito sobre a legitimação do MP para atuar na esfera da efetivação dos direitos sociais.⁴⁰

No entanto, o que vemos na prática é o contrário do defendido pelo autor, ao invés de desenvolvermos instrumentos satisfatórios para lidar de maneira mais racional com a escassez de recursos e aplicar de maneira responsável os recursos existentes, o que se percebe é que o Poder Público continua gastando mal, dando pouquíssima prioridade para o direito à educação

³⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 46-48.

³⁹ Este termo foi utilizado por Guido Calabresi e Philip Bobbit, na obra CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978. p. 50.

⁴⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31.

básica, e ainda, opõe o argumento da carência de recursos para manter esta situação de falta de efetivação deste direito.

Conforme já mencionado anteriormente, o processo de escolha de prioridade no momento da destinação de recursos e do aprimoramento das políticas públicas deve ser um processo pautado nos mandamentos constitucionais, não sendo permitido que tais escolhas sejam feitas a mero deleite do administrador.

Além disto, a própria Constituição Federal traz percentuais mínimos que devem ser investidas na educação, cuja prioridade é o ensino obrigatório, ou seja, o básico⁴¹, de forma que esta previsão constitucional é vinculativa e os valores investidos devem ser fiscalizados e jamais poderão estar aquém do que denota a Constituição, sob pena de intervenção federal nos Estados⁴² ou estadual nos Municípios.⁴³

Afirmando este pensamento de identificar as vontades constitucionais e tomá-las como prioridades, vale ressaltar significativa contribuição de Walter Burckhardt citado por Konrad Hesse:

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais será recuperado.⁴⁴

⁴¹ 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.

§ 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

[...]

⁴² Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

⁴³ Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; [...].

⁴⁴ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247.

Levando em conta que não há que se falar em recursos públicos ilimitados, é sempre necessário priorizar e escolher como e em que investir o dinheiro público disponível, levando em conta os objetivos específicos que se pretende atingir.⁴⁵

Por conseguinte, de acordo com o defendido por Ana Paula de Barcellos, as escolhas no tocante ao gasto do orçamento público devem receber direta influência das opções constitucionais, devendo seus fins ser buscados de forma prioritária.⁴⁶ Segundo a jurista “[...] as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política”, mas o inverso, tais escolhas recebem relevante incidência de normas jurídicas de nível constitucional.⁴⁷

Em vista disso pode-se afirmar que a Constituição vincula os caminhos a serem tomados pelo Poder Executivo no gasto de verbas públicas, vez que garantiu amplos direitos sociais que precisam ser efetivados por meio das políticas públicas. Desta feita, o político mantém-se limitado pelo jurídico, o que vai de encontro com a existência do Estado Social Democrático de Direito.⁴⁸ Esta linha de raciocínio coaduna também, e ainda, é complementada pelo (neo)constitucionalismo, tratado no primeiro capítulo.

Na realidade, em se tratando de investimentos em políticas públicas, o que se vê muitas vezes é que diante da escassez de recursos não são feitas escolhas racionais levando em conta as prioridades constitucionalmente determinadas. Na prática, verifica-se que a administração pública não tem elaborado políticas públicas efetivas e eficientes no âmbito da educação básica, ou tem investido ineficazmente nas políticas já existentes, ferindo os direitos constitucionais assegurados às nossas crianças e adolescentes, e, conseqüentemente, sua dignidade humana.⁴⁹

O Estado não tem feito o necessário para lidar com a escassez de recursos e investir de maneira satisfatória no direito à educação.

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Id. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47588/45167>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

⁴⁹ Ana Paula de Barcellos defende que, de acordo com a sistemática da Constituição brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana será violado se não garantido o ensino fundamental gratuito. (Ibid., p. 188).

Citando Ana Maria Moreira Marchesan, o Ministro Celso de Mello, relator do julgamento do AI 677274/SP⁵⁰, que tratou do direito a atendimento em creche e pré-escola a crianças de até 5 (cinco) anos, frisou que, principalmente devido à primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente:

[...] a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação.

Tendo em consideração os fatos e argumentos doutrinários expostos no presente trabalho e especialmente no presente tópico, nota-se que o Estado tem o dever de prover educação básica, dever este que lhe custa recursos, que, por sua vez, lhe são escassos.

Por diversas vezes, os mencionados recursos são mal gastos ou gastos em questões não prioritárias. Conclui-se, naturalmente, haver no país certo descaso estatal proposital disfarçado de omissão, em face deste direito dos mais relevantes. A complementar, as palavras de Cass Sunstein (tratando de outros direitos sociais, mas que se aplicam perfeitamente ao presente estudo): “Se, por exemplo, o Estado tem feito pouco para prover as pessoas com alimentação decente e cuidado com a saúde, e se o Estado é financeiramente capaz de fazer muito mais, pareceria que o Estado teria violado a garantia constitucional.”⁵¹

Por todo o exposto no presente tópico, seguimos a uma interessante citação que bem coloca a questão dos custos dos direitos e da escassez no presente estudo: “Afirmar que direitos possuem custos dentro de um cenário de escassez de recursos não significa defender

⁵⁰ EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.

(AI 677274/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julg. 18/09/2008. Publ. 30/09/2008).

⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul : Livraria do Advogado, 2006. v. 1. t. 1. p. 16.

que eles não devam ser levados a sério, mas apenas que a análise jurídica não pode ignorar as consequências econômicas e distributivas da adjudicação de direitos.”⁵²

E é isso que estamos a fazer, a análise jurídica do direito à educação básica, considerando estas questões. Porém, tal análise nunca pode nos levar ao esvaziamento do texto constitucional e/ou aceitação da omissão estatal e do *status quo* de inefetividade deste direito. Muito pelo contrário, a análise jurídica deve contribuir para o desenvolvimento de meios mais favoráveis à concretização do direito à educação básica, meios de fazer com que o Poder Público cumpra com suas obrigações e supra a mencionada omissão, prestando respeito aos objetivos constitucionais.

2.2 Fenômeno da Judicialização

A judicialização é um fenômeno comum nos países de modernidade tardia como o Brasil, em que a realidade social não acompanhou as arrojadas promessas constitucionais democráticas. Diante do contexto constitucional esboçado no primeiro capítulo, especialmente do aumento da eficácia e força normativa dos direitos sociais e sua relevância com o advento da Constituição de 1988; também, frente aos problemas apontados nos primeiros tópicos do segundo capítulo, que, na prática, acarretam a falta de efetivação material do direito à educação básica, verifica-se o seu crescimento.

Na realidade, o que entendemos atualmente por “judicialização da política” teve sua gênese, no plano mundial, no início do século XIX, com o surgimento do controle de constitucionalidade.⁵³

O controle de constitucionalidade das leis, que passou a ser exercido pelo Poder Judiciário, principiou certa alteração na então rígida Teoria da Separação dos Poderes desenvolvida por Montesquieu, – que será tratada mais detalhadamente em tópico futuro - se tornando desta forma, um “[...] prelúdio da admissão do controle judicial de atos do governo” que firmam a Constituição.⁵⁴

⁵² WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 351.

⁵³ O controle de constitucionalidade teve seu início com o caso paradigmático do Direito norte-americano, MARBURY X MADISON, no ano de 1803.

⁵⁴ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 55-56.

No Brasil, desde a década de 70 cresce a ocorrência da judicialização de matérias tradicionalmente consideradas políticas.⁵⁵ Porém, após a promulgação da Constituição cidadã, que previu uma vasta gama de direitos fundamentais e nestes incluiu os direitos sociais, a judicialização passou a lidar, mais expressivamente, com questões atinentes a políticas públicas de direitos sociais. Esta modalidade de judicialização é que importa a presente pesquisa e é dela que iremos tratar.

Neste contexto a judicialização ocorre: o Estado foi incumbido de alcançar diversos objetivos sociais incorporados ao ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, como a universalização da educação básica; tais objetivos deveriam ser concretizados pelo poder público através das políticas públicas, mas, em muitos casos isto não acontece, como vimos; há uma crescente absorção dos componentes políticos da sociedade pelo ornamento jurídico, seguida por uma tendência constitucional de vinculação dos atos de poder do Estado às suas finalidades, conforme assevera Osvaldo Canela Junior⁵⁶; com o fortalecimento e expansão do Poder Judiciário, os governados acabaram por encontrar no Poder Judiciário a última via para defender seus interesses; e assim, este poder a ser provocado a decidir acerca da (in)compatibilidade de atos comissivos e omissivos do poder público.

Neste seguimento, cabe analisar proveitosa reflexão de José Reinaldo Lima Lopes:

De fato, dos anos 80 pra cá, assistiu-se ao recurso aos tribunais como forma de garantir efetividade a declarações de direitos sociais. Este recurso teve dois importantes aspectos: criar uma nova forma de visibilidade para certas demandas e colocá-las sob a linguagem própria do direito, uma linguagem de deveres correlativos e de responsabilidades definidas. Esta nova judicialização contribui para um novo alcance da democracia entre nós. Ao colocar os temas em discussão sob a linguagem do direito dá-se um passo importante – embora ainda de resultados ambíguos – na direção de considerar os direitos sociais como direitos propriamente ditos e não como simples concessões ou benefícios dados por um paternal poder.⁵⁷

Diante do exposto, o que denominamos “judicialização” consiste no deslocamento do polo de decisão de certas questões, que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo e Executivo, para o âmbito do Judiciário. Estas questões são importantes para toda a coletividade⁵⁸, ainda que indiretamente.

De maneira mais específica, quando se aborda judicialização do direito à educação básica, por exemplo, aciona-se o Poder Judiciário para a criação de um novo bem comum ou

⁵⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 163.

⁵⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁵⁷ LOPES, op. cit., p. 165.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 163.

coletivo, passando o referido poder a envolver-se em tarefas que eram, até pouco tempo, consideradas puramente administrativas⁵⁹, tarefas estas contidas no âmbito das políticas públicas (planejamento, disponibilização de recursos materiais e humanos, objetivos e etc.).

José Reinaldo Lima Lopes aduz que através da judicialização leva-se ao Poder Judiciário conflitos que concernem acerca de ideais distintos de instituições sociais, ou seja, questões pertinentes à melhoria do modelo social de fato vigente.⁶⁰ Desta forma, isto ocorre, em regra, quando se pleiteia judicialmente o direito à educação básica, pois o que se está buscando indiretamente é a promoção de igualdade material e cidadania, num esforço de diminuir exclusão social daqueles que não tem oportunidades educacionais.

Neste ímpeto, o Poder Judiciário, ao intervir, pode gerar forte impacto nas políticas públicas relacionadas à educação. A fim de apurar tal impacto, por meio da análise quantitativa e qualitativa de decisões judiciais que versam sobre o direito à educação, Carolina Martins Marinho buscou apurar a intenção que ensejou a ação judicial bem como seu resultado.

Diante dos resultados da pesquisa, a autora concluiu que:

[...] (i) a natureza plurilateral dos direitos sociais é desconsiderada nas decisões judiciais e as decisões são tomadas como em um conflito bipolar; (ii) o Judiciário não está preparado para lidar com os direitos sociais que, em geral, são direitos presentes ou futuros; (iii) a falta de disponibilidade ideológica dos julgadores que, de maneira geral, corresponde de modo significativo ao senso comum da sociedade, reproduz a visão majoritária; (iv) a satisfação de direitos sociais demanda remédios que o Judiciário não pode conceder, seja pela falta de instrumentos que lhe permitam fazer agenda e planejamento das decisões ou mesmo pela não possibilidade de o juiz negociar a decisão com as partes; (v) a falta de hábito e aparelhamento das cortes brasileiras para lidar com conflitos distributivos faz com que seus funcionários públicos decidam com base no tudo ou nada; (vi) o julgamento do litígio de forma fragmentada e individual não leva em conta impactos extrajudiciais, como as questões econômicas e a universalização das decisões judiciais.⁶¹

Como se nota a maior parte dos problemas constatados em seu estudo advém do caráter majoritariamente individual das demandas no âmbito do direito à educação. Outras questões levantadas exigem melhora de postura do judiciário no tratamento da matéria.

Destarte, a judicialização das políticas públicas de direitos sociais é um fenômeno fortemente presente no Brasil e que não pode ser ignorado, muito pelo contrário, deve ser estudado a fim de se aprimorar a atuação judicial, dirimindo seus problemas.

⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 166-167.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 125.

⁶¹ MARINHO, Carolina Martins apud BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas - Contribuição ao estudo do tema da judicialização pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Método, 2013. p. 51-52.

Para Maria Paula Dallari Bucci a judicialização da política é algo “que por si demonstra a processualidade das políticas públicas, na medida em que maior número de conflitos sociais passa a ser submetido à lógica processual”⁶², ou seja, ao Poder Judiciário, isto porque, segundo ela, o modelo jurídico criado pela Constituição favorece a admissão desta espécie de conflito.⁶³

Tal fenômeno decorre dos diversos fatores apontados e possui diversos pontos positivos, conferindo aos direitos sociais maior visibilidade, levando-os “a sério”, de forma a ampliar a discussão sobre eles, evitando que sejam tratados apenas como poesia constitucional, acarretando a responsabilização e provocação do Estado por suas omissões e também sua garantia aos indivíduos pela via judicial.

2.2.1 Críticas e problemas advindos da judicialização

No entanto, por óbvio, o deslocamento de questões que genuinamente pertenciam ao âmbito de deliberação de um Poder, para o outro poder, pode acarretar diversos problemas práticos e controvérsias, especialmente, no tocante à efetivação judicial do direito à educação básica da forma como vem ocorrendo predominantemente nos dias atuais.

Tomando por base um estudo de Cláudio de Souza Pereira Neto que aponta os principais problemas e críticas emergentes diante do fenômeno da judicialização das políticas públicas⁶⁴, abordaremos de maneira breve os mais relevantes ao presente trabalho.

O autor trata das chamadas “críticas institucionais”, que nada mais são questões práticas problemáticas que resultam de decisões judiciais efetivadoras de direitos sociais. Nas palavras do mesmo, acerca destas críticas, “Embora nenhuma seja suficiente para afastar a atuação judicial são importantes para estabelecer sua conformação concreta”. As referidas críticas institucionais englobam problemas de “ordem financeira”, “administrativa”, “técnica” e da “ordem de desigualdade quanto ao acesso à justiça”.⁶⁵

Conforme versamos a respeito, os direitos sociais possuem custos que demandam alocação direta de recursos para sua materialização. Qualquer decisão que defira um pedido embasado em um direito social irá necessitar de recursos para que se torne efetiva. Assim

⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

⁶⁵ Termos utilizados pelo autor Cláudio Pereira de Souza Neto, em SOUZA NETO, op. cit.

sendo, no cenário de escassez de recursos vigente no país, as decisões neste âmbito terminarão por esbarrar em problemas de ordem orçamentária e financeira, e, por consequência, devem considerar a questão da reserva do possível.

Virgílio Afonso da Silva entende que, em se tratando direitos prestacionais, portanto custosos, não prospera uma análise dissociada dos efeitos práticos no âmbito das políticas públicas.⁶⁶ Por isto, a reserva do possível será mais afundo abordada em tópico próprio a seguir.

Outro frequente problema apontado é que a atuação do Poder Judiciário no deferimento das prestações de direitos sociais desorganiza a Administração Pública, pois “Ao invés de se devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, os administradores acabariam se dedicando ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário, que têm se proliferado nos últimos anos.”⁶⁷

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, isto não justifica a impossibilidade de atuação judicial, mas demonstra que os juízes devem decidir com mais responsabilidade no tocante à consequência de suas decisões e ainda, a imprescindibilidade de se buscar um “diálogo institucional” entre juízes e gestores a fim de mitigar os danos em todas as esferas, e de se aprofundar a “[...] chamada accountability horizontal, ou seja, do dever de os poderes se justificarem mutuamente.”⁶⁸ Novamente, revela-se essencial preocupar-se com as consequências práticas das decisões judiciais no campo das políticas públicas.

Ademais, existe corrente crítica acerca da falta de conhecimento técnico para atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas. Cláudio Pereira de Souza Neto, apesar de reconhecer a importância da questão, considera haver diversos meios para superá-la:

O Judiciário pode contar com perícias, com o pronunciamento de *amicus curiae*; pode promover audiência pública da qual participem especialistas na matéria. As ações coletivas podem ser precedidas de inquérito civil. Uma decisão judicial debatida, que seja o resultado de múltiplas informações e influências, é preferível a uma decisão que, embora se apresente como técnica, seja incapaz de se justificar publicamente. A Administração pode levar ao Judiciário seus argumentos técnicos, e ao juiz cabe tê-los em conta quando profere sua decisão. Para que o Juiz decida em sentido contrário, basta que busque as informações técnicas necessárias para justificar sua decisão.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*. [S.l., 200-]. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

⁶⁷ MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 528.

⁶⁸ PIETERSE, Marius apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 529.

Em regra, o Judiciário possui capacidades institucionais mais próprias para apreciar questões relativas ao direito à educação que ao direito à saúde.
 [...] Decidir sobre políticas públicas exige a superação da formação bacharelesca que ainda predomina no ensino jurídico brasileiro. O juiz contemporâneo deve, sobretudo, aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas.⁶⁹

De fato, parece o autor ter razão, posto que as debilidades do sistema não podem servir de justificativa para desrespeito de direitos fundamentais. Mas, de maneira oposta, o sistema deve ser aprimorado a fim de se adaptar novas demandas, criando novos instrumentos processuais ou otimizando a utilização dos instrumentos existentes, conforme aduz o jurista na citação acima.

Por fim, a última crítica trata sobre o relevante problema da desigualdade quanto ao acesso à justiça no país. Como se sabe apenas pequena parte da população tem de fato acesso à justiça, e pode assim, recorrer ao Poder Judiciário a fim de ter seus direitos sociais satisfeitos (após já não terem sido proporcionados de plano pela via correta).

Nota-se através de pesquisas⁷⁰ e da própria *praxe*, que, muitas vezes, aqueles que conseguem provimentos judiciais favoráveis não são os que mais necessitam (em termos de condições materiais). A camada mais pobre da população permanece excluída do acesso à justiça, seja por razões de hipossuficiência material seja por hipossuficiência cultural.⁷¹

Consoante bem salienta Daniel Sarmento:

Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais - que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material - pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados.⁷²

No quadro brasileiro de omissão estatal e escassez de recursos, e conseqüente impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais em toda sua plenitude, um provimento judicial que obriga o Estado a realizar gastos públicos, diversas vezes faz com

⁶⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 530.

⁷⁰ Há alguns dados disponíveis em relação ao Estado de São Paulo. Em pesquisa que examinou todas as ações ajuizadas entre 1997 e 2004, verificou-se que, em 67,7% dos casos, os autores eram representados por advogados particulares - o que sugere a possibilidade de arcarem com os custos dos processos -, nada obstante, em 23,8%, possuísem apoio de associações.

Dados extraídos de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 524.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 584.

⁷² *Ibid.*, p. 556.

que, para atendê-lo, a Administração Pública prejudique a tutela de direitos sociais de outros indivíduos.

Conforme discutido, no cenário de carência de recursos faz-se necessário realizar escolhas, por vezes trágicas, escolhas estas que são ignoradas em grande parte das demandas judiciais, principalmente nas de cunho individual. Desta forma, beneficiam-se somente os demandantes e prejudica-se àqueles que, pela lei, igualmente tem o direito, mas que não têm a mesma oportunidade de acesso à justiça.

Por esta razão aduz Virgílio Afonso da Silva que, nesta situação, os Tribunais e juízes, ao invés de promoverem a justiça social, como se acredita, acabam por criar o efeito por ele denominado “anti-Robin Hood”, posto que, de acordo com os estudos analisados em seu texto⁷³, a maioria daqueles que conseguem resposta positiva do Judiciário são aqueles com melhores condições econômicas.

Para Cláudio Pereira de Souza Neto os problemas esboçados não são suficientes para afastar, em abstrato, a efetivação dos direitos sociais por meio do Poder Judiciário, mas são extremamente relevantes, para que sejam criados parâmetros⁷⁴ que a torne mais racional.⁷⁵

Mesmo diante de todos os problemas enfrentados até agora no presente capítulo da pesquisa, afirma-se ser inadmissível que os operadores do direito e o próprio Poder Judiciário fiquem de mãos atadas em relação à omissão estatal, pois o direito posto deve sempre ser

⁷³ Os estudos analisados pelo autor, no texto “*Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*” provieram de diferentes pesquisas acerca de medicamento, mas que ilustram muito bem a situação abordada:

O primeiro estudo analisado foi feito pela USP (Vieira & Zucchi, 2007) na cidade de São Paulo, estudando as ações de concessão de medicamentos no ano de 2005. Alguns dados relevantes: ● 40,8% das demandas se basearam em prescrições de médicos particulares ● 54% foram propostas por advogados privados ● 63% dos demandantes moram nas áreas mais ricas da cidade ● 75% dos custos das decisões (+R\$ 800.000,00) provieram de 7,2% das demandas (pedido de drogas antineoplásticas – que devem ser associadas a tratamentos hospitalares especializados em câncer e muitas vezes não tem eficácia provada).

