

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

A CONCRETIZAÇÃO RESPONSÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS: constitucionalização das políticas públicas,
reserva do possível e ponderação social na educação.

MIGUEL SLHESARENKO JUNIOR

Brasília – DF

2010

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**A CONCRETIZAÇÃO RESPONSÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS: constitucionalização das políticas públicas,
reserva do possível e ponderação social na educação.**

Miguel Shessarenko Junior

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção
do título de mestre.

Orientador: Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes.

Brasília – DF

2010

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

A CONCRETIZAÇÃO RESPONSÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS: constitucionalização das políticas públicas,
reserva do possível e ponderação social na educação.

Miguel Shessarenko Junior

Orientador: Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes (IDP)

Banca:

Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)

Professor Doutor Marcelo Dias Varella (UniCEUB)

*A Denise, mulher da minha vida, fonte
de contínua inspiração e amor, sem ter fim...*

RESUMO

Esta dissertação analisa os aspectos relevantes que permitem um melhor controle judicial excepcional das políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais sociais, com enfoque na educação. A constitucionalização das políticas públicas, o conhecimento das limitações da reserva do possível e a ponderação social criam um ambiente favorável à concretização responsável dos direitos sociais. No Estado Constitucional Democrático brasileiro encontram-se em contínua relação os direitos humanos fundamentais, a democracia e a jurisdição constitucional, impulsionando a força normativa dos direitos sociais e a cidadania participativa e reivindicatória. As singularidades do direito fundamental social à educação, com princípios expressos, deveres estatais prestacionais reconhecidos, garantias, universalização e progressividade conferem-lhe plena eficácia, exigibilidade e preferência nas colisões principiológicas. A reserva do possível perde sua força diante da constitucionalização das políticas públicas educacionais e da sua excepcional vinculação orçamentária. A eficiência e a economicidade apresentam-se como importantes modalidades de controle e justiciabilidade para definirem-se os fatos relevantes na ponderação social. Precedentes do Supremo Tribunal Federal são analisados, evidenciando-se a ponderação utilizada para concretizar o direito social à educação. A contribuição do controle judicial das políticas públicas ao processo democrático e a atuação extrajudicial dos atores jurídicos envolvidos, com o esgotamento preventivo dos elementos fáticos, garantem aos direitos sociais educacionais força normativa crescente e perspectivas futuras de maximização.

Palavras chave: direitos sociais – políticas públicas – reserva do possível – ponderação social – jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This dissertation analyses relevant aspects that allows an accurated exceptional judicial control on public policies to implement fundamental social rights, emphasizing on education. Constitutional treatment of public policies, reserve of the possible limitations and social balancing stimulate realization of social rights. In Brazilian Democratic Constitutional State, fundamental human rights, democracy and constitutional review are strongly linked, what makes social rights' normative strength and participative and demanding citizenship move forward. Particularities of education as a constitutional social right which includes written principles, state positive actions, guaranties, universalization and progressivity create a system of liability, effectiviteness and preference in principle collisions. Reserve of the possible becomes a weaker argument when it faces constitutional treatment of educational public policies and its exceptional budgetary subjection. Efficiency and economicity are important instruments for social and juridical control in order to define what facts are indeed relevant in social balancing. Precedents from Brazilian Supreme Court (the *Supremo Tribunal Federal*) are examined in order to explain how balancing is used to realize social right to education. The contribution of judicial control on public policies to democratic process and extrajudicial actions intending to a preventive closure of factual elements ensure growing normative strength to social educational rights and increase its future perspectives.

Keywords: social rights – public policies – reserve of the possible – social balancing – jurisdictional review.

SUMÁRIO

Introdução	9
Capítulo I – A evolução dos modelos de Estado e de sua finalidade social: a cidadania participativa e reivindicatória no Estado Constitucional Democrático.	14
1.1. Aportes necessários.	15
1.1.1. A evolução constitucional social brasileira.	16
1.1.2. A Constituição como reguladora do Estado	22
1.1.3. O conceito e a compreensão da Constituição	25
1.1.4. O Poder constituinte, o Poder reformador e a legislação ordinária: o compromisso pela manutenção permanente dos direitos sociais.	29
1.2. A formulação e o aperfeiçoamento do Estado Social	34
1.3. O Estado Constitucional Democrático	38
1.4. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito no Brasil ..	42
1.5. Implicações dos paradigmas: a potencialidade da cidadania participativa e reivindicatória.....	49
Capítulo II – Direitos Fundamentais Sociais: os desafios prestacionais do Estado diante da singularidade e efetividade do direito à educação no sistema constitucional brasileiro.	54
2.1. Historicidade e dimensão social	56
2.2. Fundamentalidade dos direitos sociais: a constitucionalização e seus efeitos	58
2.3. Função específica e ambivalência: o status negativo e o status positivo	60
2.4. Regime especial e estrutura: os princípios e as regras	62
2.5. O direito prestacional em sentido estrito: o direito fundamental social e a necessidade de ponderação	65
2.6. O sistema constitucional social brasileiro	70
2.6.1. Eficácia imediata e perenidade	72
2.6.2. Vedação de retrocesso e de proteção insuficiente.....	75
2.6.3. O mínimo existencial: o ponto de partida social	78
2.7. A Constituição Educacional: singularidades	81
2.7.1. O direito social à educação: qualidade distintiva fundamental	84
2.7.2. A garantia do padrão mínimo de qualidade educacional: progressividade e otimização	89
2.8. Obstáculos e desafios a sua efetividade e concretização.....	94
2.8.1. Da separação rígida de poderes à harmonização e cooperação pedagógica de tarefas e atividades: a educação entre os poderes constitucionais.....	94
2.8.2. De uma programaticidade simbólica à efetividade principiológica	