No segundo estudo foram realizadas entrevistas com beneficiários no centro de medicamentos destinado a cumprir decisões judiciais contra o Estado de São Paulo, no ano de 2006. Estudo realizado pela USP, sob a supervisão de Fernanda Terrazas. Alguns dados coletados na entrevista: ● 60% dos demandantes nunca utilizaram o serviço público de saúde ● 71% dos demandantes tem casa própria. ● 60% das demandas se basearam em prescrições de médicos particulares. ● 13% das demandas se basearam em prescrições de médicos do SUS (o resto [27%] foi prescrito por médicos de clínicas universitárias). ● 30% das demandas foram propostas por advogados públicos. ● 61% foram propostas por advogados privados (39% foram contratados pelo demandante e 22% por associações).

(SILVA, Virgílio Afonso. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*. [S.l., 200-]. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014 – tradução nossa).

⁷⁴ Os parâmetros criados pelo jurista vão de encontro com o que se busca clarificar no presente trabalho, ou seja, com a adoção do protagonismo das ações coletivas como forma de efetivação judicial dos direitos sociais, dentre diversas outras minúcias abordadas em seu texto.

⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 530.

garantido, devendo haver a possibilidade de cobrar as obrigações de fazer do Poder Público, estabelecidas na Constituição, mediante acionamento judicial.⁷⁶

Mais adiante faremos a abordagem de alguns pontos polêmicos a fim de demonstrar ser possível a realização cautelosa do controle de políticas pública pelo Poder Judiciário, efetivando o direito à educação básica.

Outrossim, os problemas práticos aludidos decorrentes da judicialização dos direitos sociais, conforme notar-se-á ao longo da corrente pesquisa, especialmente na efetivação do direito à educação básica, podem ser mitigados quando do manuseio da Ação Civil Pública como instrumento.

Na mesma linha, Daniel Sarmiento ressalta que na tutela coletiva “[...] os magistrados não têm como escapar de uma reflexão que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido”⁷⁷, ou seja, não é possível que os magistrados não levem em conta o efeito de suas decisões sobre as políticas públicas e os recursos existentes.

Para ele, o julgamento de ações coletivas “força uma análise de macrojustiça”⁷⁸, que se revela importantíssima, uma vez que o processo coletivo é capaz de abarcar o problema de maneira mais ampla, dirimindo muitas das críticas esboçadas acima.

2.3 A possibilidade de controle judicial das omissões do poder público no tocante às políticas públicas

Pautando-se no conceito de política pública esboçado no tópico acima - a partir da compreensão de política pública como um conjunto de normas e atos que devem concretizar objetivos e direitos previstos na Constituição Federal de 1988 - defende-se serem as omissões relativas às políticas públicas passíveis de controle judicial, especialmente quanto à “eficiência dos meios empregados” para atingir seus fins, bem como em relação “à avaliação de sua efetividade” no tocante a seus resultados.⁷⁹

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 - 15 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.707-751.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel, A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 584.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ MANCUSO, loc. cit.

Caso contrário, a impossibilidade de controle esvaziaria a normatividade dos direitos fundamentais constitucionais, cuja concretização depende das políticas públicas.⁸⁰

Para tanto, neste momento revela-se imperioso discutir a possibilidade jurídica de efetivação judicial do direito social à educação básica e, por consequência, da possibilidade de apreciação e controle judicial das omissões do poder público em matéria de políticas públicas de direitos sociais.

Ao tratar desta matéria, determinadas questões pontuais são frequentemente debatidas, colocaremos em confronto as mais polêmicas e relevantes para o presente trabalho: a legitimidade do Poder Judiciário - sob o prisma do princípio da inafastabilidade da jurisdição -, o princípio da separação dos poderes, a possibilidade de controle da discricionariedade administrativa e a teoria da reserva do possível.

2.3.1 A legitimidade do Poder Judiciário: o princípio da inafastabilidade da jurisdição

A legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização do direito à educação básica e assim, deliberar acerca das omissões do Estado em matéria de política pública nesta seara, será analisada sob a égide do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto o art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O princípio que garante a todos o acesso à justiça pressupõe que, ressalvadas hipóteses excepcionais constitucionalmente previstas (art. 52, I e II e art. 55 §2º, por exemplo), não há matéria que, a priori, possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Isto significa que o direito de ação deve ser sempre garantido, não estando condicionado à respectiva procedência do pedido.⁸¹

Tal garantia reveste-se em forma de norma instituidora de direito fundamental da pessoa humana, revelando-se imprescindível à existência dos outros direitos fundamentais, posto que através do direito de acesso à jurisdição é que se pode, de fato, garantir a realização dos demais.

Neste ínterim, considerando o que foi analisado no primeiro capítulo da presente pesquisa, sob a perspectiva do constitucionalismo atual, não seria difícil defender o controle

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

⁸¹ Consoante entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal expressado pelo acórdão do STF - RE 145.023 - Relator Ministro Ilmar Galvão – Julg. 17/11/1992 - Publ. 18/12/1992.

judicial de políticas públicas, pois a Constituição é valor supremo, suas normas são dotadas de eficácia e normatividade, logo, geram direitos.

A legislação por sua vez, também cria direitos que carecem de efetivação. Neste meio, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, cuja letra “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, determina que os direitos devem ser resguardados pelo Poder Judiciário.

No Estado Social delineado pela Constituição a proteção dos direitos foi conferida ao Poder Judiciário, que não pode deixar de apreciar questões relativas a lesões a direitos sociais fundamentais, especialmente por questões alheias à jurisdição, podendo examinar e alinhar as políticas públicas por meio da plasticidade dos provimentos jurisdicionais.⁸²

Portanto, apesar do Poder Executivo ter a iniciativa primeira e respectiva discricionabilidade para agir no âmbito das políticas públicas, é juridicamente obrigado a respeitar os direitos constitucionalmente assegurados e as diretrizes constitucionalmente colocadas, especialmente no tocante ao direito à educação, direito tão básico integrante do mínimo existencial.

Retrocedendo historicamente, relevante lembrar que os ensinamentos do jurista Rui Barbosa influenciaram no desenvolvimento do art. 141 §4º Constituição brasileira de 1946, que contemplou o acesso à justiça/inafastabilidade da jurisdição, artigo este que foi precedente remoto do atual art. 5º, inciso XXXV da Constituição vigente, que também trata da matéria.

À época da formulação do referido artigo da Constituição de 1946, o constituinte pretendia romper com a ordem constitucional estabelecida pela Constituição polaca de 1937, e contrapor-se ao art. 94, que tinha a seguinte redação: “[...] é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política”.⁸³ A intenção parece ter sido de não excluir aprioristicamente matérias de grande amplitude do controle judicial. Ainda, muitas vezes, assuntos políticos e jurídicos se confundem e sua segregação se mostra improvável, situação mais acentuada no Estado de Direito vigente.

⁸² CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 387.

A este respeito, Rui Barbosa afirmava:

[...] uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, fora dos limites da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo e legislativo, contra qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado.⁸⁴

Não por esta dificuldade iminente em desassociar o jurídico do político, pode o Poder Judiciário furtar-se de sua função típica de garantia dos direitos através da prestação jurisdicional. Neste sentido, o ex-ministro Gilmar Mendes:

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais.⁸⁵

Conjugando o exposto sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição com o tratamento judicial das políticas públicas - matéria que possui viés político e jurídico - posicionam-se Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Sarlet:

Não se deve olvidar que uma série de garantias constitucionais, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988) viabilizam o acesso ao Judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, sem que se possa excluir qualquer direito e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de “políticas públicas”, seja decorrente da falta destas.⁸⁶

Outrossim, a realização dos direitos fundamentais deve pautar a atuação judicial por meio dos mecanismos disponíveis, de tal forma que, o Judiciário, quando provocado, deve agir corretivamente na apreciação do direito fundamental lesado pela omissão estatal - se procedente o pedido - , não sendo admissível sua inércia ou sujeição às arbitrariedades dos demais poderes.⁸⁷ Por conseguinte, quando o direito não é efetivado espontaneamente, por

⁸⁴ BARBOSA, Rui apud MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 387.

⁸⁵ MENDES, op. cit., p. 388.

⁸⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

⁸⁷ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 73-75.

sua via natural, resta uma insatisfação que só pode ser solucionada no bojo do Poder Judiciário.

A jurisdição é o caminho normal para a concessão do remédio jurídico necessário para a pacificação social⁸⁸ que não foi obtida de maneira diversa, de forma que “[...] o conflito existente entre os titulares do direito fundamental social e a conduta do Estado deve ser solucionado imperativamente pela jurisdição, mediante a atuação da vontade concreta da lei.”⁸⁹

Especialmente devido à adoção do princípio da inafastabilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro é que se torna razoável concluir que todas as lesões a direitos fundamentais sociais levadas às portas do Poder Judiciário deverão ser apreciadas.⁹⁰

Enfrentando o problema sob este prisma, deve-se sopesar que a ordem jurídica posta pela Constituição cidadã garante a todos o acesso ao Poder Judiciário de maneira extremamente ampla, sendo que a prestação jurisdicional deve se dar proporcionar ao jurisdicionado completa gama de instrumentos e direitos para influenciar nos rumos de seu processo e no convencimento do juiz.

Ademais, também não é possível ignorar a importância e protagonismo concedidos ao Poder Judiciário pela Constituição brasileira de 1988, a qual seguiu a linha dos demais países ocidentais, valorizando-o decorrência do modelo de Estado social idealizado.⁹¹ Suas prerrogativas e garantias, consolidadas na nova Constituição vieram com a intenção de garantir a este Poder maior independência e autonomia para aplicar o direito e seguir os ditames da justiça.

Acerca do papel do Poder Judiciário, Luís Roberto Barroso pondera que, em um Estado constitucional democrático este deve naturalmente, interpretar a Constituição e as leis, garantindo direitos e sustentando o respeito ao ordenamento jurídico. No entanto, a função judiciária vai mais além, pois muitas vezes poderá ser desempenhada na construção do sentido de normas jurídicas, e na ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais em conflito, “[...] hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas”.⁹²

⁸⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 73.

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe apud CANELA JÚNIOR, op. cit., p. 74.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 38.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 21 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

Ato contínuo, aduz o jurista a respeito do controle judicial de políticas públicas:

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional⁹³ – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos.⁹⁴

Maria Paula Dallari Bucci ressalta que com a judicialização, políticas públicas e conflitos sociais passam a ser submetidos à lógica processual e ao Poder Judiciário, sendo que o modelo jurídico construído pela Constituição de 1988 favorece este quadro. Para a mesma jurista, o cerne da questão não é a possibilidade jurídica de haver controle judicial no âmbito das políticas públicas, porque isto está resolvido claramente pelo que determina o art. 5º, inciso XXXV da CF, mas sim qual seu objeto e conteúdo.⁹⁵

Portanto, nota-se que a ingerência do Poder Judiciário na questão é completamente natural, pois este deve sempre interferir, quando invocado, a resolver questões que lesem direitos fundamentais, ainda que se trate de omissões do poder público na esfera das políticas públicas.

Neste ponto, o Poder Judiciário não estaria assumindo o lugar do Executivo ou Legislativo na elaboração e execução de políticas, mas sim definindo se estas políticas “[...] são efetivamente compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados constitucionalmente”⁹⁶, fazendo um controle judicial das lesões aos direitos fundamentais sociais envolvidos.

No tocante ao direito à educação, mais especificamente, tem-se que toda criança e adolescente tem direito à educação básica, que lhes deve ser ofertada pelo Estado, sendo que, quando este não cumpre com seu dever de ofertá-la, ferindo o direito, há uma pretensão correspondente a ser ajuizada. Tal pretensão será então analisada pelo Judiciário respeitando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

⁹³ O autor trata em seu texto de entrega de medicamentos com fundamento no direito fundamental social a saúde, mas verifica-se que o *raciocínio aplica-se corretamente no tocante ao direito a educação básica*.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 21 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

⁹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192

⁹⁶ DIAS, Jean Carlos apud PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 292.

Neste sentido, vale colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça expressado pelo voto do então Ministro daquela Corte Luiz Fux:

Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo.⁹⁷

Portanto, o acesso ao Poder Judiciário e o consequente acesso aos tribunais são intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. A função do Poder Judiciário não é de se quedar inerte aos problemas sociais relacionados às políticas públicas, pelo contrário, estas estão sujeitas ao referido poder no exercício do controle jurisdicional da administração pública.⁹⁸

2.3.2 A questão da separação dos poderes

Há no meio jurídico debate acerca do respeito ao princípio da separação de poderes quando se trata de efetivação judicial de direitos sociais através do controle judicial de políticas públicas neste bojo. Com a invocação deste dogma pretende-se impossibilitar que o Judiciário determine quaisquer espécies de ações ao Executivo.⁹⁹

Parte da doutrina e jurisprudência alega de maneira simplória que a ingerência do Poder Judiciário na matéria que concerne às políticas públicas fere o princípio da separação de poderes, por estar adentrando, por vezes, em questões “tipicamente pertencentes” aos Poderes Executivo ou Legislativo (questões políticas ou administrativas/discricionárias).

Por certo, a relevância do referido princípio não deve ser menosprezada vez que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o contempla expressamente como cláusula pétrea, em seu art. 60, § 4º, inciso III¹⁰⁰, o que impende que suas circunstâncias e abrangência sejam devidamente esclarecidas.

⁹⁷ STJ - REsp 630765/SP, 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux – Julg. 23/08/2005 - Publ. 12/09/2005. p. 214.

⁹⁸ DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos. A judicialização das políticas públicas como garantia da efetividade do direito à educação infantil. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2. p. 631.

⁹⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 289-290.

¹⁰⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;

Não se deve analisar o princípio da separação de poderes de maneira dissociada de seus fins e contexto histórico. Conforme se nota, em suas raízes remotas, o preceito foi idealizado para conter a tirania estatal que prejudicava o exercício da liberdade e dos demais direitos individuais.

Da forma como é mais conhecido atualmente, o princípio foi inspirado no ideário liberal¹⁰¹, buscando limitar o poder absoluto da monarquia ao promover a importância do Legislativo como instrumento de representação popular.¹⁰² Neste contexto em que se deu a Revolução burguesa, a supremacia do Poder Legislativo – como representante legítimo do povo - e a desimportância do Poder Judiciário se consolidaram.

Porém, a Teoria da separação dos poderes nunca se apresentou, ao longo da história (desde sua gênese filosófica em Aristóteles - que identificou as diferentes funções do Estado - John Locke – que formulou a outorga de funções diversas a órgãos diversos -, até sua formação mais conhecida da divisão de funções procedida por Montesquieu), tanto em sua proposição filosófica quanto em sua positivação jurídica, com caráter absoluto.¹⁰³

Infere-se assim que a ideia base do princípio da separação dos poderes, desde seus antecedentes remotos foi de limitar o abuso de poder com a finalidade maior de garantir direitos aos governados. Diante disso, apesar da perpetuação do princípio da separação de poderes, não se pode olvidar de sua natureza instrumental, pois este não deve ser utilizado como uma máxima antiga e imutável, pelo contrário, deve se adequar ao modelo de Estado em que vige.¹⁰⁴

Ademais, ao longo século XX, o conteúdo das Constituições se alargou e as relações entre os poderes se modificaram. Segundo leciona Dalmo de Abreu Dallari, o princípio passou por mudanças adaptativas, a fim de dar agora mais eficiência ao Estado, organizando o exercício do poder¹⁰⁵. Nos dias atuais, as tarefas dos poderes muitas vezes se

¹⁰¹ Paulo Bonavides narra que, historicamente, Montesquieu propôs no ápice da revolução burguesa uma separação de poderes tão intensa de modo que Duguit chegou a criticá-lo por dizer que desta forma a teoria feria a soberania. Ainda, enquanto tal teoria era levada às suas últimas consequências no auge do liberalismo burguês, Hegel propunha, de maneira impopular, correções à teoria. Correções essas, segundo Bonavides, essenciais para que o princípio servisse para garantir liberdade pública sem fomentar a destruição da unidade estatal, em BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86- 87, 137.

¹⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72

¹⁰³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009.p. 289-290.

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 261-264

¹⁰⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu apud BUCCI, op. cit., p. 71.

aproximam¹⁰⁶, e ainda, na técnica do Constitucionalismo, é próprio do Poder Judiciário analisar questões constitucionais ainda que originariamente afetas a outros Poderes.

Neste ínterim Maria Paula Dallari Bucci ressalta que diante da vivência histórica e teórica da referida cláusula, assenta-se que a separação entre os poderes, em verdade, não é absoluta, e, muito pelo contrário, acaba por acarretar uma distribuição de “funções típicas de cada poder” que “se interpenetram” entre si, ou seja, por vezes se confundem.¹⁰⁷ O real “[...] princípio estruturante é a ideia do controle do poder pelo poder.”¹⁰⁸ Hans Kelsen concorda que a importância histórica do princípio da separação dos poderes está mais na defesa em face dos perigos da concentração de poder do que em favor da separação, propriamente.¹⁰⁹

Justamente, o quanto estas funções se comunicam entre si e a efetividade do controle de um poder pelo outro são elementos fornecidas pelo ordenamento jurídico, formando um verdadeiro sistema de “freios e contrapesos” que se pauta na Lei Maior de cada Estado, sendo que este depende do contexto histórico e político de cada país.¹¹⁰

Em se tratando do Brasil, o art. 2º¹¹¹ da Constituição Federal de 1988 traz como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a harmonia e independência dos três poderes, Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Acerca do aludido artigo e da separação de poderes em geral, Luis Manuel Fonseca Pires comenta:

Em suma, a divisão das funções e a distribuição destas aos diferentes órgãos nunca foi absoluta e estanque, e mesmo ao se partir da realidade positiva do nosso sistema jurídico, a independência dos Poderes reclama, em igual passo, a harmonia entre si, o que caracteriza, nos moldes delineados pela ordem constitucional, a realização do chamado sistema de “freios e contrapesos”- isto é, a indiscutível possibilidade, o dever, de o Judiciário intervir para recompor a ordem jurídica toda vez que esta for violada por ação ou omissão do Executivo.¹¹²

¹⁰⁶ A este respeito, Rodolfo Mancuso entende que ações coletivas são o maior sinal de que a interenção judicial nos demais poderes e real e legitimada pelo ordenamento, posto que a decisão judicial nelas proferida pode conter condenação genérica e indeterminação de sujeitos afetados com aquela decisão, o que se assemelharia a uma lei, por ter caráter genérico e abstrato. *Ipsis literis*:

Essa gradativa expansão da eficácia das decisões judiciais se amolda, pois, à atenuação do rígido esquema de separação de poderes, à medida que mais e mais as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto vai aproximando os produtos legislativo e judiciário.

MANCUSO, Rodolfo apud ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 515.

¹⁰⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ KELSEN, Hans apud BUCCI, loc. cit.

¹¹⁰ BUCCI, op. cit., p. 72.

¹¹¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹¹² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 290.

Evidentemente que o sistema adotado no direito brasileiro vai além do sistema “separação dos poderes”, posto que contempla de forma mais intensa a harmonia e balanceamento entre os poderes do Estado, o que acaba por se denominar de sistema de pesos ou freios e contrapesos. Neste sentido, a matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal:

Processo: ADI 3046 SP
 Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE
 Julgamento: 15/04/2004
 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00492 EMENT VOL-02153-03 PP-00017 RTJ VOL-00191-02 PP-00510
 Parte(s): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PGE-SP - ELIVAL DA SILVA RAMOS
 ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 I. Ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a) e representação por inconstitucionalidade estadual (CF, art. 125, § 2º). [...] II. Separação e independência dos Poderes: pesos e contrapesos: imperatividade, no ponto, do modelo federal. 1. Sem embargo de diversidade de modelos concretos, **o princípio da divisão dos poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades clássicas: daí constituir em traço marcante de todas as suas formulações positivas os "pesos e contrapesos" adotados.** 2. **A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar.** 3. Do relevo primacial dos "pesos e contrapesos" no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional - aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros -, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República. [...] III. Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição.¹¹³

Portanto, no direito brasileiro não há vedação para que o Judiciário exerça controle das atividades dos outros poderes, pelo contrário, o Judiciário assume no ordenamento jurídico brasileiro postura que lhe confere prerrogativa de interferir nas atividades do Executivo e Legislativo, para assegurar que estes ajam de acordo com o Direito.¹¹⁴

Se considerado de maneira antiquada, este preceito poderá produzir um efeito paralisante às reivindicações sociais, sendo necessária a realização de uma nova leitura para

¹¹³ ADI: 3046 SP. Relator: Sepúlveda Pertence. Entrada: 13/11/2003. Dec. 28/05/2004. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*: processo. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 515.

que possa continuar servindo a seu escopo original de garantir direitos do povo contra o arbítrio estatal, que hoje se dá também omissivamente.¹¹⁵

Relativamente a isto, relevantes os ensinamentos de Paulo Bonavides:

[...] a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da **incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade.**¹¹⁶

Dessa maneira, é exatamente em razão da problemática de efetivação de direitos e do respectivo cumprimento das finalidades do Estado que Paulo Bonavides defende a mitigação e releitura do princípio¹¹⁷, para que se preste a proteger da melhor forma os direitos, adequando a separação de poderes a este novo contexto em que o Estado não deve apenas limitar-se ao “não fazer”, mas deve também “fazer”, fornecendo aos indivíduos meios para que possam resguardar seus direitos prestacionais perante o Estado. Apenas assim será possível garantir então liberdade fática aos indivíduos e à toda a coletividade.

Assim, toda vez que as ações ou omissões dos outros poderes se revelarem ilegais ou contrárias à Constituição, deve o Judiciário agir, tanto de forma a vedar ou impor determinada conduta. Conclui-se assim que a separação dos poderes também não representa obstáculo ao controle pelo judiciário das ações ou omissões inconstitucionais do Poder Público¹¹⁸.

2.3.3 A questão do controle da discricionariedade administrativa e as políticas públicas de direitos sociais.

Consoante esboçamos no Capítulo I, no curso natural da história do Constitucionalismo pós-guerra, o paradigma jurídico centrado nas Constituições garantistas, como é o caso da Constituição brasileira vigente, fez com que se “juridificassem” as esferas de atuação política.

¹¹⁵ SANTOS, Ana de Fátima apud KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002. p. 88.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86. (grifo nosso).

¹¹⁷ Na mesma obra já citada, de acordo com Paulo Bonavides, no Estado constitucional moderno, o clássico princípio de Montesquieu deve ser reduzido às suas devidas e modestas proporções.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 264.

A força normativa da Constituição fez com que os direitos tornassem-se exigíveis e passassem a ser assegurados por instrumentos de controle judicial, que acabaram por modificar juridicamente a função dos governos, limitando assim, em certa dimensão, a política aos fins constitucionais previstos.

Deste modo, os atos de governo tipicamente considerados perderam sua insindicabilidade judicial e passaram a ser permeados pelo direito, ampliando de forma significativa a judicialização da política¹¹⁹ - como também já tratamos anteriormente nesta dissertação.

Impende lembrar que as políticas públicas envolvem uma escolha racional de prioridades, na qual explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração. Portanto, estão relacionadas com a conformação do interesse público e com a discricionariedade do administrador.

Também, não nos esqueçamos do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que ratifica a autoaplicabilidade das normas de direitos fundamentais¹²⁰ (prevista no art. 5º § 1º, já abordada no Capítulo I), a qual reforça a adstrição do Poder Executivo aos princípios e normas constitucionais e por consequência, ao controle judicial.

A Constituição, ao instituir princípios e diretrizes em seu texto buscou vincular o Poder Público bem como as instâncias controladoras aos objetivos almejados pelas políticas sociais¹²¹. Desta forma, a positivação destes meios e objetivos reduziu a margem de discricionariedade do administrador, especialmente quando se trata de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais, indispensáveis à cidadania e dignidade da pessoa humana.¹²²

Neste sentido, a discricionariedade da Administração, especialmente no que toca o direito à educação básica, deve ser analisada de modo vinculado ao cumprimento das disposições constitucionais de forma que a Administração tem o dever de elaborar estratégias para implementar o referido direito.

Diante deste quadro, a população e os órgãos defensores do interesse público e social, como é o caso do Ministério Público, litigam contra a Administração Pública para assegurar aquilo que é de direito, de acordo com a Constituição e todo o ordenamento jurídico. O Poder

¹¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97.

¹²⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 299.

¹²¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 66.

¹²² Ibid.

Judiciário, por sua vez, se vê em posição de deliberar acerca de questões que não lhe são típicas, como as de ordem orçamentária, de alocação de recursos e escolha de prioridades.

No entanto, como vimos, este não pode permanecer alheio a esta situação, e quando provocado, deve dirimir problemáticas que envolvem a efetivação do direito à educação e o respectivo controle das políticas públicas. Nas situações em que há falha do processo político (legislativo e executivo), cumpre ao Judiciário agir com o propósito de concretizar os fins sociais, corrigindo as prestações dos serviços sociais básicos¹²³.

Para tanto, é necessário analisar se é possível, porque e de que forma deve se dar o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Adiante analisaremos de maneira mais aprofundada a discricionariedade, mas não se pode negar que, no Estado Democrático de Direito, ela deve se concentrar sempre dentro do âmbito da legalidade, devendo satisfazer os fins determinados por lei. A Constituição de 1988 contemplou o direito à educação como direito público subjetivo, deixando claro o dever do Estado de assumir medidas que satisfaçam este direito, não havendo assim liberdade do administrador deixar de atender este preceito constitucional, mas apenas para eleger os meios adequados para a consecução deste fim.

Para Luís Roberto Barroso, atual ministro do Supremo Tribunal Federal, devemos ter em mente que, em relação aos valores “[...] eleitos pelo constituinte como merecedores de atuação preferencial, o juízo político já se exauriu e ao agente público cabe promovê-los.”¹²⁴

Salienta-se que no atual Estado Social de Direito nada justifica a pura e total discricionariedade desvigiada do administrador público. Como consequência, deve haver possibilidade de cobrar as obrigações de fazer do Poder Público, estabelecidas na Constituição, mediante acionamento judicial, especialmente pelo Ministério Público no tocante a políticas públicas que visam efetivar o direito à educação. Do contrário, este direito tão priorizado na “Constituição cidadã” estaria fadado a se tornar letra morta, frente ao descaso e omissão estatal na sua efetivação.

A este respeito, Daniel Sarmento:

[...] a melhor doutrina não mais aceita a ideia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo direitos fundamentais. Conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo - zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes - têm sido relativizados, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força

¹²³ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos estatais. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. Recife: UFPE, 2000.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 224-225.

normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais, como os da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência.¹²⁵

Obviamente existem limites para o controle das políticas públicas pelo Judiciário. O magistrado não pode substituir o administrador, determinando a maneira com que o Estado deve ser administrado. Este está autorizado a agir somente quando o próprio administrador, em seu juízo de valor no mérito do ato administrativo, deixar de seguir a lei ou ferir princípios constitucionais. Pois, desde esteja na seara da legalidade, parte do ato administrativo está livre da ingerência do Poder Judiciário por falta de legitimidade para tanto.¹²⁶

De maneira mais específica, para tratarmos do controle judicial da discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas, faz-se mister evocar alguns conceitos conectados com o tema.

Em primeiro lugar, importante recordar que todo ato administrativo é composto de determinados elementos, como sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade.¹²⁷ No ato discricionário, segundo grande parte da doutrina, apenas o motivo e o objeto, onde reside de fato a discricionariedade, é que são deixados ao juízo de valor do administrador, sendo os demais elementos (sujeito competente, forma, finalidade) estão previamente fixados por lei, ou seja, vinculados. Em relação aos seus elementos vinculados, as políticas públicas sempre se submetem ao controle judicial.¹²⁸

No ato administrativo discricionário¹²⁹ o gestor tem certa liberdade para atuar fazendo um juízo de conveniência e oportunidade no caso concreto, o que é também chamado de mérito do ato. A respeito destes atos, Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] são os que a administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.”¹³⁰

A discricionariedade administrativa, ainda consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, é a “[...] margem de liberdade que detém o administrador para preencher o espaço que

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 580.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira apud ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 518-519.

¹²⁷ Existem divergências a respeito da classificação que fogem ao objeto da presente pesquisa.

¹²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 304.

¹²⁹ O ato administrativo discricionário se contrapõe à ideia de ato administrativo vinculado. O último trata-se de ato cujos elementos todos são previamente vinculados por lei (sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade), de maneira a deixar o administrador sem poder de escolha.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de apud ARENHART, op. cit., p. 517.

a lei deixa para o exercício da autodeterminação da Administração Pública”¹³¹, autodeterminação esta que permite um juízo de valor ao sujeito praticante do ato a fim de determinar qual a melhor forma de praticá-lo, optando pela opção que melhor preserve o interesse público.

Outrossim, a margem de discricionariedade conferida por lei ao administrador somente pode ser utilizada para que ele escolha o caminho mais apropriado, tendo em vista o interesse público e o respeito aos princípios e normas do ordenamentos jurídico. Respeitando o administrador as normas e princípios legais e constitucionais, não há que se falar em apreciação judicial da discricionariedade. Do contrário, estará sujeita ao controle judiciário a fim de que os direitos dos cidadãos e o interesse público sejam assegurados.

A discricionariedade tem a função de adequar a aplicação da lei à realidade fática, a fim de que seja possibilitado ao administrador adote, diante das possíveis soluções no caso concreto, aquela que se revela “[...] mais perfeita e correta para a realização da intenção da lei.”¹³²

Pondera-se então, que a discricionariedade deve estar sempre revestida de um substrato material, qual seja a efetividade, que deve pautar quaisquer atos emanados de quaisquer dos poderes, a fim de que sejam dotados de validade.¹³³ É com este fundamento que Celso Antônio Bandeira de Mello alega que a discricionariedade existe apenas com a finalidade de conferir a cada ato a viabilidade de atender de maneira ótima o interesse público almejado pela lei a ser aplicada, enfatizando que não se trata, de modo algum, de uma liberdade da Administração para agir como bem entende, mas sim para facilitar que a consumação da vontade da lei.¹³⁴

Por estas razões é que a discricionariedade não deve ser considerada irrestrita e insindicável, no sentido de fornecer liberdade plena ao administrador. Pelo contrário, esta margem de discricionariedade existe e deve ser utilizada a fim de possibilitar a tomada da melhor providencia possível no caso concreto. Prosseguindo no raciocínio, sempre que o caminho escolhido pelo administrador for manifestamente ruim para o caso concreto, ou seja,

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 48.

¹³² ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 517.

¹³³ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira apud ARENHART, loc. cit.

distanciar-se diametralmente das melhores opções possíveis ao cumprimento dos preceitos legais e constitucionais, o controle pelo Judiciário pode ser realizado.¹³⁵

Ademais, como vimos no corrente capítulo, Fábio Konder Comparato entende que política pública é uma atividade que visa um objetivo determinado, ou seja, uma finalidade. Com este pensar afirma o autor ser possível o controle judicial das políticas públicas, controle cujo objeto deve ser a verificação do cumprimento das finalidades constitucionalmente impostas – que para ele são vinculantes – e as normas aplicáveis ao desenvolvimento daquela política pública, ou seja, os meios e instrumentos nela previstos e utilizados.¹³⁶

Aliás, ao mencionarmos que o juízo de valor realizado pelo administrador deve respeitar os princípios constitucionais, não podemos nos olvidar dos cruciais princípios colacionados no art. 37, caput da Constituição Federal¹³⁷, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Quando violados estes princípios por ato administrativo, este estará passível de apreciação judicial. Em matéria de políticas públicas não é diferente¹³⁸, toda política pública deve pautar-se nos mencionados princípios.

Desta forma entende Hely Lopes Meirelles ao frisar que, por existem limites a atividade administrativa, a atuação judicial pode e deve acontecer, vez que a discricionariedade está sempre sujeita aos princípios constitucionais, que delimita sua incidência, proclamando nulidades e coibindo abusos.¹³⁹

No tocante aos princípios, relevante enfatizar o protagonismo da moralidade e eficiência, que devem pautar a atividade administrativa, especialmente no cenário brasileiro de escassez de recursos - já esboçado no item 1.2 do presente capítulo -, de sorte que os poucos recursos disponíveis devem ser utilizados de forma a otimizar a efetividade dos direitos sociais¹⁴⁰, tão priorizados pela Constituição pátria.

¹³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 518-519.

¹³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 139, p. 44-45, abr./jun. 1998.

¹³⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

¹³⁸ Neste esteio advoga Maria Paula Dallari Bucci: “[...] o entendimento de uma política pública como atividade administrativa redundante, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial, no conhecido tema da discricionariedade administrativa, com seus também conhecidos problemas e limites. Daí, por esse prisma, não se reconhecer à noção de política pública o sentido de uma categoria nova no direito.” BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 112.

¹⁴⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31-32.

O princípio da eficiência, por sua vez, deve pautar todo o planejamento e execução das políticas públicas, e ainda, deve ser utilizado para avaliar os resultados alcançados, verificando se houve “[...] satisfação mais aproximada possível das metas”¹⁴¹ estipuladas.

A questão da escassez de recursos deve ser sopesada pelo administrador quando da realização do seu juízo de valor, a fim de que tome a medida que mais atenda ao interesse público e consiga satisfazer os direitos fundamentais, especialmente aqueles que compõem o mínimo existencial.

Sob a escusa de estar dentro de sua margem de discricionariedade, não pode o administrador escolher deixar de efetivar direito tão relevante à dignidade humana como o direito à educação básica, seja por total omissão ou o ainda por tomar decisões que contrariem sua garantia mínima. Não pode a Administração Pública ferir o núcleo essencial de direitos fundamentais prestacionais¹⁴² como o direito em comento, deixando de realizar a prestação positiva efetivadora do direito de modo satisfatório.

Neste ponto de vista, entende o Supremo Tribunal Federal (STF) que a inércia do Administrador quando deixa de agir para efetivar direitos prestacionais, violando a razoabilidade, caracteriza ilegalidade sujeita a controle judicial. No julgado abaixo, o Supremo intitulou o Município em questão de órgão estatal inadimplente, responsabilizando-o pelo oferecimento de educação infantil (atendimento em creche e pré-escola). Argumentou não ser admissível que este se desincumbisse do mandato constitucional que limita sua discricionariedade, sendo que esta não pode ser utilizada para ferir a eficácia deste direito básico, conforme ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV)- COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º)- RECURSO IMPROVIDO . - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas 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,

¹⁴¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 69.

¹⁴² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009.p. 298.

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 . - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social . - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.¹⁴³**

Logo, à Administração Pública não é facultado (sequer o é facultado ao Legislativo) a implementação do núcleo essencial¹⁴⁴ de um direito fundamental social constitucionalmente assegurado como o direito à educação básica, um direito de extremamente básico, tão intimamente ligado à noção de dignidade humana e cidadania.

Além disso, tem ganhado notoriedade uma interessante teoria adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a qual prevê que a intensidade e abrangência do controle judicial sobre a atividade administrativa deve variar de acordo com a afetação e essencialidade do direito fundamental em voga.¹⁴⁵

Concluindo o exposto acerca do mínimo existencial e do controle judicial da discricionariedade administrativa, enriquecedoras as palavras de Luis Manuel Fonseca Pires:

Se rege a hermenêutica constitucional a preocupação de dar-se a máxima *efetividade* possível às normas constitucionais, *se dentre as* normas as que mais chamam por esta intelecção são os direitos fundamentais, e se em relação a estes é pacífica a compreensão de quem um mínimo, de que o *núcleo essencial* deve ser realizado, então todo direito fundamental que representa um *direito à prestação* contra o Estado deve gerar, em alguma medida, o dever de concreta realização por parte da Administração Pública – o que franqueia o controle judicial para assegurar o cumprimento desta situação jurídica.¹⁴⁶

¹⁴³ STF - RE-AgR: 410715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Publ. 03/02/2006 - Jul. 22/11/2005.

¹⁴⁴ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 299-300.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid., p. 300-301.

Diante do exposto, defende-se ser possível o controle judicial das políticas públicas que compõe o mínimo existencial, como é o caso do direito à educação básica.

2.3.4 A reserva do possível

A Teoria da reserva do possível é frequentemente invocada pelo Estado como óbice à realização dos direitos interligados à educação básica, direitos que de fato, custam aos cofres públicos, como vimos. Quando pleiteados judicialmente, esta é a principal defesa dos Poderes Públicos.

De fato, conforme tratado na seção 1.2 do presente Capítulo, a efetivação do direito à educação demanda alocação de recursos financeiros, recursos estes que são limitados. Os limites orçamentários são, por vezes, considerados limites fáticos à efetivação de alguns direitos fundamentais, e por isto é que surgiu a da teoria da reserva do possível e sua aplicação no Brasil.¹⁴⁷

Sua formulação se iniciou em meados de 1970¹⁴⁸ no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para concluir que a efetividade dos direitos sociais estaria sob a reserva da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. Tal noção foi desenvolvida pelo Tribunal no emblemático caso *numerus clausus* que tratava sobre o direito de acesso universal ao ensino superior¹⁴⁹, ocasião em que foi assentado entendimento de que existe um limite àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade¹⁵⁰, não sendo obrigação deste arcar com prestações que extrapole a estes limites¹⁵¹. Portanto, a teoria da reserva do possível

¹⁴⁷ Conforme coloca Leandro Martins Zanitelli, no Brasil, é possível reconhecer a existência de três correntes em relação à aplicação da teoria: 1) corrente que concorda que com sua aplicação de maneira irrestrita, ou seja, entende que a escassez de recursos é sempre limite à realização dos direitos fundamentais; 2) corrente que rechaça toda e qualquer aplicação da teoria da reserva possível; 3) corrente que aceita sua oponibilidade, mas com diversas ressalvas (corrente com a qual nos filiamos).

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competência? Uma ressalva à teoria da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 188.

¹⁴⁸ CANOTILHO, J. J. J. apud FIGUEIREDO, Mariana Filehtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

¹⁴⁹ No caso em tela restou demonstrado que a capacidade orçamentária seria insuficiente para fornecer ensino superior gratuito a todos os qualificados para frequentá-lo. Por isso é que se verificou haver, levando em conta as questões de ordem orçamentária, um limite sobre o que se pode razoavelmente exigir do Estado,

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 439.

¹⁵¹ FIGUEIREDO, loc. cit..

(Der Vorbehalt des Möglichen) foi criada a fim de impossibilitar que se exija do Estado mais do que “um certo limite básico social”¹⁵².

O autor Andreas Krell¹⁵³ defende que esta teoria foi importada para o Brasil de maneira inapropriada e que vem sendo usada de forma incoerente, na medida em que foi criada para a realidade jurídica e fática alemã e não pode ser simplesmente transplantada para o Brasil, sem que se façam as devidas ponderações, na tentativa fracassada de um Direito Constitucional comparado¹⁵⁴. Para ele, em um país como o Brasil, cuja Constituição faz projeções futuras e a realidade social ainda é muito distante, esta teoria não pode ser oposta em relação aos direitos sociais, principalmente no tocante ao mínimo existencial.¹⁵⁵

Analisando a reserva do possível sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo compreendem que a teoria revela três dimensões, quais sejam, real disponibilidade de recursos financeiros, disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (possibilidade jurídica baseada na distribuição de competências de toda sorte) e

¹⁵² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002. p. 52.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 52-66

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 52-56.

¹⁵⁵ A este respeito, trecho da ementa do julgamento proferido pelo STJ no Resp 1.389.952-MT, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. Jul. 03/06/2014 (Informativo nº 543):

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA.

[...] Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, **a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias**. Não se pode deixar de reconhecer que as **limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais**. No entanto, é preciso ter em mente que o **princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada**. Na verdade, **o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável**, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, **os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade**. Ocorre que **não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro**. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, **o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus**. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, **situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna**. Nesse caso, **qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro**. É por isso que o **princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial**. [...] Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. (Grifo nosso).

proporcionalidade da prestação, em relação a sua exigibilidade e razoabilidade.¹⁵⁶ Amarrando estas dimensões, colocam:

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.¹⁵⁷

Na práxis, o que ocorre é que o Poder Público se utiliza do argumento da reserva do possível para alegar-se impossibilitado de prover educação básica a crianças e adolescentes de nosso país, desrespeitando os arts. 6º e 208 da Constituição pátria. Esta alegação, na maior parte dos processos, faz de maneira genérica e falaciosa, a fim acobertar a omissão estatal existente e impedir o controle judicial das políticas públicas. Também, ao tratar do preceito, a própria doutrina demonstra argumentos vagos e falta de clareza.

Entretanto, isto não pode ser admitido. É imprescindível que, como os custos dos direitos, a reserva do possível seja levada a sério. Em determinado aspecto, isto significa que sempre quando levantada pelo Poder Público no processo, deve ser provada a ônus do próprio. Ou seja, considerando a previsão do art. 5º, § 1 da Constituição Federal de 1988, especialmente, cabe ao Estado demonstrar a real escassez de recursos que impeça a efetivação de direitos a prestações previstos na Constituição, ou ainda impeça seu eficiente investimento nestes direitos,¹⁵⁸ tais como no direito à educação básica. Acerca da matéria, há uma importante Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que ilustra a ideia apresentada, cuja redação:

Nº. 241 Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.
REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº 0014104 12.2011.8.19.0000 - Julgamento em 06/06/2011 - Relator: Desembargador José Geraldo Antônio. Votação unânime.¹⁵⁹

¹⁵⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid., p. 32.

¹⁵⁹ RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: jurisprudência: súmulas*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?_=16>. Acesso em: 30 jan. 2016 - Súmula nº 241 – “Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.”

Assim, deve o Judiciário analisar no caso concreto os argumentos trazidos a respeito da reserva do possível. A tese deve ser afastada de pronto se não houver respaldo concreto, se restar constatada ausência de limitação de ordem orçamentária, ou ainda, a aplicação de recursos públicos em finalidade certamente menos prioritária¹⁶⁰ do que a efetivação do direito à educação básica, hipóteses em que ficará evidente que o poder público apenas pretende se imiscuir de suas obrigações constitucionalmente impostas.

A respeito da prioridade na aplicação de recursos, faremos mais algumas considerações. Consoante abordou-se longamente no decorrer da presente pesquisa, à educação básica foi concedido tratamento prioritário por parte do constituinte brasileiro de 1988. Como se não bastasse, a fim de assegurar sua gradativa concretização, a Constituição de 1988, em seu art. 212¹⁶¹, fez previsão expressa no tocante aos percentuais mínimos da receita de impostos que devem ser investidos neste direito pelos entes federativos.

Pois bem, ainda que haja ausência ou limitação de recursos, o mínimo constitucionalmente exigido deve ser aplicado no desenvolvimento do ensino. No caso de haver alegação do poder público de insuficiência de recursos, este deve provar, primeiramente, que investiu o necessário no ensino (pois não poderá prevalecer a reserva do possível sem que tenha havido investimento do percentual mínimo previsto pela Constituição).

Em segunda instância, tendo o ente cumprido com o mandamento do art. 212, deve o magistrado analisar se houve por parte da Administração uso de dinheiro público em quantidades vultosas com destinações evidentemente não prioritárias¹⁶², como propagandas governamentais e festas, por exemplo, sem falar na quantia que acaba saindo pelos ralos da corrupção. Estas prioridades, conforme colocamos anteriormente, são depreendidas da análise e leitura da Constituição.

¹⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 522.

¹⁶¹ 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.

¹⁶² A respeito das destinações não prioritárias, Luis Manuel Fonseca Pires pondera: “Em contraste com este discurso titubeante da Administração Pública toda vez que demandada judicialmente também devemos considerar que há atividades concretas – e igualmente notórias – de empenho de quantias exorbitantes de recursos públicos – financeiros, de pessoal e de material – em campanhas de propaganda das realizações do governo, em projetos cujos bens almejados (festas populares, monumento, etc.) são de discutível prioridade em relação aos valores preteridos (saúde, educação, segurança pública e outros), enfim, há diversas situações em que é possível cotejar os discursos de largas lamentações que são formulados pela Administração Pública em sua defesa nas ações judiciais com o dispêndio de vultosas quantias com outras atividades que não se justificam como máxima prioridade de um Estado Social.” (PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 290).

Conforme aduz, Ana Paula de Barcellos, as prioridades podem ser extraídas objetivamente dos artigos da Constituição Federal que preveem dotações orçamentárias mínimas ou destinação para investimento em determinadas áreas¹⁶³, ou ainda, da leitura da Constituição como um todo, verificando os bens mínimos e fins postos serem alcançados prioritariamente pelo Estado.¹⁶⁴

Constata-se que o direito à educação básica está expressamente apontado como prioridade na Constituição, vez que o Estado está obrigado a disponibilizar educação fundamental gratuita, de acordo com os arts. 205 e 208, inciso I da Constituição.

Portanto, neste caso, verifica-se que os recursos à educação deveriam primeiramente, ou em sua maioria, destinar-se ao atingimento da meta de oferecimento de educação fundamental a todos os que necessitam.¹⁶⁵ Desta forma, deve-se retirar da Constituição valores e direitos mínimos, básicos, que devem ser objetivados pelo Poder Público a fim de respeitar a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição de 1988.

Portanto, imprescindível compreender que o argumento da escassez de recursos deverá ser cuidadosamente analisado pelo julgador quando oposto diante de um direito fundamental social prestacional como o direito à educação básica. Ainda, cabe frisar que o princípio da proporcionalidade deve pautar o controle dos atos do poder público, no sentido de prevenir contra a proteção insuficiente do direito, a fim de que sempre se tenha respeitado o núcleo essencial do direito, sendo inadmissível que o direito à educação básica, fique aquém de um “[...] patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.”¹⁶⁶

Assim, o Poder Judiciário deverá utilizar do princípio para resguardar o mínimo existencial, ponderando a reserva do possível com a realização do direito à educação básica reclamado concretamente, buscando coibir a negligência dos órgãos públicos, de forma que

¹⁶³ Artigos como: artigo 195, que determina que a receita obtida das contribuições sociais deve ser destinada a atender o custeio da seguridade social, que deve assegurar saúde, educação e assistência social; artigo 198 §2º que estatui percentuais mínimos de recursos provindos da receita (com sua respectiva forma de cálculo) que devem ser aplicados, anualmente, a ações e serviços públicos de saúde, pelos entes federativos; artigo 212 que estabelece que “[...] 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”.

¹⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47588/45167>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33.

somente por uma razão extremamente grave a efetividade do direito jusfundamental poderá ser temporariamente afastada.¹⁶⁷

Desta forma se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no Resp 1185474 SC 2010/0048628-4, cujo fragmento elucidado:

[...] a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. **Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.¹⁶⁸ (grifo nosso).

Os direitos fundamentais sociais, opções vinculativas do constituinte, apenas podem ser restringidos mediante ponderação principiológica, de forma que é aceitável a diminuição de sua proteção somente quando isto for necessário para proteger outro bem fundamental. Porém, conforme reza a proporcionalidade, o núcleo essencial destes direitos deve sempre permanecer preservado, sendo que, uma restrição advinda da cláusula da reserva do possível somente será admitida se ainda restar intacto o considerado como mínimo existencial.¹⁶⁹

Robert Alexy diferencia duas espécies de direito: direito subjetivo *prima facie* vinculante e direito subjetivo definitivo vinculante, sendo que este último corresponde a um mínimo existencial. O jurista faz tal ressalva para dizer que, para serem concretizados, os direitos subjetivos *prima facie* vinculantes estão sob a reserva do possível, enquanto o mínimo existencial a ele não se sujeita.¹⁷⁰

¹⁶⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 335.

¹⁶⁸ STJ - Resp 1185474 SC 2010/0048628-4. 2ª turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Publ.: 29/04/2010. Jul. 20/04/2010.

¹⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 521-522.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 502.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está firmada no sentido de que a teoria da reserva do possível não pode ser conjurada pelo Estado a fim de se esquivar da efetivação do direito a educação básica, constitucionalmente garantido, especialmente quando isto acarreta sua aniquilação, por não atender ao conteúdo do mínimo existencial.¹⁷¹ Assim, a concretização de direitos tão essenciais à vida digna, não está sujeita à reserva do possível.

Neste ínterim, “[...] o princípio da proporcionalidade exigirá que a justificativa apresentada pelo Estado para restringir o direito social seja legítima e materialmente constitucional”, assim, o bem jurídico a que o Estado visou proteger quando da relativização de um direito fundamental social, deverá ser mais relevante que a parcela do direito que sofreu a restrição, devendo-se exigir ainda “[...] que se proteja ao menos o mínimo existencial, o que se denomina de ‘proibição da insuficiência’.”¹⁷²

Assim, o Poder Judiciário deverá utilizar a proporcionalidade para resguardar a proibição de insuficiência, ponderando a reserva do possível, desde que efetivamente provada, com a realização do direito pleiteado, buscando coibir a negligência dos órgãos públicos, de forma que somente por uma razão extremamente grave e comprovada a efetividade do direito à educação básica poderá ser temporariamente afastada no caso concreto.

Ressalta-se que não nos filiamos à tese de que o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais prestacionais perfaz somente o mínimo existencial. Porém, quando o que está em jogo é direito componente do mínimo existencial, como o direito à educação básica, principalmente e prioritariamente sua exigibilidade deve ser reconhecida. Para Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, a reserva do possível, nesta hipótese, não pode prevalecer sobre a garantia do mínimo à existência digna do ser humano, de modo que, no caso concreto, se fazem exigíveis medidas que busquem assegurar a correta escolha de prioridades pelo administrador.¹⁷³ Ainda na esteira do pensamento destes juristas:

Há que se reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que

¹⁷¹ Vide RE 410715/SP, RE 436996/SP (nota 183 deste trabalho), AI 677274/SP que tratam do Direito a educação, e ainda, a emblemática ADPF 45 que tratou a respeito do direito a saúde, mas que tem sido amplamente aplicada pelo Supremo Tribunal em matéria de educação.

¹⁷² MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyam; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA Luciana Camila de. **O Mínimo Existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Brasília, DF, [201-]. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em: 8 jul. 2014.

¹⁷³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36.

nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.¹⁷⁴

Eros Grau, por sua vez, pondera que a reserva do possível não pode ser encarada como uma escusa pronta à realização de direitos sociais, porque se assim fosse estaríamos diante de uma situação em que somente seria possível a concretização do direito à educação básica, por exemplo, quando os cofres públicos estivessem “cheios”, ou seja, nunca. Este cenário faria com que não houvesse mais sequer vinculação jurídica do Estado aos mandamentos constitucionais, que, no Estado Democrático de Direito, são verdadeiros limites à atuação estatal.¹⁷⁵

Acerca da matéria, excerto do voto do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, no RESP 811608/RS:

[...] 2. Os **direitos fundamentais**, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são gravados pela **eficácia imediata**. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a **conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade**, a realização em concreto da prescrição constitucional.

3. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau de eficácia imediata dos direitos fundamentais, porquanto, mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.

4. **A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.**¹⁷⁶ (grifo nosso)

Outrossim, a questão dos recursos também é utilizada como óbice ao controle judicial com o argumento simplista de que o gasto de recursos públicos depende de previsão orçamentária. Com certeza, está correto que o investimento de dinheiro público depende de prévia dotação orçamentária realizada através da legislação (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais).

¹⁷⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41.

¹⁷⁵ Ibid., p. 34.

¹⁷⁶ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 811.608 - RS (2006/0012352-8). Relator: Ministro Luiz Fux. Publ. 04/06/2007 – Julg. 15/05/2007.

Porém, tal dotação é confeccionada no âmbito legislativo sempre de maneira genérica, a fim de proporcionar ao administrador maior liberdade no momento da execução de suas políticas. Assim, conforme frisa Ana Paula de Barcellos, o que consta na legislação são apenas referências gerais pra despesas, sem que se consiga identificar na lei as políticas públicas que se deseja efetivar.¹⁷⁷

Por este motivo é que não prospera o argumento de impossibilidade de controle judicial devido à necessidade de dotação em lei orçamentária, posto que há uma pluralidade de opções fáticas diante das previsões já realizadas na lei.¹⁷⁸ Ainda, é admissível decisão judicial que obrigue a inclusão vinculada de determinada verba a determinada política pública ou programa, na previsão orçamentária do ano seguinte.¹⁷⁹

Por fim, cabe salientar que, conforme demonstrado ao longo da dissertação, a caracterização do direito à educação básica como direito subjetivo cogente não impede a discussão das diversas questões de ordem prática que surgem a partir de sua efetivação, sendo este o real intuito deste trabalho: buscar alternativas processuais ótimas à efetivação deste primordial direito.

Por esta razão, ainda que não prevaleça a reserva do possível quando em confronto com direito que componha o mínimo existencial, isto não significa que não se deve atender ao princípio da reserva do orçamento. Neste esteio Ricardo Lobo Torres ressalva que:

A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.¹⁸⁰

Infelizmente, o que se vê na prática é que os Tribunais brasileiros, por falta de conhecimentos técnicos, excesso de demandas e pela própria natureza das ações propostas, tem se furtado de analisar questões de natureza orçamentária.¹⁸¹ Entretanto, conforme buscou-se demonstrar, este juízo acerca do que foi ou não gasto pelo poder público em educação

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47588/45167>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

¹⁷⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 289.

¹⁷⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê apud PIRES, op. cit.

¹⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de ordem orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75-76.

¹⁸¹ Ibid.

básica, é uma análise extremamente relevante a fim de que se concretize de forma mais eficiente o direito à educação básica pela via judicial. Para tanto, discorreremos mais a frente sobre a Ação Civil Pública como importante instrumento para viabilizar esta discussão na via judicial, e ainda, o papel do Ministério Público no de forma a fomentar tal abordagem.

2.3.5 Conclusões acerca da possibilidade de apreciação judicial das omissões do poder público nas políticas públicas em matéria de direito à educação básica

Diante de todo o exposto acerca da possibilidade de controle judicial das omissões do poder público no tocante às políticas públicas, pode-se concluir que, a ingerência no do Poder Judiciário na matéria, quando provocado, é mais do que legítima. Tanto formalmente falando, devido princípio da inafastabilidade da jurisdição, quanto materialmente, adentrando no assunto do controle judicial da discricionariedade administrativa.

Ainda, verificou-se que tal controle por parte do Judiciário não fere a separação dos poderes, pelo contrário, faz parte do sistema de freios e contrapesos arquitetado para o Estado Democrático de Direito atual.

Foi possível esclarecer também que a reserva do possível não é, a priori, óbice à efetivação do direito à educação básica, direito prioritário essencial à existência digna, mas que a questão orçamentária é importante e deve ser considerada no bojo do processo. É clara a existência de limites materiais ao cumprimento das metas constitucionalmente estipuladas em todas as suas dimensões. É claro também que a execução de políticas públicas, a princípio, compete ao Poder Executivo.

Porém, por mais escassos que sejam os recursos, ao poder público remanesce a obrigação de atender ao menos ao mínimo essencial, sob pena de controle por parte do Judiciário. Este mínimo deve ser realizado independentemente de qualquer planejamento e ideário político, não havendo escusa a seu descumprimento.¹⁸²

Ademais, interessante destacar que parte dos recursos públicos, já escassos, é desperdiçada e, e como argumenta Ana Paula de Barcellos, “[...] muito pouco se produz em favor da promoção dos direitos fundamentais.” Ainda de acordo com o pensamento da jurista, o constituinte de 1988 decidiu dar um espaço mais amplo ao direito, impor condicionamentos jurídicos fortes ao poder público, de forma que a própria Constituição acabou por judicializar diversos temas.

¹⁸² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009. p. 303.

Desta feita, demonstra-se a naturalidade e a relevância do controle jurídico e judicial das políticas públicas em um país como o Brasil, país em que se revela deficitário o controle social da gestão das políticas públicas, que é marcada pela corrupção, ineficiência e clientelismo.¹⁸³

A fim de ilustrar as questões levantadas e afirmar o posicionamento adotado, impende colacionar o seguinte julgado, que expressa corretamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas 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.- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- 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-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] 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 (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação

¹⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109-110.

positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "às crianças de zero a seis anos de idade"(CF, art. 208, IV).O eminente PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte", "in"Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível: "O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX." [...] É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo 'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. [...] O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil - ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV)- não podem ser menosprezados pelo Estado, "obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência" (WILSON DONIZETI LIBERATI, "Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar" , "in" "Direito à Educação: Uma Questão de Justiça" , p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário. Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte" "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte - considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra - sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público: "O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade [...]." (grifei) O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis - notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada: "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO D (Informativo/STF nº 345/2004) E 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). [...] **O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante**

ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - que não se inclui, ordinariamente (Informativo/STF nº 345/2004) ente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra) reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **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 mandatório, 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.** Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. **Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela dualidade 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. Daí**

a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ ("O Direito à Educação", p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema [...] a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que "o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação"(grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil - que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) - tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame ("A Educação como Direito Fundamental", 2003, Lumen Juris). Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República ("Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público", p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: **"Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.** Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional."(grifei) Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios - que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, seja em face das considerações que expendeu no presente recurso extraordinário, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões, sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - AI 475.571/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - RE 401.673/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - RE 411.518/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO). Cumpre destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), no sentido de que, "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, 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"(grifei). Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente [...] Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 73 a 76).¹⁸⁴

Uma vez provada a necessidade e o cabimento do controle judicial de políticas públicas, especialmente em matéria de direito a educação básica, em todo o contexto brasileiro delineado na presente dissertação, cabe agora analisar de que forma – instrumentos e agentes - este controle pode ser realizado a fim de otimizar a efetivação do direito essencial em tela.

Em razão da conjuntura explorada, verifica-se no Brasil, seguindo-se a tendência mundial, uma modernização do processo judicial a fim de satisfazer os novos anseios sociais. Exemplos disso são os processos coletivos, a abertura ao tratamento dos interesses difusos e coletivos, assim como diversas inovações procedimentais que buscam tutelas de maneira mais ampla e efetiva a litigiosidade de massa e ampliar o acesso à justiça¹⁸⁵, tudo isto incentivado pela Constituição Federal de 1988. Igualmente, a mesma Constituição fomentou uma renovação no papel do Ministério Público, como veremos a seguir.

¹⁸⁴ STF - RE: 436996/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julg. 26/10/2005 - Publ. 07/11/2005. (grifo do autor).

¹⁸⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.

CAPÍTULO 3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA

3.1 O papel do Ministério Público no novo contexto constitucional

Anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o Ministério Público passou diversas fases e transformações no Brasil, matéria essa que não se insere na extensão do trabalho. O protagonismo da instituição, sua formação como a conhecemos hodiernamente e como importa para a presente pesquisa, concretizou-se com a promulgação da Constituição de 1988.

No entanto, antes deste fato, após o início da abertura democrática do país, o Ministério Público foi aos poucos sendo redesenhado, para tanto, foi importante a edição de duas leis: a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar Federal 40/81)¹, que definiu a carreira dentro da instituição e livrou-a das amarras em relação à ideologia estatal e aos Poderes²; e a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985)³, que atribuiu ao Ministério Público legitimidade para a propositura da ação na defesa do meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, que reforçou sua relevância no contexto social.

Com o advento da Constituição cidadã, em 1988, o parquet passou a ostentar posição única no ordenamento jurídico. A Lei maior acompanhou as transformações sociais que demandavam que o Ministério Público viesse a se comprometer com a defesa de direitos sociais e direitos de massa.

A mudança estrutural na instituição que se iniciou com a Lei Orgânica e a Lei de Ação Civil Pública foi consolidada pela nova Constituição a fim de criar um instituição inovadora comprometida com a defesa de direitos de liberdade, mas também, direitos sociais, difusos e

¹ BRASIL. Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em: 29 maio 2016.

² RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 123.

³ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

coletivos.⁴ Assim, os objetivos constitucionais ligados à pacificação social e à consolidação do Estado Democrático de Direito tornaram-se responsabilidades da instituição.⁵

No novo texto constitucional o Ministério Público foi alocado no Título IV “Da Organização dos Poderes”, em capítulo intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”, no qual lhe foi dedicada um Seção específica (art. 127 a art. 130-A). Nesta seção o constituinte tratou de estruturar a instituição, estipulando princípios, objetivos, funções e regras organizacionais.

O art. 127 elevou o Ministério Público a instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, dando-lhe a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis – sendo que a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis será melhor analisada no próximo tópico.

Desta forma o parquet brasileiro se tornou figura única e de extrema relevância, apta a atender os anseios de uma sociedade carente de democracia e justiça social como a brasileira.⁶

Em relação à sua natureza e regime jurídico, existem controvérsias doutrinárias, que não serão a fundo abordadas. No entanto, resta incontroverso e cristalino que o Ministério Público não se submete a nenhum dos três poderes, sendo possível afirmar ainda, que, através da Constituição cidadã, conquistou simetria com o Poder Judiciário, no sentido de lhe foram conferidos diversos princípios e garantias aplicáveis também ao Poder Judiciário. Dentre estes, é possível ressaltar a autonomia administrativa funcional e financeira (127, §2º e §3º), garantias de independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos de seus agentes (127, §1º e 128, §5º, inciso I) tornando-os independentes em suas atuações.⁷

Por conseguinte, devido ao regime jurídico delineado na Constituição, o Ministério Público é um órgão independente. Tal regime jurídico é distinto daquele que rege os Poderes constituídos por não ser o Ministério Público um poder, porém, é qualitativamente análogo por encontrar-se estruturado da mesma maneira, especialmente no tocante às autonomias, garantias e prerrogativas. Portanto, o Ministério Público apresenta posicionamento peculiar na Constituição Federal de 1988, posto que, em certos aspectos, assemelha-se aos três Poderes da República.⁸

⁴ RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 123.

⁵ GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes apud ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 71.

⁶ RITT, op. cit., p. 137.

⁷ Ibid., p. 124.

⁸ Ibid., p. 149.

A mencionada independência assim como todas as garantias, prerrogativas e princípios (unidade, indivisibilidade e independência funcional, por exemplo) que regem o regime jurídico do Ministério Público são essenciais e foram projetadas a fim de viabilizar seu protagonismo na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A este respeito, Mauro Cappelletti trata da diferença entre o Ministério Público europeu e o brasileiro, defendendo que no antigo continente a instituição não é encarada como legítima defensora dos direitos coletivos devido à independência que lhe falta bem como pela ausência de especialização de seus órgãos. Neste ponto, o jurista tece comentários positivos em relação ao parquet brasileiro:

Muito me alegra saber que tais razões do escasso de êxito dessa solução na Europa não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que sai independência foi assegurada pela Constituição, e em consequência também do fato de que em algumas cidades do Brasil se criaram seções em matéria de direitos difusos, nos quadros do Ministério Público. Fique bem claro, porém, que essas são as duas condições – independência e especialização – absolutamente indispensáveis ao êxito da solução aqui considerada.⁹

Em vista disso é que alguns estudiosos comparam o Ministério Público brasileiro à figura do “ombudsman” existente na Suécia, sendo este responsável por funções iminentemente administrativo-correcionais, enquanto o Ministério Público daquele país é quem desempenha o papel de propor ações penais.¹⁰

Logo, nota-se que as inovações trazidas ao Ministério Público pela constituinte lhe deram papel ímpar e foram fundamentais para que este pudesse desempenhar de maneira plena e satisfatória suas funções.

Consoante o exposto, e de maneira complementar, interessante ponderação de Lênio Luiz Streck:

[...] o MP, alçado à condição análoga a de um poder do Estado, figura, em face das responsabilidades que lhe foram acometidas, no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado Democrático de Direito. Os princípios e as funções institucionais que lhe dão vida afiguram-se consagrados em uma Constituição democrática, a qual, afastando-o do Poder Executivo, tornou-lhe, em uma consideração pragmática, “esperança social”. Tenha-se em mente, no particular, que no contexto em que está imersa a sociedade contemporânea, esperança social poderá significar “esperança de democracia substancial”, de redução das desigualdades

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 208, abr./jun. 1994.

¹⁰ ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 72.

sociais, enfim, esperança de justiça social ou, minimamente, esperança real e efetiva dos interesses sociais.¹¹

Ademais, há quem defenda tratar-se a existência do Ministério Público de cláusula pétrea, uma vez que o órgão integra o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988.

Numa concepção garantista do Direito, o rol do art. 60, §4º, inciso IV colaciona os direitos fundamentais como cláusula pétrea. Tal interpretação se faz ao encarar-se o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais que tem fulcro no art. 5º, §2º da CRFB, segundo o qual estão compreendidos entre estes quaisquer direitos materialmente fundamentais inscritos fora em capítulos diversos do texto constitucional ou ainda que não escritos na própria Carta.¹²

O Ministério Público desempenha papel instrumental em relação a estes direitos, configurando-se como garantia institucional e constitucional fundamental à sua efetivação, a partir do conceito material propiciado pelo art. 5º, §2º da CRFB. Desta feita, à instituição deve ser conferido o mesmo tratamento constitucional dos direitos fundamentais, o que afirma sua configuração como cláusula pétrea.

Desta forma pensa José Joaquim Gomes Canotilho: "A protecção das garantias institucionais aproxima-se da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do mínimo essencial das instituições."¹³

Tal posição nos parece correta uma vez que o Ministério Público é responsável pela defesa de direitos da maior essencialidade, sendo que estaria fadada ao colapso uma Constituição que prevê um rol tão extenso de direitos, mas que carece de agentes para realizá-los, assim, aboli-lo do ordenamento jurídico seria ilógico.

Todo o exposto coaduna com a ideia central de que ao parquet foi concedido certo protagonismo pela Constituição, e é por isso que se faz uma abordagem da Ação Civil Pública para efetivar o direito à educação básica através de sua legitimação ativa.

¹¹ STRECK, Lênio Luis apud ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 72.

¹² RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 177-179.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

3.1.1 O Ministério Público como instituição responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis

O art. 127 caput da Constituição da República Federativa do Brasil inaugura a seção dedicada a disciplinar o Ministério Público no texto constitucional, inserida no capítulo “Das funções essenciais à justiça”, cuja redação:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Deste artigo extrai-se a essência da existência da instituição no ordenamento brasileiro. Para destrincha-lo é preciso lembrar de que, conforme mencionamos no Capítulo I, item 1, a ideia de Estado Democrático de Direito está diretamente conectada à existência de uma Constituição suprema que prevê um regime substancialmente democrático, regido pelo Direito, cujo fundamento está nos direitos fundamentais da pessoa humana que deve ser efetivados.

Conforme se viu, existe no Estado Democrático de Direito brasileiro uma preocupação com a conformação de uma nova realidade social, com o atingimento de objetivos traçados expressamente (art. 3º da CRFB) e também implicitamente na letra da Lei Maior, bem como com o respeito de fundamentos (art. 1º, por exemplo) e princípios norteadores do ordenamento.

Desta forma, ao Ministério Público é conferida a função de defender a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito conforme foi descrita acima – com enfoque no respeito aos direitos fundamentais, inclusive sociais, como discorreremos longamente no Capítulo I -, não somente defender as leis em seu sentido formal, pois, se assim fosse, assim teria dito o constituinte.

Ainda, incumbe-lhe a tutela do regime democrático, o que inclui desde os dispositivos formais a respeito da democracia representativa até o conteúdo material da Constituição, conformado pelos direitos fundamentais¹⁴, e está intrinsecamente ligado à ordem jurídica, como explanado.

Destarte, para garantir de fato os direitos fundamentais - finalidade precípua do Estado Democrático de Direito – o constituinte originário precisou criar instrumentos adequados, e para isso é que compôs o Ministério Público como garantia institucional.

¹⁴ RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 159.

A respeito do regime democrático far-se-á mais uma consideração. Como nos conta a história, parece o Ministério Público estar de fato interligado com a existência de uma democracia, talvez porque nos nefastos tempos de ditadura brasileiro as funções ministeriais foram relegadas, ou mesmo pela importância que lhe deu o novo regime democrático e o papel que a instituição desempenha. Assim entende Antônio Alberto Machado:

A instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua *ratio*; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário.¹⁵

Acerca dos interesses sociais e individuais indisponíveis previstos no texto constitucional, cumpre primeiro, esclarecer do que se tratam e a após, demonstrar de que o forma deve o Ministério Público por eles zelar.

No pensar de Ada Pellegrini Grinover, os interesses sociais são interesses informais disseminados destinados à tutela da coisa coletiva, ou seja, interesses de massa que convergem para um objeto comum, exemplificado por interesses como os do consumidor, ou relativos ao meio ambiente, ou dos usuários de serviços públicos.¹⁶

Outros autores preferem identificar os interesses sociais com o interesse público primário, ou seja, o bem comum social.¹⁷ O interesse público primário é aquele que diz respeito ao interesse social geral, trata-se daquilo que é melhor para o conjunto de pessoas integrantes daquela sociedade, não se confundido com o interesse do Estado como pessoa jurídica.

Destarte, é possível concluir que incumbe ao parquet a tutela e promoção dos direitos sociais¹⁸, dentre os quais se inclui o direito à educação básica, como aprofundaremos no próximo tópico.

Por todo exposto, entende-se que o Ministério Público deve buscar contribuir para o atingimento dos objetivos traçados na Constituição pátria. Gregório Assagra de Almeida frisa

¹⁵ MACHADO, Antônio Alberto apud ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 508.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini apud FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁷ Neste sentido Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007) e Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – 15 anos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001).

¹⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 120.

que a instituição tem o papel extremamente relevante de perseguir a “[...] transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito.”¹⁹

Tal transformação da realidade social só será viável através da efetivação de direitos fundamentais sociais de massa, como o direito à educação básica, direito essencialmente mínimo que detém forte poder transformador e emancipador na sociedade.

3.2 O Ministério Público como principal legitimado para a propositura de ação civil pública na defesa do direito à educação básica

Propõe-se abordar o Ministério Público como principal legitimado para a propositura de ação civil pública na defesa dos direitos sociais coletivos, demonstrando-o como órgão apto e necessário à defesa do direito à educação básica em juízo.

Gustavo Tepedino considera o Ministério Público como principal agente na promoção dos valores e direitos indisponíveis, fato que teria lhe outorgado uma função promocional de direitos²⁰. De acordo com Teori Albino Zavascki, uma das mais proeminentes funções institucionais atribuídas pela Constituição ao Ministério Público é a de promover ação civil pública e inquérito civil para proteção dos direitos difusos e coletivos²¹, conforme se verifica da leitura do art. 129 da Constituição de 1988, *ipsis litteris*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Destaca-se que a própria Constituição Federal encara a zelo pelo cumprimento dos serviços públicos e a proteção dos interesses coletivos *lato sensu* através da promoção da ação civil pública e do inquérito civil como verdadeira função institucional, ou seja, missão a ser levada a finco pelo parquet. Tais funções foram conferidas pela Constituição, nestes moldes, unicamente ao Ministério Público.

¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 508-509.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo apud ALMEIDA, op. cit., p. 513.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 132.

Neste esteio, estas atribuições são regulamentadas e confirmadas por leis ordinárias, cite-se a Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público)²², art. 25, inciso IV²³, a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)²⁴, art. 82, inciso I²⁵ e, especialmente, a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) - que foi promulgada anteriormente à Constituição, inspirando disposições constitucionais, mas que também sofreu diversas modificações posteriores. Sobre o assunto, podemos colacionar o art. 5º da LACP:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

[...]

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

[...]

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

(grifo nosso)

Nota-se, pois, que o Ministério Público não é legitimado exclusivo para propor a ação civil pública na proteção de interesses difusos e coletivos, como ressalta o próprio §1º do art.

²² BRASIL. Lei n. 8.625, de 13 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

²³ 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; [...]

²⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

²⁵ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. [...]

129 da Constituição²⁶, e regulamenta o artigo 5º da LACP acima transcrito. No entanto, quando não propuser a ação, figurará como *custos legis*, ou seja, fiscal da lei, conforme dita o art. 5º, §1º da LACP.

É também órgão que possui a verdadeira responsabilidade de ação em prol da proteção dos direitos difusos e coletivos indisponíveis, possuindo também, assim, mais instrumentos a seu dispor a fim de facilitar e aprimorar tal tutela.

Neste sentido o art. 7º da LACP prevê que “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”. Por isto, o Parquet é a porta oficial para entrada de denúncias a respeito de fato que possam ensejar a propositura de ação civil pública.

Ademais, tamanho o envolvimento da instituição com o instituto da ação civil pública, que a lei lhe incumbiu de participar dos Conselhos previstos no art. 13 da LACP²⁷ e promover obrigatoriamente a execução que envolva direitos difusos ou coletivos, ainda que o órgão não tenha sido autor na fase de conhecimento, nos termos do art. 15: “Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.”

De maneira mais específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) valoriza a participação do Ministério Público na promoção dos direitos da criança e do adolescente. A respeito da competência do Parquet e as ferramentas que estão à sua disposição prevê o estatuto, nos arts. 201 e 210:

Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...]

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

- a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;
- b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

²⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

²⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

[...]

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e habeas corpus, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente;

[...]

XI - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

XII - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.

[...]

§ 5º Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:

- a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência;
- b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados;
- c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.

Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa.

Desta feita, cumpre frisar que em compasso com as previsões legais, a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses da Criança e do Adolescente, através das Promotorias de Justiça especializadas e outros mecanismos, é bastante notória e reconhecida na prática forense. No âmbito da educação básica não poderia ser diferente, sendo papel da instituição a promoção e fiscalização do cumprimento das políticas públicas relacionadas a este direito.

Além do mais, Cláudio Souto reforça que após a Constituição de 1988, o Ministério Público passou a ser o principal legitimado ativo do direito processual coletivo comum na defesa dos interesses sociais, deixando de ser somente o guardião da Lei (custos legis),

passando a se tornar verdadeiro guardião da sociedade (custos societatis) e do próprio Direito (custos juris)²⁸.

A este respeito, Teresa Arruda Alvim Wambier e Sérgio Shimura:

De simples fiscal da lei, o Ministério Público passou a officiar como protagonista nas demandas coletivas, mostrando à realidade que esse é o seu principal papel no contexto jurídico nacional. Hoje, não se duvida que o Ministério Público tem se revelado como a principal instituição encarregada de promover as ações coletivas, seja pela sua independência funcional e estrutural, seja pelas prerrogativas que a Constituição Federal lhe outorgou.²⁹

Nas palavras de Gregório Assagra de Almeida, essa “hegemonia” como legitimado na defesa dos interesses massificados decorre de dois fatores básicos: do perfil da instituição que foi traçado pela Constituição de 1988 (especialmente no art. 127, caput) e do exercício prático de suas atribuições constitucionais, sendo o Parquet a Instituição mais atuante na tutela dos direitos e interesses coletivos, seja por inquérito civil ou ação civil pública.³⁰

Neste seguimento é que impende ressaltar a importância do papel do Ministério Público trazido pela Constituição Federal de 1988, instituição que tem a missão institucional de proteger os interesses sociais e os direitos difusos, como o direito à educação básica.

Frente ao grave problema da falta de efetividade revela-se imprescindível a atuação do Ministério Público de forma a interceder pelo direito de educação de nossas crianças e adolescentes, de maneira coletiva, principalmente – como será posteriormente esclarecido – buscando obrigar o Poder Público a corrigir, implementar cumprir políticas públicas na área, tutelando e efetivando o direito à educação básica. Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci³¹:

O Ministério público tem a experiência mais consolidada nesse campo, graças a instrumentos instituídos pela Lei de Ação Civil Pública, o inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7347/85), e o termo de ajustamento de conduta, que tem induzido comportamentos ativos, por parte dos titulares das competências para a formulação e implementação das políticas públicas, no sentido de superar omissões, dentro dos limites concretos postos para sua ação.

O Ministério Público é o agente mais capacitado, técnica e estruturalmente falando, para tutelar a promoção de direitos difusos e coletivos.³² Deste modo, de acordo com a

²⁸ SOUTO, Cláudio apud ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 512.

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2005. p. 57-58.

³⁰ ALMEIDA, op. cit., p. 513.

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 32.

³² ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.145.

legitimidade e as atribuições conferidas pela Lei maior, este órgão deve exigir e participar na elaboração e cumprimento das políticas públicas que tratam do referido direito.

Outrossim, possui diversos instrumentos extrajudiciais exclusivos que lhe possibilitam resolver de maneira mais completa toda e qualquer questão relativa a violação de direito à educação básica, podendo agir de forma extrajudicial, conforme próximo tópico (papel resolutivo³³), e judicial, por meio de diversas ações, inclusive da ação civil pública (papel demandista³⁴). Desta forma, não tendo êxito extrajudicialmente, já tem o parquet todo o arcabouço técnico e probatório para embasar a propositura da ação civil pública.

Como mencionado por diversas vezes, um dos objetivos primordiais do Estado Democrático de Direito brasileiro é promover justiça social, buscando alcançar igualdade material através do desenvolvimento de políticas públicas de direitos sociais, ao exemplo da educação de base. Para tanto o ordenamento jurídico brasileiro consolidou diversos instrumentos normativos, objetivando a tutela de direitos sociais coletivos.

Neste íterim, ao Ministério Público foi outorgado o papel tutelar os direitos coletivos, mais especificamente, o direito à educação básica, e assim, de participar da efetivação da igualdade material na desigual sociedade brasileira. Portanto, o poder de iniciativa que detém o Ministério Público, bem como sua capacidade técnica e estrutural única lhe proporciona um papel de maior importância neste tema, devendo o Parquet encarar de frente esta missão que lhe foi dada, e desempenhar com a devida atenção sua tarefa na promoção do direito à educação básica.

3.2.1 Instrumentos extrajudiciais presididos pelo Ministério Público com destaque à importância do Inquérito Civil e da Audiência Pública

Com a finalidade de intervir no âmbito da efetivação do direito à educação, exercendo controle e fiscalização das políticas públicas na área, o Ministério Público dispõe de meios administrativos de manifestação de seu juízo, tais como requisições, recomendações e sugestões (visando soluções para melhoria do serviço público de educação básica) tanto ao Poder Legislativo quanto ao Executivo, com supedâneo nos arts. 129, incisos II e III da Constituição Federal.

³³ MACHADO, Antônio Alberto apud ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 512.

³⁴ *Ibid.*

De maneira geral, tanto na esfera federal quanto na estadual, tem prerrogativa para, de ofício ou mediante representação/reclamação, notificar os órgãos responsáveis pela prestação e aprimoramento do serviço público, bem como para prestar informações ou tomar providências, estipulando prazos sob pena de representação à autoridade competente; realizar e emitir relatórios acerca dos problemas noticiados, requisitando sua divulgação imediata; promover audiências públicas para discutir problemas no serviço público de educação básica; instaurar inquérito civil, propor compromisso de ajustamento de conduta e outros procedimentos sob sua presidência.³⁵

O inquérito civil, por sua vez, foi ferramenta instituída pela Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), de acordo com a sugestão apresentada por meio de anteprojeto criado por juristas como Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior. Esta previsto no art. 8º, § 1º da mencionada lei, cujo texto reza:

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º **O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil,** ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Após o advento da Lei de Ação Civil Pública o inquérito civil foi contemplado no art. 129, inciso III³⁶ da Constituição Federal, bem como em outras normas infraconstitucionais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei Complementar 75/93³⁷ e a Lei 8.625/93, e ainda, em matéria de direito da criança e do adolescente, no art. 201, inciso V³⁸ do ECA (Lei 8.069/90).

Conforme regulado na legislação coletiva, trata-se o inquérito civil de função investigatória exclusiva do Ministério Público, que foi posteriormente regulamentada pela

³⁵ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca apud TISSI, Raphael Ricardo. *A ação civil pública como instrumento de tutela e efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 2010. 145 f. Monografia (Especialização em Direito) – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2010.

³⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

³⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

³⁸ Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...] V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal; [...].

Resolução n. 23 de 2007³⁹ do Conselho Nacional do Ministério Público e pelas respectivas regulamentações dos Ministérios Públicos Estaduais.

O inquérito civil é procedimento administrativo investigatório inquisitivo instaurado e presidido somente pelo Ministério Público com a finalidade precípua de coletar “[...] elementos de convicção para que o Ministério Público possa identificar ou não a hipóteses em que a lei exige sua iniciativa, como para a propositura de alguma ação civil pública.”⁴⁰

Neste ponto, ressalta-se que através do inquérito civil, é possível que o membro do Ministério Público realize um diagnóstico mais preciso a respeito da situação das políticas públicas de educação básica e da demanda existentes no território a ser abrangido pela ação ou atuação do Promotor, uma vez que os poderes a ele conferidos por este instrumento favorecem a mencionada visão.⁴¹

Através do inquérito civil, além de colher elementos de prova para a propositura de uma possível ação civil pública, o Parquet pode colher estes elementos a fim de tomar algumas medidas diversas como: Compromisso de Ajustamento de Conduta, ato jurídico firmado perante o Ministério Público por meio de documento escrito pelo qual a Administração compromete-se a cessar conduta ilegal ou inconstitucional no prazo e condições negociadas⁴²; Audiências Públicas; emissão de relatórios e recomendações⁴³ (já citados acima).

Quanto às audiências públicas, estas também tem notável relevância, tendem a aprimorar a efetividade da atuação ministerial⁴⁴ na promoção da efetivação do direito à educação básica. Isto ocorre, pois, a audiência pública é ferramenta que facilita e incentiva o diálogo entre o Poder Público, o Ministério Público e a população.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 7 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.cnmpp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/501/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 223.

⁴¹ ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. *Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação básica*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011. p. 116.

⁴² FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca apud TISSI, Raphael Ricardo. *A ação civil pública como instrumento de tutela e efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 2010. 145 f. Monografia (Especialização em Direito) – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2010.

⁴³ MAZZILLI, loc. cit.

⁴⁴ ARANTES, loc. cit.

Ressalta-se que as audiências públicas podem ser realizadas pelo Ministério Público no bojo do inquérito civil, ou ainda, promovidas em meio a um processo de ação civil pública, o que tende a otimizar os resultados da ação, considerando a efetividade do direito.

Por tudo isto é que se conclui pela importância dos instrumentos extrajudiciais à disposição do Ministério Público, que possibilitam a resolução de algumas questões sem a necessidade de propositura de ação, ainda, dão maior respaldo e efetividade nas situações em que se faz necessária a propositura da ação civil pública para efetivação do direito à educação básica.

3.3 A ação civil pública como o instrumento processual adequado para a efetivação do direito à educação básica

Compulsando parte do que foi supramencionado na presente pesquisa, podemos recordar que a judicialização de uma política pública que envolve direito tão essencial quanto o direito à educação básica, a despeito de ser necessária, deve ser levada muito a sério. Dizer isto implica dizer que o controle das políticas públicas relacionadas a este direito, no tocante à otimização de sua efetividade, deve ser realizado por agente responsável, através de instrumento apto a compreender a situação como um todo, conforme a conjuntura aqui traçada.

Nesta linha, é que se vê a atuação ministerial como imprescindível, e, processualmente falando, a ação civil pública, como instrumento de direito coletivo mais adequado a esta tutela, vejamos.

Antes, cumpre ressaltar que resta claro que a atuação judicial no controle das políticas públicas tem efeitos limitados, e não é através desta atuação que o problema da educação básica e de qualquer outro direito social será de uma vez por todas resolvido no Brasil. Porém, não podemos nós juristas por esta razão cruzar os braços diante das violações a estes direitos, aguardando a boa vontade política, sendo que a Constituição e o ordenamento jurídico nos proporcionaram instrumentos suficientes para tomar providências (informação verbal)⁴⁵.

Consoante leciona Maria Paula Dallari Bucci, não se pode menosprezar a existência das ações civis públicas como forma de inclusão dos direitos sociais no cenário do Judiciário.

⁴⁵ Neste sentido discursou Maria Paula Dallari Bucci em encontro na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca – UNESP, em junho de 2015.

Segundo a autora, esta atuação, especialmente por iniciativa do Ministério Público, tem gerado um novo patamar jurídico de cidadania no Brasil.⁴⁶

Em conformidade com este pensar Luíza Cristina Fonseca Frischeisen justifica que a ação civil pública é o instrumento a ser utilizado pelo Ministério Público para a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos, por meio do qual se procura responsabilizar a Administração quando esta não adimplir com seu dever, desrespeitando o direito coletivamente considerado, impondo-lhe para tanto uma obrigação de fazer.⁴⁷ Se assim não fosse, o administrador ficaria livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive de ordem orçamentária.⁴⁸

Por sua vez, Luís Roberto Barroso explica que “[...] o sucesso institucional da ação civil pública na tutela dos interesses metaindividuais tem forçado a fronteira tradicional que separa a função judicial do espaço reservado à atuação própria do Poder Executivo.”⁴⁹

No tocante à sua regulamentação, a ação civil pública foi criada pela Lei 7.347/1985, devidamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que a complementou e erigiu-a, em conjunto com o inquérito civil, a instrumento de atuação do Ministério Público na defesa de direitos difusos e coletivos, sendo ainda, ampliada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), formando um verdadeiro microsistema de direitos processual coletivo.⁵⁰

Seu advento representou forte êxito aos direitos de massa, pois o reconhecimento de direitos difusos e universais implica na necessidade de revisão sobre o processo civil, o qual precisa aprimorar suas técnicas a fim de proporcionar a efetividade do processo como meio de realização do direito material, no caso, da tutela coletiva do direito à educação básica.

A este respeito, traz o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual⁵¹, cuja redação: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de

⁴⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33.

⁴⁷ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca apud TISSI, Raphael Ricardo. *A ação civil pública como instrumento de tutela e efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 2010. 145 f. Monografia (Especialização em Direito) – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2010.

⁴⁸ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 224.

⁵⁰ O referido microsistema é formado pelas Leis da Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo, Ação popular e Código de Defesa do Consumidor, principalmente, englobando também algumas outras legislações específicas, consoante se depreende da leitura dos arts. 21 da LACP e 90 do CDC.

⁵¹ WATANABE, 2007, p. 856 apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 29, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

propiciar sua adequada e efetiva tutela.” E neste sentido leciona ilustríssimo ministro Teori Albino Zavascki:

Ora, a ação civil pública destina-se a tutelar direitos e interesses difusos e coletivos. Há de se entender, conseqüentemente, que é instrumento com aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a proteção ao direito material da melhor forma e na maior extensão possível.⁵²

Como vimos⁵³, o direito à educação básica, apesar de sua dimensão subjetiva, é direito coletivo ou difuso, a depender da perspectiva e do caso concreto.

Considerando que no paradigma de Estado traçado pela Constituição de 1988, explanado na seção 1.1 do Capítulo 1, o papel do Estado é cumprir determinados objetivos sociais (expressos na própria Constituição e integrados a textos legais) através de políticas públicas, e que, para tanto, o Estado deve alocar seus recursos. E que desta forma, a atividade jurisdicional – que tem finalidade de pacificação social - acaba sendo convocada a solucionar conflitos, de natureza coletiva, que se relacionam justamente com o cumprimento ou não pelo Estado dos mencionados objetivos sociais incorporados ao ordenamento jurídico.⁵⁴

Verifica-se então a dimensão massificada que possui o assunto da concretização do direito à educação básica, que transcende ao interesse de um só ser humano, mas está interligado a um ideal de sociedade, a uma ideia de evolução social que a todos ou, ao menos a determinado grupo afeta. Portanto, seguindo esta linha de raciocínio, o ideal é que para efetivação de um direito que esta afeto a mais de um indivíduo, seja utilizado um instrumento de natureza coletiva.

Por isto é que alguns autores aduzem acerca da crise do modelo liberal de direito e processo fundado na ideia de direito subjetivo individual, defendendo sua insuficiência para lidar com os problemas contemporâneos⁵⁵, vez que o referido modelo tradicional/liberal é pautado na bipolaridade processual e seus efeitos são restritos às partes, o que não basta para tratar efetivamente de direitos fundamentais sociais que envolvem a conformação de políticas públicas como o direito à educação, por exemplo.

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

⁵³ Capítulo 1, seção 1.4.4

⁵⁴ SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 178-179.

⁵⁵ OST apud BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Método, 2013.

Desta forma, em se tratando de direito à educação básica, que está contido no planejamento de políticas públicas, as ações coletivas, mecanismos próprios para processamento de demandas coletivas e massificadas, são, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover “[...] o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas.”⁵⁶

Dos instrumentos processuais disponíveis no processo coletivo (Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular e Ação Civil Pública) a ação civil pública é a que se revela mais adequada para a proteção do direito em voga, posto que tem provimento jurisdicional mais amplo que as demais ações - o que está destacado nos próximos itens. Acerca disto, Osvaldo Canela Junior aduz que a Ação Civil Pública (ACP) “[...] permite a produção de provimento jurisdicional com alcance social.”⁵⁷

Ademais, a ação civil pública, conforme Ronaldo Porto Macedo Junior, além de mostrar-se mais racional e adequada na tutela de direitos sociais, funciona como verdadeiro instrumento de influência política, alargando o debate acerca das políticas públicas e, por consequência, da justiça social.⁵⁸

Para aprofundar o que foi exposto relativamente ao manuseio da ação civil pública pelo Ministério Público como instrumento de efetivação do direito à educação básica, relembremos algumas críticas e problemas da judicialização, colacionadas na seção 2.2.1 do Capítulo 2, adicionaremos outras e as relacionaremos com o manejo da ação em questão.

Em primeiro lugar, conforme já exposto, a tutela coletiva ‘e mais adequada a direitos que afetam mais de um titular, que serão implementados por meio de políticas públicas, como o direito à educação básica. Isto porque através dela ‘e possível universalizar a prestação a todos os titulares do direito que estiverem nas mesmas condições, estiverem perante violação do seu direito à educação, permitindo um provimento jurisdicional com alcance social.⁵⁹

Tal universalização viabiliza uma análise mais produtiva da situação levando em os recursos necessários para na execução daquela decisão e considerando o seu efeito sobre as políticas públicas em vigor, a fim de determinar em que medida aquela tutela é razoável ou não.

Sobre isto, Daniel Sarmento frisa que na tutela coletiva, os magistrados são obrigados a enfrentar a questão da escassez de recursos, checando o potencial de universalização do que

⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

⁵⁷ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

⁵⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto apud WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

⁵⁹ CANELA JÚNIOR, op. cit., p. 144.

foi pedido. Para ele, no julgamento de uma ação civil pública neste âmbito, o juiz é obrigado a fazer uma análise sob a perspectiva da "macrojustiça"⁶⁰.

Neste sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto advoga que “[...] deve-se ponderar se a decisão judicial seria exequível se a providência fosse universalizada”⁶¹, posto não ter o Estado recursos ilimitados. Se as demandas não apresentarem este caráter de universalização, somente aqueles que conseguiram êxito em suas demandas individuais teriam seu direito à educação efetivado, “[...] invertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais. O problema torna-se mais grave em contextos como o brasileiro, em que os mais pobres tendem a ter menos acesso à justiça.”⁶²

Assim, o caráter individual das demandas acaba por beneficiar apenas os demandantes, prejudicando àqueles que, perante o ordenamento, igualmente tem direito à educação, mas que, por diversos motivos (hipossuficiência, desconhecimento de seus direitos, impossibilidade de acesso à justiça), não vão ao Judiciário para ter seu direito efetivado, aguardando sua efetivação através das políticas públicas. É notável que os custos advindos destas demandas judiciais individuais, muitas vezes, prejudicam o investimento nas próprias políticas públicas voltadas a concretização do direito à educação básica.

Sobre a problemática, Camila Paula de Barros Gomes defende que, tratando-se de direitos sociais:

[...] não se deve buscar, de modo egoístico, a proteção judicial e concretização de um direito que beneficiará apenas aquele indivíduo que teve acesso ao Judiciário, e sim, deve-se almejar a elaboração de uma política pública, que atenda os anseios da coletividade como um todo, possibilitando a fruição de um determinado benefício por todos que dele necessitarem.⁶³

Ora, quando tratamos do direito social à educação, não podemos deixar de notar o interesse público envolvido. Do mesmo modo que não é admissível a não efetivação do direito à educação, também não é razoável que apenas aqueles que conseguem demandar judicialmente tenham seu direito concretizado e assim, acabem por macular o investimento em políticas públicas destinadas à toda a população, sob pena de ferir-se o direito à igualdade.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 584.

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 526-527.

⁶² Ibid.

⁶³ GOMES, Camila Paula de Barros. A eficácia dos direitos sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. [S.I]: Ed. Elsevier, 2010.

Isso se agrava no Brasil, onde apenas pequena parte da população tem acesso à justiça, e cria o já abordado efeito “anti-Robin Hood”⁶⁴, assim denominado por Virgílio Afonso da Silva, fazendo com que, por fim, o Judiciário fira o direito de igualdade dos cidadãos, ao invés de promover justiça social. Isto porque, consoante leciona Robert Alexy, é necessário que se dê um tratamento igual aos indivíduos desde que não haja um motivo suficiente para que haja tratamento desigual⁶⁵.

Neste caso, não há motivo suficiente para que aqueles que consigam provimentos no Poder Judiciário sejam tratados de maneira privilegiada, prejudicando os demais cidadãos contemplados pelas mesmas normas. Pelo contrário, o direito fundamental social à educação foi garantido pela Constituição Federal a fim de se promover igualdade material na sociedade brasileira.

Para Osvaldo Canela Junior o controle judicial da matéria deve ser realizado preferencialmente por meio de ações coletivas porque a ação de cunho individual, ao não produzir efeitos coletivos, deixa de realinhar corretamente as políticas públicas e leva a um paradoxo de desigualdade.⁶⁶

Neste contexto, importantíssima a atuação do membro Ministério Público que deve estar atento a estas questões e às políticas públicas existentes, utilizando-se dos meios que estão a seu dispor para detectar as necessidades educacionais que estão sob sua competência, e, sendo necessário, intentar ação civil pública representando toda a coletividade necessitada, respeitando desta forma o direito de igualdade.

Outrossim, cumpre ressaltar que, ao concentrar os problemas e violações que dizem respeito a um determinado direito, as ações coletivas nesta matéria desorganizam menos a Administração Pública, se comparadas às demandas individuais. Apesar de terem maior impacto orçamentário, a concentração dos pedidos em relação àquele direito é, neste aspecto, favorável à organização do administrador.

Por este ângulo enxerga Daniel Sarmento:

[...] a multiplicação de decisões em casos individuais, muitas vezes desencontradas, pode criar um cenário caótico para O administrador, comprometendo a possibilidade do Estado de implementar com eficiência as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população. Sob este ângulo o tratamento judicial coletivo é preferível, por reduzir a entropia e fornecer critérios claros e gerais para a eventual correção das políticas públicas, visando à sua adequação à Constituição.⁶⁷

⁶⁴ Conforme p. 59 deste trabalho.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 585.

Outro ponto positivo da ação civil pública é que em seu bojo se faz possível a discussão de questões técnicas pertinentes à Administração Pública, ampliando o diálogo institucional. O trabalho pré-processual realizado pelo Ministério Público só vem a enriquecer o mencionado diálogo e aprimorar os resultados da ação.

Consoante expõe Cláudio Pereira de Souza Neto, o mencionado diálogo institucional é de extrema importância quando se envolve decisões buscam prestações do poder público, pois estas devem ser “[...] constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá.”⁶⁸

Portanto, a ação civil pública propicia este diálogo, bem como uma instrução processual mais abrangente, de forma a fornecer ao magistrado da causa elementos mais completos sobre a demanda que envolve a implementação e execução das políticas públicas. Em decorrência disto, tendo o juiz maiores informações acerca dos problemas que circundam este provimento jurisdicional tão complexo, pode o juiz decidir de maneira mais eficaz e especializada.⁶⁹

Nesta continuidade, através da ação civil pública é possível desenvolver de maneira mais satisfatória uma análise sobre o impacto orçamentário daquele provimento jurisdicional, sob uma perspectiva macroscópica da justiça.

Como mencionado, a despeito do maior impacto econômico que se tem *a priori* na ação coletiva, o que se vê, na realidade, é que com a concentração do problema em uma só ação (ou poucas ações) é possível diminuir este impacto e racionalizar melhor o dinheiro que foi gasto, a fim de que seja gasto de maneira mais efetiva.

Enquanto que nas ações individuais, os custos de cada uma em separado, parecem ser insignificantes, no entanto, quando somados, nota-se que há também um relevante impacto orçamentário, sendo que, muitas vezes, nas decisões de ações individuais, gasta-se de maneira menos efetiva. Ainda, como se não bastasse, o Judiciário mostra-se mais “generoso” às concessões nas ações individuais, o que gera um absurdo contrassenso.⁷⁰

⁶⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 546.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 585.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 583.

Tais afirmações são feitas com respaldo em algumas pesquisas, cite-se a pesquisa empírica desenvolvida por Carolina Martins Marinho no âmbito da tutela judicial do direito à saúde, que chegou à seguinte conclusão:

O presente estudo leva-nos a concluir que a tutela individual do direito à saúde [o que aconteceu em 84,7% dos casos analisados] não é a mais adequada, pois desconsidera sua natureza [coletiva]. As decisões judiciais analisadas, que concederam ou confirmaram a concessão de medicamentos solicitados pelo autor da ação individual, desprezaram em sua quase totalidade os efeitos que gerariam para além do processo. O tratamento individual de um conflito de natureza coletiva provoca distorções sociais e econômicas. Não se tem em mente que a questão é a disputa por recursos escassos (orçamento) destinados a políticas públicas que concretizam direitos sociais.⁷¹

Ao defender a efetivação de direitos sociais de forma coletiva, Camila Duran-Ferreira entende que esta é a forma mais responsável de fazê-lo, uma vez que, por envolver a conformação de políticas públicas, necessita de uma reflexão mais profunda. Assim:

O tratamento judicial responsável referente a direitos sociais exige reflexão em tomo das ações governamentais, suas possibilidades e suas razões, sob pena de, com a adoção mal informada ou equivocada de premissas de justiça social e moralidade, desfigurar políticas públicas, agravando o quadro de déficit social. Indispensável, portanto, que o Judiciário traga para seu campo de análise, os impactos socioeconômicos, a realidade das políticas públicas, bem como a natureza coletiva dos conflitos envolvendo alocação de recursos públicos.⁷²

Diante de todo o exposto no presente item, relevantes as sintéticas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto:

Embora possam ocorrer decisões judiciais em litígios individuais — como, de fato, vem ocorrendo —, há várias razões para que se priorizem as ações coletivas: (a) As decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalização 'da prestação. Não são atendidos apenas os envolvidos diretamente no processo, mas todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições. (b) As decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública. É claro que podem alterar os rumos da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras. Mas não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador. (c) Nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos. Antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes - podem ser devidamente examinados. (d) A priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil. (e) A priorização de ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais. (f) Nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso,

⁷¹ Algumas destas pesquisas foram colacionadas no Capítulo 2, seção 2.2.2, supra.

⁷² DURAN-FERREIRA, Camila apud BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Método, 2013. p. 51-52.

o impacto da política no orçamento. Grande parte das objeções acima formuladas perde densidade quando as decisões judiciais são proferidas em ações coletivas.⁷³

Apesar de, na prática forense, verificarmos a predominância de ações individuais nota-se a necessidade de mudança desta cultura a fim de concretizar de maneira mais eficaz o direito à educação básica. Neste contexto se insere o protagonismo do Ministério Público como legitimado ativo principal na defesa dos direitos sociais e coletivos, dispondo de instrumentos adequados à tutela destes interesses, dos quais se destaca a ação civil pública.

3.3.1 A ação civil pública como o instrumento de tutela do direito à educação básica: delimitando o objeto de controle das políticas públicas

Em sua obra⁷⁴, Ana Paula de Barcellos diferencia e delimita diferentes espécies e modalidades de controle judicial de políticas públicas, ressaltando cinco elementos das políticas públicas passíveis de controle jurisdicional:

(i) a *fixação de metas e prioridades* por parte do Poder Público em matéria de direito fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) *do resultado final esperado* das políticas públicas em determinados setor. No segundo grupo, é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) *a quantidade de recursos a ser investida*, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) *o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público*; e (v) *a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos* destinados a determinada finalidade.⁷⁵

Dado ao tipo de instrumento de efetivação do direito à educação que se propõe na presente pesquisa, qual seja a ação civil pública, abordaremos somente a modalidade de controle denominada pela jurista de “controle *do resultado final esperado* das políticas públicas em determinados setor”, que, segundo ela, se ocupa em adentrar ao conteúdo das políticas públicas em si, e que pode ser muito bem desempenhado por meio da ação civil pública.⁷⁶

Quando se fala em resultado esperado das políticas públicas está se falando sobre o status esperado caso a política pública estivesse totalmente bem sucedida, ou seja, se as

⁷³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 543.

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 129-131.

crianças e adolescente pudessem obter a fruição do bem da vida educação básica, conforme previsto no art. 208 caput e incisos da Constituição Federal.

Neste sentido entende Ana Paula de Barcellos, ao defender que a definição do resultado esperado das políticas públicas de educação é desprovida de maiores complexidades, uma vez que, além de ser o direito à educação direito subjetivo, a própria Constituição, no mencionado artigo, se encarregou de descrever especificamente como direitos determinados serviços educacionais.⁷⁷

Portanto, ao abordar o controle deste resultado esperado abordam-se problemas correntes que demonstram a ausência de efetivação do direito à educação de nível básico no Brasil, como a ausência de vagas nos diferentes níveis de ensino que compõem a educação básica, falta e infraestrutura nas escolas, falta de material escolar apropriado, baixa qualidade do ensino, sem a exclusão de outros.

3.4 Questões processuais correlatas

Passaremos a analisar as questões processuais que envolvem o manejo da ação civil pública pelo Ministério Público como instrumento de tutela e efetivação do direito à educação básica.

3.4.1 Competência

Acerca da competência para propositura de ação civil pública, determina o art. 2º da Lei nº 7.347/85:

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão **propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.** Parágrafo único **A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo** para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a **mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.** (grifo nosso).

Nota-se que o legislador menciona que o juízo do local onde ocorrer o dano terá competência funcional para processar e julgar a causa. Ao estabelecer a qualificação da competência como territorial-funcional e intenção do legislador foi assentar o interesse

⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 118.

público presente na condução das demandas pelo órgão judicial mais próximo dos fatos, aquele que teria melhores condições de avaliar o dano coletivo.

Boa parte de doutrina⁷⁸ entende que ao prever hipótese de competência funcional-territorial buscava o legislador estipular hipótese de competência territorial absoluta, inderrogável, a qual se denominou funcional.

O Código de Defesa do Consumidor por sua vez, veio complementar a LACP, dispondo da seguinte maneira acerca da competência:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

A competência da Justiça Federal ressalvada neste artigo define-se *ratione personae*, ou seja, pela condição da União ser ou não parte do processo⁷⁹, ou ainda entidade autárquica ou empresa pública de nível Federal, sendo que se presentes, a competência se desloca à Federal, e se ausentes, a competência permanece na Justiça comum estadual. Como o foco dado na pesquisa é para as ações que incluem no polo passivo Municípios e Estados, pela própria divisão de responsabilidade efetuada pela Constituição Federal nos art. 211 e parágrafos, a competência da Justiça Federal não será aprofundada.

Ademais, a respeito do inciso II do art. 93 do CDC, que estatui a competência do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional - aplicando as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente-, impende ressaltar que parte da doutrina defende existir um conflito entre este e o artigo 2º da LACP (que prevê a competência no foro do local onde ocorrer o dano).

Ada Pellegrini Grinover et al., por exemplo, defende que neste caso não é possível realizar uma interpretação integrativa dos dois dispositivos.⁸⁰ Não há unanimidade acerca da questão, mas da leitura da doutrina majoritária e jurisprudência, entende-se que o inciso II do artigo 93 do CDC deve ser aplicado à Ação Civil Pública no caso de ocorrência de dano regional ou nacional.

⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 65-84.

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos: 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 256.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 730.

Ademais, a questão da competência está diretamente conectada à legitimidade nas ações civis públicas, posto que, havendo legitimidade do Ministério Público Federal, e, propondo este órgão a ação, fixa-se a competência da Justiça Federal. No entanto, a questão da legitimidade é posterior à fixação da competência, sendo que a legitimidade deve ser apreciada pelo juiz competente, e a fixação da competência se dá, neste caso, pela natureza do órgão que a propõe. Da mesma forma, em sendo a demanda proposta pelo Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, a competência para apreciá-la será da Justiça Estadual.

Para ser competente para verificar quem propôs a demanda, MPF ou MPE, após a fixação de competência é que o juiz competente para aquela causa apreciará a legitimidade da parte, verificando, neste caso, se está dentro das atribuições do Ministério Público proponente atuar naquele caso concreto.⁸¹

3.4.2 Legitimidade

Conforme previsão do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública⁸², a legitimidade ativa na ação civil pública foi concedida ao Ministério Público, à Defensoria Pública, aos entes Federativos, às autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, e ainda, às associações que cumpram requisitos de pré-constituição e pertinência temática.

⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos: 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 258-259.

⁸² Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

[...]

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

[...]

Em decorrência da integração legislativa própria do direito processual coletivo, o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor acrescenta órgãos ou entidades ainda que sem personalidade jurídica, como legitimados ativos.

A legitimação ad causam na ação civil pública é, para a grande maioria da doutrina⁸³, legitimação extraordinária, através da qual o sujeito ativo pleiteia em nome próprio direito alheio⁸⁴, como verdadeiro substituto processual⁸⁵, em consonância com o art. 18 caput e Parágrafo Único do Novo Código de Processo Civil⁸⁶.

Ainda, a legitimidade ativa é autônoma (por estar o legitimado legalmente autorizado a conduzir o processo independentemente do titular do direito), exclusiva (uma vez que apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal, desejando o titular do direito participar da relação processual, e cumprindo os requisitos, será assistente litisconsorcial), concorrente (por haverá co-legitimação) e disjuntiva (pois apesar de concorrência, os legitimados são sempre independentes entre si para propor a ação).

Diante da legitimidade concorrente disjuntiva prevista no ordenamento, eventual litisconsórcio a ser formado será sempre facultativo. A respeito do litisconsórcio facultativo, o art. 5º, § 5º da Lei de Ação Civil Pública autoriza o litisconsórcio ativo entre Ministérios Públicos.

Para o Ministério Público não se exige pertinência temática ou qualquer requisito no tocante à legitimidade, sequer o da representatividade adequada, pois a própria Constituição fixou sua vocação para a propositura da ação nas hipóteses previstas, fazendo parte da “essência de sua finalidade institucional a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁸⁷, o que gera verdadeira presunção constitucional de legitimidade.

⁸³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 63-138.

⁸⁴ Existe uma teoria minoritária da “legitimação autônoma para a condução do processo”, que foi trazido do Direito alemão pelo Prof. Nelson Nery e é seguida por alguns doutrinadores. Esta teoria defende que não se pode dizer que o legitimado da ação coletiva vai à juízo pleitear direito alheio por não ser possível identificar o titular deste direito. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1319).

⁸⁵ ZAVASCKI, op. cit., p. 76.

⁸⁶ Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial. (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 maio 2016).

⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2005. p. 56.

Para o eminente Ministro Teori Albino Zavascki a legitimação do Ministério Público é ampla e irrestrita, só havendo limitação no tocante à natureza do bem tutelado⁸⁸ caso ele seja individual homogêneo.⁸⁹ Sobre isto continua:

Não é assim tão ampla e incondicionada a legitimação das pessoas de direito público referidas na Lei de Ação Civil Pública (União, Estados, Municípios)⁹⁰. É que a legitimação ativa deve ser associada, necessariamente, ao interesse de agir. “Para propor ou contestar ação”, diz o art. 3.º do CPC, “é necessário ter interesse e legitimidade”. **No caso do Ministério Público, o interesse na defesa de direitos difusos e coletivos se configura pela só circunstância de que ela representa o cumprimento de suas próprias funções institucionais. É diferente, entretanto, com os demais legitimados, cujas funções primordiais são outras e para as quais a atuação em defesa de direitos transindividuais constitui atividade acessória e eventual.** Embora sem alusão expressa no texto normativo, há, em relação a eles, uma condição de legitimação implícita: não é qualquer ação civil pública que pode ser promovida por tais entes, mas apenas as que visem tutelar direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com interesses da demandante.⁹¹

Como demandante da ação civil pública não pode o Ministério Pública desistir da demanda nem transacionar, ainda, se houver desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público está obrigado a assumir a titularidade ativa, nos termos do § 3º do art. 5º da LACP⁹².

Por óbvio, por agir o parquet como substituto processual, defendendo em nome próprio direitos da coletividade, não está autorizado a dispor nem materialmente nem processualmente destes direitos, conforme lecionam Antônio Augusto Mello de Camargo, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior⁹³. Portanto, no processo coletivo, o Ministério Público está sujeito ao princípio da indisponibilidade da ação, significando que, presentes os pressupostos para sua propositura, deve propô-la, e ao propô-la, não pode desistir dela, em regra.

Na esteira do pensamento de Hugo Nigro Mazzilli, somente será cabível a desistência nas hipóteses em que houver fundada razão para tanto, em interpretação analógica à

⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 75.

⁸⁹ Existe grande discussão acerca da possibilidade de tutela pelo Ministério Público de direitos individuais homogêneos, uma vez que a Constituição menciona somente os de natureza difusa e coletiva. Atualmente está praticamente pacificado o entendimento de que o parquet tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de direito individual homogêneo indisponível. No entanto, como o direito à educação básica, na forma que está sendo abordado na presente pesquisa não se encaixa na categoria de individual homogêneo, não adentraremos a este mérito.

⁹⁰ A obra é anterior à inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura da ação civil pública, mas, seguindo a lógica, esta também se faz incluída como ente com legitimação condicionada e mais restrita.

⁹¹ ZAVASCKI, loc. cit. (grifo nosso).

⁹² § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

⁹³ Ferraz, Milaré e Nery Júnior (1984 apud MORAES, Voltaire de Lima. A ação civil pública e a tutela do meio ambiente. *Ajuris*, v. 13, n. 37, p. 214, 1986).

desistência das associações legitimadas prevista no art. 5º, § 3º da LACP. Isto porque, se nos casos do mencionado parágrafo o parquet não está obrigado a assumir a titularidade, também não estaria ele, como demandante, obrigado a prosseguir. Porém, ressalta-se que estas hipóteses de desistência fundada devem ser tratadas como exceções cuja interpretação deve ser realizada de modo restrito⁹⁴.

Outrossim, pela mesma razão, por ser o Ministério público mero substituto processual dos direitos da coletividade, não se admite a celebração de transação no bojo da ação civil pública. Conforme a tradicional definição de Pontes de Miranda, transação é negócio jurídico bilateral que importa sempre em concessões recíprocas⁹⁵, não podendo o parquet dispor em nenhum grau do direito material que não lhe pertence.

Situação diferente é a celebração de compromisso ou termo de ajustamento de conduta, previsto pelo próprio ordenamento no art. 5º, § 6º da LACP, pois através de sua celebração não há concessão a respeito do direito material⁹⁶, tão somente viabiliza-se a melhor forma de realizar o cumprimento da prestação a fim de garantir maior proteção possível do direito coletivo posto em litígio.

Para Teori Zavascki para definir a legitimidade das ações civis públicas no âmbito do Ministério Público, é imprescindível analisar a repartição institucional das atribuições da instituição. Nesta esteira, seguindo-se os princípios constitucionais de repartição de competências, é de esfera estadual toda a matéria residual, aquela que não for conferida pelo ordenamento jurídico ao ente federal, sendo que a Lei Complementar 75/93 deve ser interpretada deste modo.⁹⁷

Portanto, no tocante ao ajuizamento de demandas a repartição entre os órgãos do Ministério Público deve ser compatível com a distribuição de competência dos órgãos do Poder Judiciário.

Ao Ministério Público da União caberá, além das ações civis públicas que envolvam matéria de justiça especializada (do Trabalho), todas as que devam ser promovidas perante órgãos judiciários da União (tribunais superiores) e da Justiça Federal, portanto, haverá ingerência do Ministério Público da União em matéria especializada ou quando houver

⁹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁹⁵ MIRANDA, Francisco C. Pontes de apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 148.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 150.

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos: 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 259-260.

interesse federal na demanda. Ainda, há competência do Ministério Público Federal em razão da matéria nos casos do artigo 109 da Constituição Federal.⁹⁸

Desta feita, à luz do critério constitucional de repartição de atribuições esboçado, tem o Ministério Público estadual e do Distrito Federal atribuições residuais, cabendo ajuizar ação civil pública acerca de matérias não compreendidas no âmbito das atribuições do Ministério Público da União.

Quanto à legitimidade passiva não há, em regra, limitações. Podem figurar no polo passivo da demanda aqueles que concorrerem direta ou indiretamente para a lesão ou ameaça de lesão ao direito tutelado.⁹⁹

No caso em tela, como o foco do trabalho é na efetivação judicial do direito à educação básica a ser fornecida pelo Estado, figurarão no polo passivo os entes Federativos responsáveis pela violação decorrente da ausência de efetividade das políticas públicas na área, podendo ser, conforme previsão do art. 211 caput e parágrafos da Constituição Federal¹⁰⁰, Estados ou Municípios.

3.4.3 Objeto, pedido e causa de pedir

Seguindo os ensinamentos de Candido Rangel Dinamarco¹⁰¹, segundo o qual o objeto do processo é a pretensão a um bem da vida, o objeto da ação civil pública em comento é a pretensão de satisfação do direito à educação básica, representado pela realização daquele aspecto da política pública no caso concreto.

⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos: 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 260-261.

⁹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 353.

¹⁰⁰ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular. (grifo nosso).

¹⁰¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

O pedido, por sua vez, é a forma através da qual se pretende a efetivação do direito à educação, no caso concreto. Ou seja, o pedido é uma maneira de dar eficácia social material à satisfação do bem da vida.¹⁰²

Por exemplo, nos casos em que o Ministério Público busca o aumento da oferta de vagas de creche ou pré-escola para suprir o déficit de vagas em um Município, por meio da construção de nova escola, o objeto do processo é a satisfação do direito à educação, enquanto o pedido é a criação destas vagas através da construção de nova escola, que irá satisfazer a latente violação ao direito à educação das crianças do hipotético Município.

Neste contexto Osvaldo Canela Junior aduz que é preciso permitir conferir plasticidade aos provimentos jurisdicionais, no sentido de que deve-se buscar a adaptação do veículo de efetivação proposto sempre que ficar demonstrado no processo que de outra forma o provimento atenderá melhor à realização do direito. Para ele, tal criatividade jurisdicional deve visar a supressão de desigualdades e a alternativa mais eficaz no caso concreto.¹⁰³

Ademais, no tocante à mencionada plasticidade do provimento, é relevante que, na no momento da decisão, o magistrado considere os argumentos trazidos à baila pela Administração Pública e todos os elementos probatórios constantes na instrução processual.

Por outro lado, cumpre salientar que a lesão ou ameaça de lesão ao bem da vida/objeto do processo, ou seja, direito fundamental social à educação, é que cria o dever de o Ministério Público agir em sua defesa, acionando o Poder Judiciário.

Esta lesão pode se dar por completa omissão no desenvolvimento da política pública ou ainda, por ato omissivo ou comissivo do Estado que cause desigualdade social na fruição dos serviços públicos fornecidos para a satisfação da educação¹⁰⁴, possibilitando a cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Desta feita, nota-se que a causa de pedir da ação civil pública aqui esboçada é a ação (comissiva ou omissiva) do Estado que viola o direito à educação, integrando assim as políticas públicas. Conseqüentemente, uma defesa ao dispor do Estado consiste em provar que desenvolveu de forma efetiva a respectiva política pública e que a fruição do bem da vida está a disposição de todos os sujeitos de direito, sem distinção alguma que gere qualquer ordem de desigualdade entre eles.¹⁰⁵

¹⁰² CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 152.

¹⁰³ Ibid., p. 154.

¹⁰⁴ Ibid., p. 155.

¹⁰⁵ Ibid., p. 156.

Por fim, diga-se apenas de passagem, o fundamento jurídico do pedido está contido no art. 6º, art. 208, I, ambos da Constituição Federal e art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

3.4.4 Sentença e coisa julgada

Conforme leciona Osvaldo Canela Junior, o Poder Judiciário analisará de fato as políticas públicas em dois momentos específicos, quais sejam, na fase declaratória do direito fundamental violado, e na fase de cumprimento de sentença¹⁰⁶. Isto significa que, para o autor, independentemente da possibilidade de futura execução da medida, a lesão ao direito, se existente, deve ser declarada por sentença.

A fim de verificar se houve esta lesão analisar-se-á a conduta do Poder Público no tocante às políticas públicas desenvolvidas na área, constatando se elas atendem ou não os objetivos constitucionais e legais através do fornecimento da fruição do bem da vida pelos sujeitos de direito. Em sendo inadequadas, omissas, ou seja, não servindo aos fins a que se destinam e não atingindo seu resultado esperado, devem ser realinhadas e corrigidas pelo provimento jurisdicional.

De acordo com mencionado jurista, “[...] após o transito em julgado da sentença, novos parâmetros deverão ser observados pelo Estado-juiz, agora fundamentados no comando judicial.” Portanto, no cumprimento de sentença é que de fato serão realinhadas as políticas públicas. Prosseguindo, advoga que “Desta distinção resulta a conclusão de que o Poder Judiciário não poderá paralisar a atividade declaratória do direito fundamental violado sob o fundamento de que esbarra em limitações à efetivação do provimento jurisdicional.”¹⁰⁷ A questão relativa ao cumprimento da sentença será analisada mais adiante.

O provimento jurisdicional na ação civil pública que busca efetivar direito à educação deve apresentar certa plasticidade, ou seja, certa adaptabilidade, pois ao prover o bem da vida - no caso o direito à educação -, interfere o Poder Judiciário na esfera das políticas públicas, de forma que este Poder passa a refletir a vontade criativa do Poder Executivo e assim, também deve pautar-se na máxima eficiência e proporcionalidade das medidas.

Portanto, de maneira mais concreta, se o meio eleito pelo Ministério Público na propositura da ação para efetivação do direito à educação mostrar-se, no decorrer da instrução processual, como menos eficiente do que outros apresentados pelo Poder Público, nada

¹⁰⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 149.

impede que, diante da plasticidade do provimento jurisdicional, encontre o juiz a melhor alternativa para a efetivação do direito em comento no caso concreto.

No tocante ao conteúdo decisório, defende que, sempre que possível, a decisão deverá determinar de que forma realizar-se-á a prestação do direito. Em matéria de educação, por exemplo, se a ação busca a satisfação do direito à educação fundamental através da construção de uma escola, deve a sentença dizer sobre o referido pedido de maneira mais específica possível, a fim de que “[...] resem poucos atos de materialização a serem ultimados, não se permitindo novas delongas previsíveis na cadeia lógica-consequencial, tais como eventuais deliberações legislativas e executivas de alto conteúdo discricionário.”¹⁰⁸

Neste ínterim, Fernando Facury Scaff classifica as sentenças que determinam o gasto de dinheiro público como aditivas. Em seu trabalho, busca demonstrar que as sentenças aditivas com efeitos imediatos causam grandes distorções nas contas dos entes Federativos, e, ao invés de corrigirem problemas, “tapam o sol com a peneira”, ao tirar dinheiro público de uma destinação pré determinada para alocar no cumprimento da decisão.¹⁰⁹

Diante disto, entende o jurista que as sentenças aditivas idealmente deveriam prever efeitos mediatos, ou seja, vincular a previsão orçamentária, para que se destine futuramente ao atendimento daquele direito¹¹⁰, causando menor impacto na organização das políticas públicas e resolvendo de maneira mais efetiva o problema.

No entanto, como se nota, não é esta a postura que vem sendo adotada pelos Tribunais brasileiros. O STF, por exemplo, tem atribuído efeito imediato a estas sentenças.¹¹¹ Desta feita, aduz-se que é preciso uma mudança de postura, mudança esta que coaduna com todo o exposto e buscado na presente pesquisa, que busca delinear um controle judicial racional e proporcional das políticas públicas de educação básica.

Por outro lado, mister se faz analisar os efeitos da coisa julgada na ação em comento. A coisa julgada no processo coletivo segue regime especial, o que traz ao próprio processo coletivo um forte diferencial em relação ao processo civil comum. Os limites subjetivos da coisa julgada no processo coletivo podem ir muito além das partes do processo.

¹⁰⁸ CANELA JÚNIOR. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹⁰⁹ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 142.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 141.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 149.

A este respeito Gregório Assagra de Almeida:

A coisa julgada coletiva é um dos principais institutos do *direito processual coletivo*, pois é por seu intermédio que ocorrerá a pacificação social de forma potencializada. [...] é por seu intermédio que esse novo ramo do direito processual concretiza as finalidades do Estado Democrático de Direito.¹¹²

Mais especificamente em relação à ação civil pública, o art. 16 da Lei 7.347/1985 tem a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Primeiramente, no tocante ao trecho em que o dispositivo determina que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* “exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas”, caso em que, havendo nova prova, qualquer legitimado poderá propor ação idêntica, a legislação prevê espécie da denominada coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis* (de acordo com o resultado da prova).

Ou seja, a norma sujeita os efeitos da coisa julgada ao resultado da lide, buscando impedir que os titulares do direito se vejam prejudicados pela forma de condução do processo pelo legitimado ativo que demandou em juízo como substituto processual e não foi capaz de produzir provas suficientes para obter o provimento favorável. Assim sendo, haverá coisa julgada *erga omnes* na ação civil pública, desde que esta não seja julgada improcedente por insuficiência de provas.

Todavia, como se lê na primeira parte do art. 16, o legislador buscou limitar territorialmente a coisa julgada *erga omnes* à competência do órgão prolator da decisão. Lamentavelmente tal alteração na redação do artigo foi confeccionada por meio da Medida Provisória n. 1.570-5/97¹¹³.

A referida limitação que se pretende com a mudança na redação do artigo se mostra um completo absurdo, posto que a jurisdição é una. No texto, houve uma confusão entre limites da coisa julgada com competência territorial, que nada tem a ver com a imutabilidade da sentença. Não bastasse a anomalia, materialmente falando, a mudança foi feita por Medida

¹¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.554.

¹¹³ BRASIL. Medida Provisória n. 1.570-5, de 21 de agosto de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 ago. 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1570-5.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

Provisória, que alterou uma lei vigente desde 1985, desatendendo seu pressuposto de urgência, o que fere um pressuposto formal exigido pela Constituição.

Em conformidade com este pensar, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery aduzem que a aplicação da alteração legislativa seria inconstitucional e ineficaz, uma vez que viola os princípios do direito de ação e da proporcionalidade e ainda, confunde de maneira grosseira limites subjetivos da coisa julgada com jurisdição e competência. Para ambos, na prática da ação civil pública, é preciso seguir com a aplicação dos arts. 18 da LACP e 103 do Código de Defesa do Consumidor, que integra o microsistema de processo coletivo¹¹⁴, conforme rezam os arts. 21 da LACP e 90 do CDC.

Por sua vez, o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor trata de maneira completa a matéria dos limites subjetivos da coisa julgada:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
 I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
 II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
 III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
 § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.
 § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

O inciso I disciplina a coisa julgada quando o direito material tutelado no processo ou o pedido do processo for relativo a um direito difuso. Neste caso, a coisa julgada será *secundum eventum probationis* (segundo o resultado da prova). Em sendo a demanda julgada improcedente por insuficiência de provas, ela não fará coisa julgada para todos os interessados, titulares do direito. Se a demanda for julgada procedente, ou improcedente por qualquer outro fundamento, a coisa julgada atingirá a todos.

O inciso II disciplina a coisa julgada quando o direito material tutelado no processo ou o pedido do processo for relativo a um direito coletivo em sentido estrito. Assim, a coisa julgada será *secundum eventum probationis* (segundo o resultado da prova). Em sendo a demanda julgada improcedente por insuficiência de provas, ela não fará coisa julgada para

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 1539.

todos os interessados, titulares do direito. Se a demanda for julgada procedente, ou improcedente por qualquer outro fundamento, a coisa julgada atingirá a todos aqueles titulares do direito pertencentes ao grupo, categoria ou classe (ultra partes). Aqui, a coisa julgada segue regime diferente do *erga omnes*, pois está limitada ao grupo, categoria ou classe, não podendo ser estendida a toda a comunidade de pessoas como na tutela dos interesses difusos.

Ainda, para os direitos coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A doutrina acredita que o artigo acima transcrito deve ser aplicado a todas as ações coletivas, através da inteligência do art. 81 do CDC, por haver erro de referência em sua confecção legislativa.¹¹⁵ Desta forma, para beneficiar-se do provimento coletivo o autor de eventual ação individual da mesma matéria deve requerer a suspensão de sua ação no prazo de trinta dias após tomar ciência da ação coletiva.

Diante de todo o exposto conclui-se que o regime da sentença e coisa julgada no processo coletivo, apesar de demonstrar algumas falhas e controvérsias se mostra adequado à tutela do direito à educação básica. Ainda, no tocante aos efeitos da sentença, defende-se que as sentenças aditivas geradas pela ação que se aborda no presente trabalho, devem possuir efeitos mediatos a fim de melhor solucionar os problemas do caso concreto, respeitando assim as leis orçamentárias e interferindo de maneira menos incisiva na atividade administrativa, assim como veremos nos exemplos práticos acostados adiante.

3.4.5 Execução

Dado o trânsito em julgado da sentença, nesta deve o magistrado basear-se a fim de dar concretude ao provimento jurisdicional. Assim, “[...]o cumprimento de sentença significa o início da prática dos atos de realinhamento coercitivo das políticas públicas”¹¹⁶, ou seja, esta fase processual é que causará o verdadeiro impacto nas políticas públicas e que promoverá o direito tutelado.

¹¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 559.

¹¹⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149.

Através do cumprimento de sentença o direito à educação básica violado pelo Estado será inserido na agenda pública, proceder-se-á vinculação orçamentária para a concretização do provimento jurisdicional no tempo.¹¹⁷ Conforme aduz Osvaldo Canela Junior, a mencionada vinculação do orçamento “[...] ajusta-se ao plano do cumprimento de sentença e será matizada pelo princípio da proporcionalidade”, de forma que o direito fundamental violado seja gradualmente efetivado. Ainda segundo o jurista, o princípio da proporcionalidade deve pautar todo o processo executivo, de forma a conferir razoabilidade na eleição dos meios executivos.¹¹⁸

Em relação às questões estritamente processuais, a lei de ação civil pública faz poucas menções à fase do cumprimento de sentença, com algumas previsões nos arts. 11, 13, 14 e 15. O art. 11 faz previsão genérica acerca da possibilidade de execução e cominação de multa pelo descumprimento:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Portanto, as disposições existentes na legislação processual coletiva (incluindo-se o Código de Defesa do Consumidor), são insuficientes para determinar o procedimento de execução. Desta forma, durante o cumprimento de sentença as sentenças proferidas em Ação Civil Pública estão sujeitas à aplicação das regras processuais do Código de Processo Civil, previstas no art. 513 e seguintes, excetuadas peculiaridades inerentes à transindividualidade do direito a ser efetivado¹¹⁹, devendo ser pautada nos princípios que regem os direitos coletivos, quando possível.

Na fase de execução, dado o procedimento comum utilizado, a natureza transindividual do direito tutelado implica apenas em duas principais peculiaridades: a questão da legitimidade, pois, em se tratando de satisfação de direito sem titular determinado, o cumprimento de sentença ocorrerá em regime de substituição processual; caso haja condenação em dinheiro, este valor será destinado a um Fundo, gerido por um Conselho, que

¹¹⁷ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 152.

¹¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 81.

conta com participação obrigatória do Ministério Público e membros da comunidade¹²⁰, conforme art. 13 da LACP.¹²¹

De maneira mais específica, no tocante ao manejo da ação civil pública que visa efetivar direito à educação básica, a sentença, via de regra, exigirá, ou o pagamento de quantia certa pela Fazenda Pública, ou a obrigação de fazer ou não fazer, situações disciplinadas respectivamente, pelos artigos 534/535 e 536/538 do Novo Código de Processo Civil.

Diante do exposto, afere-se que a legislação processual coletiva carece de normas específicas de cumprimento de sentença, uma vez que, dada a peculiaridade da espécie de provimento judicial concedido, certas vezes, não se demonstram perfeitamente adequados os instrumentos processuais do procedimento comum. Neste sentido defende-se que tal desenvolvimento é necessário para a construção de um processo mais efetivo, “[...] capaz de produzir resultados concretos e adequados aos interesses aos quais está direcionado a proteger.”¹²²

3.5 Análise de casos bens sucedidos de utilização da ação civil pública proposta pelo Ministério Público como instrumento de efetivação do direito à educação básica

A fim de demonstrar de que forma a presente pesquisa se aplica na prática, elegemos duas decisões retiradas da jurisprudência pátria que tratam de casos interessante do manejo da ação civil pública como o instrumento processual de tutela e efetivação judicial do direito à educação básica.

Com isso, pretende-se demonstrar de que maneira se desenvolve a ação, bem como que, da forma como abordamos, o instrumento processual coletivo da ACP é instrumento processual disponível e adequado para a efetivação do mencionado direito coletivo, por promover justiça e igualdade material, por se mostrar mais amplo para o conhecimento e discussão da matéria de políticas públicas no âmbito judicial e aberto a outras questões tratadas.

¹²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 81.

¹²¹ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

¹²² SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 89.

3.5.1 Associações x Município de São Paulo. Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002¹²³.
Oferta de vagas em creche pré-escola

No presente caso houve a propositura de ação civil pública a fim de efetivar o direito à creche de crianças no Município de São Paulo.

A Ação Civil Pública foi ajuizada, em 05/09/2008, pelas associações Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS”, em face da Municipalidade de São Paulo, pleiteando, no mérito, obrigação de fazer consistente na construção de creches para atender 736 crianças; a obrigação de fazer consistente na apresentação de Plano de Ampliação de Vagas e de Construção; a obrigação de fazer consistente na ampliação de vagas e construção de creches, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação; tudo isto sob pena de multa diária não inferior a R\$ 10.000,00; por fim, indenização às crianças cujo direito à educação tem sido violado, por danos morais e materiais difusos.

Em sede de primeiro grau, o feito foi julgado extinto sem resolução do mérito, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, pois os pedidos invadiriam a discricionariedade atribuída ao Poder Executivo. Após a interposição de recurso, foi dado prosseguimento ao feito no juízo *a quo*.

Em 9.1.2012, com fulcro no artigo 330, I, do CPC, o feito foi sentenciado, julgando extinta a demanda em relação a 736 crianças que já haviam obtido vagas, e, quanto aos demais pedidos (obrigação de fazer, multa e indenizações) julgou improcedente, nos termos do artigo 269, I, do CPC, condenando, ainda, as autoras em sucumbência.

No juízo *ad quem* houveram diversas tentativas de conciliação que restara infrutíferas. O eminente desembargador relator Samuel Júnior entendeu, de maneira pioneira, pela necessidade de convocação de audiência pública, na qual foram ouvidas as partes deste processo, especialistas em educação infantil, bem como representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública.

¹²³ Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002. Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme. Publ. 16/12/2013. (SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2016).

Desta forma, foram fornecidos maiores subsídios para que o Poder Judiciário manifestasse sua decisão de forma mais acertada, considerando-se todas as complexas questões envolvidas no controle judicial de políticas públicas.

Após, foi proferida decisão no recurso de Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, tendo a sentença sido parcialmente reformada, conforme ementa:

Apelação de sentença que julgou improcedente ação civil pública proposta com objetivo de obrigar a Municipalidade de São Paulo a propiciar educação infantil a 736 crianças, bem como ampliar a oferta de educação infantil, mediante construção de unidades escolares suficientes para atender toda a demanda oficialmente cadastrada, e ainda a indenizar aquelas não atendidas por danos morais e materiais difusos, como forma de reparação dos prejuízos sociais e econômicos causados pela omissão estatal. Inexistência de perda superveniente do objeto da ação - Direito das crianças à educação infantil consagrado na Constituição da República e no Estatuto da Criança e Adolescente, correspondendo a obrigação prioritariamente do Município. **Dever do Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, de exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes a sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder, pois a questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável Jurisprudência - Omissão do Município de São Paulo reconhecida. Apelo julgado parcialmente procedente para obrigar o Município de São Paulo a criar novas vagas em creches e em pré-escolas, no prazo fixado e em número suficiente para atender toda a demanda cadastrada, propiciando ensino dentro de padrões de qualidade; obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; obrigar o Município de São Paulo a apresentar, no prazo estipulado, plano da ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, bem como apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada.** (Brasil –TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 – Apelantes: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS” – Apelado: Município de São Paulo - Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme – j. 16.12.2013) (grifo nosso).

A decisão proferida, apesar de ser apta a gerar grande impacto econômico no orçamento público, foi cautelosa no sentido de permitir a programação do Município para que atendesse à demanda no lapso temporal estipulado, determinando que o Município incluísse o aumento da rede educacional em sua proposta orçamentária seguinte. Assim, a execução da decisão prolongou-se no tempo.

Interessante ainda colacionar trecho final da decisão proferida no acórdão, *ipsis litteris*, uma vez que traz rica contribuição no tocante à forma da sentença proferida, que se

adequa ao mérito no caso concreto, e faz previsões acerca do cumprimento da sentença. Vejamos:

X - Destarte, a decisão que julgou improcedente a ação civil pública é reformada, de forma a:

1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação. 2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada 3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item “1”. 4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item “1”. A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado. Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade. Uma vez ordenada prestação de informações pela Municipalidade de São Paulo, bem como o acesso a elas que terão os órgãos referidos, não há razão para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas e, com sugerido pelas apelantes em memorial, o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor, sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar *astreintes* para compelir os responsáveis a cumprir as determinações. **XI** Em conclusão, dou parcial provimento ao recurso.¹²⁴

Nota-se que a postura adotada pelo nobre julgador coaduna inteiramente com o abordado na presente pesquisa, demonstrando ser a intervenção judicial necessária e adequada no caso concreto, de forma que a decisão proferida resguarda o direito material coletivo de educação básica ao grupo de crianças atendidas pelo Município de São Paulo.

¹²⁴ TJSP - Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002. Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme. Publ. 16/12/2013.

3.5.2 Ministério Público do Estado de São Paulo x Município de Santo André. RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)¹²⁵. Criação de vagas em creches e escolas municipais

A Ação Civil Pública foi proposta pelo Ministério Público de São Paulo com o fim de assegurar a criação de vagas em creches e escolas municipais para matrícula de crianças incluídas ou não em lista de espera, a partir do ano letivo seguinte, pena de condenação ao pagamento de mensalidades escolares em entidades particulares.

O Recurso Especial foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao Agravo de Instrumento do Município de Santo André, mantendo o despacho saneador que rejeitou preliminar de impossibilidade jurídica do pedido alegada pelo Município requerido. Julgado, o recurso especial não foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual proferiu acórdão cuja ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DIREITO A CRECHE E A PRÉ-ESCOLA DE CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. LESÃO CONSUBSTANCIADA NA OFERTA INSUFICIENTE DE VAGAS. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, **trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde.** 3. **O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.** 4. **Cabe ao Parquet ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA.** 5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada. 7. **No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração**

¹²⁵ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6). Relator: Min. Herman Benjamin. Publ. 24/09/2009. Dec. 15/12/2009.

Pública. 8. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei. 9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao due process e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica. 10. Recurso Especial não provido. (Brasil – STJ – 2ª Turma – Recurso Especial nº 440.502 - SP – Recorrente: Município de Santo André – Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo - Relator: Ministro Herman Benjamin – j. 15/12/2009).¹²⁶

Como se nota, no acórdão foi destacada a importância peculiar dada pela Constituição ao direito à educação básica, que é tratada como absoluta prioridade em seu texto. Ainda, remete o acórdão ao papel do Ministério Público como órgão responsável pela tutela dos direitos coletivos *stricto sensu*, relativos à infância e à adolescência, ressaltando que cabe ao *parque* ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o referido direito à educação de crianças e adolescentes.

Também relevante o excerto do acórdão que integra o voto do relator, Ministro Herman Benjamin, que foi seguido pelos demais julgadores e aduz:

Além de colocar - e não sem razão - os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, **importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental.** Note-se que, de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. **O montante da verba orçamentária mínima (o legislador poderá estabelecer valores superiores), seguramente representando a maior fatia do orçamento público, demonstra a importância atribuída à educação. No 3º do mesmo artigo, encontra-se, por sua vez, regra que prioriza a distribuição dos recursos para o ensino obrigatório (fundamental). [...]Tudo isso demonstra inequivocamente a impertinência, no que diz com um direito subjetivo ao ensino fundamental público gratuito, também dos argumentos relativos à reserva do possível e da incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria.** As regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição.

Com apoio na argumentação desenvolvida, parecem-nos viáveis, ao menos em princípio, as alternativas sugeridas por Luís R. Barroso, que, **na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, no caso de inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores, etc.), considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder**

¹²⁶ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6). Relator: Min. Herman Benjamin. Publ. 24/09/2009. Dec. 15/12/2009. (grifo nosso).

público, restando, ainda, a insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão, que, no entanto - como bem reconhece o autor - não tem o condão de substituir adequadamente a falta de estudo.¹²⁷

Em seu voto o eminente Ministro trata da prioridade constitucional conferida ao direito à educação fundamental, destacando as vinculações orçamentárias previstas, afastando desta forma a incidência da reserva do possível no caso e ainda, discorre sobre a plena possibilidade de apreciação judicial da matéria, apontando as possíveis soluções que podem ser obtidas através do provimento jurisdicional.

3.5.3 Comentários acerca da pesquisa jurisprudencial

Na busca perante a jurisprudência notou-se que a principal barreira é a cultura jurídica de concessão dos pedidos nas ações individuais e julgamento de improcedência nas ações coletivas, devido a seu aparente impacto econômico. Como foi citado ao decorrer do trabalho, os Tribunais parecem ser “mais generosos” nas ações individuais do que nas ações coletivas, o que se mostra um verdadeiro contrassenso.

Desta forma, apesar de o impacto econômico da ACP coletiva ser maior, esta ação resolve o problema daquela localidade de maneira significativamente mais efetiva, acarretando uma otimização do gasto de dinheiro público uma vez que dentro do bojo da ação é possível planejar e discutir melhor as necessidades e o planejamento estatal, bem como decidir de forma a incluir na receita orçamentária a previsão de custeio, traçando metas para a execução da sentença. Assim, não apenas se “tapa o sol com a peneira”, mas se executa, dentro do Poder Judiciário, uma política pública que por essência deveria ter sido previamente realizada pelo Poder Executivo.

Contudo, os julgados colacionados tiveram a intenção de demonstrar de que forma é possível modificar a cultura jurídica ainda existente e assim, respeitando-se a proporcionalidade e os demais preceitos do ordenamento jurídico tratados na presente pesquisa, tutelar o direito à educação básica através da ação civil pública proposta especialmente pelo Ministério Público.

Isto porque, com o manejo destas ações coletivas é possível promover igualdade material, ao oposto do que ocorre quando da propositura de ações individuais visando efetivar o direito à educação, pois estas, muitas vezes, fazem com que os judicantes “furem a fila”, avançando à frente em filas de espera em vagas de escolas e creches, por exemplo.

¹²⁷ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6). Relator: Min. Herman Benjamin. Publ. 24/09/2009. Dec. 15/12/2009. (grifo nosso).

Por isto é que se frisa a importância da atuação de associações e, especialmente, do Ministério Público na propositura de ações civis públicas que visam a efetivação do direito à educação básica, de maneira a tutelar o direito coletivo de crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

Analisou-se a efetivação do direito à educação básica através do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito colimado pela Constituição Federal, bem como da efetividade das normas constitucionais.

O Estado Democrático de Direito busca conjugar a supremacia da Constituição, a democracia, a soberania popular e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais.

Neste ínterim a Constituição determinou como fundamentos do Estado a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III), e como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, incisos I e III), consagrando assim a promoção de justiça social como forma de alcançar o ideal da igualdade material através do desenvolvimento de políticas públicas de direitos sociais, ao exemplo da educação de base.

Para tanto garantiu direitos sociais vinculativos, atribuindo-os autoaplicabilidade. Ao direito à educação básica foi conferida grande importância na medida em que este direito é um grande instrumento de promoção de igualdade material. Não há que se falar em cidadania e dignidade da pessoa humana sem que seja oportunizada educação básica.

O sistema educacional previsto na Constituição Federal conta com a gratuidade e obrigatoriedade da educação, de forma que é obrigatória ao Estado, que deve necessariamente oferecê-la de maneira universal àqueles que buscarem o ensino. Tal sistema conformou o caráter essencialmente coletivo do direito à educação básica.

Outrossim, como vimos, o direito à educação é um direito a prestação estatal, que pressupõe alocação de recursos. No Estado brasileiro os direitos a prestação realizam-se essencialmente por meio das políticas públicas a serem desenvolvidas pelos poderes executivo e legislativo.

Neste contexto notamos que no Brasil atual, por diversas razões, as políticas públicas de educação básica demonstraram-se insuficientes para garantir os vastos direitos previstos na Constituição Federal. A educação básica não é priorizada e frequentemente nos deparamos com problemas que demonstram o abismo entre a teoria constitucional e a realidade social, sendo corrente a ausência de vagas nos diferentes níveis de ensino que compõem a educação básica, a falta e infraestrutura nas escolas, falta de material escolar apropriado, baixa qualidade do ensino, dentre outros problemas.

Diante da ineficiência e omissão estatal cresce o fenômeno chamado de judicialização, o qual desloca o polo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos poderes

Legislativo e Executivo, para o âmbito do Judiciário, ou seja, que leva problemas políticos ao Poder Judiciário. Juntamente com isto emergem inúmeros problemas de ordem financeira, estrutural e técnica, problemas estes, que não são capazes de coibir a atuação judicial, mas devem ser considerados na escolha de meios para lidar com tal atuação.

Portanto, concluiu-se que o Poder Judiciário é legítimo para deliberar sobre estas questões quando provocado, sendo que sua ingerência é mais do que legítima, tanto formalmente, devido princípio da inafastabilidade da jurisdição, quanto materialmente, uma vez que possível o controle judicial da discricionariedade administrativa.

A apreciação judicial das omissões do poder público nas políticas públicas em matéria de direito à educação básica não fere a separação dos poderes, pelo contrário, faz parte do sistema de freios e contrapesos arquitetado para o Estado Democrático de Direito atual. A reserva do possível não é, a priori, óbice à efetivação do direito à educação básica, direito prioritário essencial à existência digna, mas a questão orçamentária é relevante e deve ser considerada no bojo do processo.

Superada esta questão, buscou-se verificar qual seria a melhor forma de efetivação judicial do direito à educação básica. Considerando os problemas de ordem técnica e prática apresentados, tais como a ponderação de questões orçamentárias, o âmbito da cognição judicial, a promoção de (des)igualdade, elegeu-se a ação civil pública como instrumento de direito coletivo apto à realização deste direito.

Diante disto, ainda sob o novo contexto constitucional, demonstrou-se que o Ministério Público passou a ostentar posição única no ordenamento jurídico, sendo-lhe conferidas diversas prerrogativas e novas funções. Assim, pois, a Lei maior acompanhou as transformações sociais e outorgou ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), bem como definiu como funções institucionais o zelo pelo cumprimento dos serviços públicos e a proteção dos interesses coletivos lato sensu através da promoção da ação civil pública e do inquérito civil (art. 129, II e III).

Destarte, o Ministério Público deve buscar contribuir para o atingimento dos objetivos traçados na Constituição pátria, com a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito, através da promoção dos direitos sociais de massa. O órgão possui verdadeira responsabilidade de ação em prol da proteção dos direitos difusos e coletivos indisponíveis, possuindo também, mais instrumentos a seu dispor a fim de facilitar e aprimorar tal tutela (inquérito civil, audiência pública, ação civil pública e outros).

Consoante à ação civil pública consignou-se estar claro que a atuação judicial no controle das políticas públicas tem efeitos limitados, e não é através desta atuação que o problema da educação básica no Brasil será de uma vez por todas resolvido. Porém, não se pode cruzar os braços diante das violações a este direito, aguardando a boa vontade política, sendo que a Constituição e o ordenamento jurídico nos proporcionaram instrumentos suficientes para tomar providências.

Por conseguinte, a ação civil pública é o instrumento a ser utilizado pelo Ministério Público para a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos, por meio do qual se procura responsabilizar a Administração quando esta não adimplir com seu dever, impondo-lhe para tanto uma obrigação de fazer.

Seus atributos processuais a transformam num instrumento adequado para a proposta, de sorte que diversos problemas e críticas advindas da judicialização da política podem ser minimizados com a sua propositura.

No âmbito do processo é possível a realização de um diálogo institucional entre os envolvidos naquela política pública, o Judiciário e o Ministério Público, sendo possível ainda realizar a análise da questão colocada em juízo sob a perspectiva da macrojustiça, vislumbrando o potencial de universalização do que foi pedido e considerando os efeitos práticos da decisão no orçamento público.

Ademais, através desta ação coletiva é possível promover de maneira mais completa, justa e igualitária a realização do direito à educação, uma vez que o provimento jurisdicional atingirá a todos.

À vista disso e de todo o exposto depreende-se que a ação civil pública proposta pelo Ministério Público está juridicamente apta a efetivar o direito à educação básica, e ainda, é instrumento adequado considerando seus efeitos práticos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AGRA, Walber de Moura. Comentário ao art. 1º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

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

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. *Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação básica*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Método, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47588/45167>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, p. 83-103, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 21 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONTEMPO, Alessanda Gotti. Os direitos sociais e a discricionariedade do administrador na implementação de políticas públicas. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2.

_____. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm>. Acesso em: 29 maio 2016.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 jul. 2014.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 5 mar. 2015.

_____. Lei n. 8.625, de 13 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 14 abril 2016.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

_____. Medida Provisória n. 1.570-5, de 21 de agosto de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 ago. 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1570-5.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 maio 2016

_____. *Superior Tribunal de Justiça*: jurisprudência. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 17 maio 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. *Supremo Tribunal Federal*: processo. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. (Org.). *Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 205-220, abr./jun. 1994.

CAVALCANTE, Meire; MARANGON, Cristiane. A educação nos Tribunais. *Revista Educação*, São Paulo, 10 set. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaeducacao.com.br/a-educacao-nos-tribunais/>>. Acesso em: 21 out. 2015.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)consitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 139, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 7 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/501/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica no Brasil. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 80, p. 168-200, set. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12929.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos. A judicialização das políticas públicas como garantia da efetividade do direito à educação infantil. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2.

DUARTE, Leonardo Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the constitution*. New York: Oxford University Press, 2005.

FERRAGINI, Albino. *O Ministério Público e a garantia judiciária dos direitos fundamentais sociais e o controle da omissão inconstitucional da administração pública*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang; Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GOMES, Camila Paula de Barros. A eficácia dos direitos sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa, PORTO, Otávio H. M., OLIVEIRA, Rafael S. L (Coord.). *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, campus jurídico, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

_____. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos estatais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao art. 206. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público* (Ministério Público defensor do povo). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyam; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA Luciana Camila de. **O Mínimo Existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Brasília, DF, [201-]. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em: 8 jul. 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

MILARÉ, Édís (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Voltaire de Lima. A ação civil pública e a tutela do meio ambiente. *Ajuris*, v. 13, n. 37, p. 214, 1986

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. San Salvador, 17 nov. 1998. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 2.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier : Campus Jurídico, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: jurisprudência: súmulas*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?=16>>. Acesso em 30 jan. 2016.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. Introdução. Constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista. Conclusão. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus. *Anais....* Manaus: Ed. UEA, 2006. p. 3.802-3.822.

SACCO, Ricardo Ferreira. *Constitucionalismo e Ministério Público: uma visão panorâmica*. Belo Horizonte: Mandamentos : FHC : FUMEC, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

_____. Comentário ao art. 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*. [S.l., 200-]. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul : Livraria do Advogado, 2006. v. 1. t. 1.

TISSI, Raphael Ricardo. *A ação civil pública como instrumento de tutela e efetivação dos direitos fundamentais sociais*. 2010. 145 f. Monografia (Especialização em Direito) – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de ordem orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2005.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competência? Uma ressalva à teoria da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.