preponderante: Constituição eficazmente dirigente	97
2.8.3. Os obstáculos fáticos da reserva do possível	101
Capítulo III – A Reserva do Possível e a justiciabilidade das políticas públicas: orçamento, eficiência e economicidade.	103
3.1. Compreensão do tema: as possibilidades fáticas	103
3.2. A mundialização dos direitos humanos sociais: a mitigação da reserva do possível nos Estados Constitucionais Democráticos.	109
3.3. O precedente 33, 303, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht): numerus clausus.	113
3.4. A constitucionalização das políticas públicas: o fundamento de legitimidade.....	117
3.4.1. O custo de todos os direitos fundamentais como dimensão economicamente relevante: as prioridades orçamentárias	120
3.4.2. O limite do financeiramente possível: o orçamento e o mínimo existencial	123
3.4.3. Eficiência e economicidade: modalidades de controle e justiciabilidade	127
3.5. O ativismo ministerial: o esgotamento dos aspectos fáticos por meio da ponderação social ou preventiva	134
3.6. O controle judicial excepcional: a implementação das opções democraticamente estabelecidas	141
Capítulo IV – Jurisdição Constitucional e a concretização dos direitos fundamentais sociais: elementos para o juízo de ponderação responsável do direito à educação.	150
4.1. A concretização constitucional.....	153
4.2. Restrições à discricionariedade do intérprete	156
4.3. O guardião da Constituição	159
4.4. A ponderação dos direitos fundamentais sociais: a estratégia de Robert Alexy	161
4.5. A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais: tratamento diferenciado à educação.....	169
4.6. O juízo de ponderação do Supremo Tribunal Federal e o direito social à educação: o caso do Ag. Reg. no RE nº 410.715/SP e a STA nº 241/RJ. .	171
4.7. A transformação dos direitos fundamentais sociais pela Jurisdição Constitucional: a contribuição da justiciabilidade das políticas públicas educacionais para o processo democrático.....	179
Conclusões.....	183
Referências	189

Introdução

Um dos principais vícios do jurista consiste na separação da Constituição em duas partes, uma política e outra jurídica, propenso a conferir maior importância a esta, em nome da pureza normativa, da segurança ou da estabilidade das regras constitucionais. Essa compreensão, no entender de Paulo Bonavides, faz com que o jurídico passe a predominar sobre o político no tratamento das crises e na solução dos problemas do ordenamento fundamental¹.

Dentre esses problemas, destaca-se a concretização dos direitos fundamentais sociais, capaz de beneficiar indistintamente toda sociedade, mas, ao mesmo tempo, de provocar os mais acalorados debates políticos, democráticos, teóricos e judiciais.

A melhor e mais adequada compreensão para a concretização dos direitos sociais não estaria necessariamente unindo aquelas duas facetas, em verdadeira conformação político-jurídica?

Como materializar essa conformação na excepcional atuação da jurisdição constitucional, nos momentos de omissão ou ineficiência prestacional do Estado, para uma legítima ponderação responsável e posterior contribuição ao processo democrático?

Esses questionamentos serão os condutores desta dissertação, centrada no sistema constitucional brasileiro, cujo problema fundamental em relação aos direitos sociais, em especial a educação, não é mais o de justificá-la, mas sim o de protegê-la e, hoje, concretizá-la responsabilmente².

Nesta dissertação não se pretende justificar um Estado judicial, mas um Estado Constitucional Democrático fundado nos direitos sociais, de grande densidade e irradiação, como parâmetro para a cidadania participativa e

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 190 e 192.

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23. Parte-se do questionamento enfrentado por Bobbio sobre os fundamentos dos direitos do homem, ao assim registrar: "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".

reivindicatória.

O objetivo principal da presente dissertação é a construção de uma abordagem teórica e constitucionalmente adequada para a concretização responsável dos direitos sociais, questão essencial do constitucionalismo brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1934.

A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais consiste na observação das opções democraticamente definidas para as políticas públicas constitucionalizadas, na mitigação da reserva do possível como fator de progressividade e realização, bem como no esgotamento dos aspectos fáticos em ponderação social ou preventiva, sopesando-se previamente os bens e princípios jurídicos em jogo (os princípios da democracia, da separação de poderes, da reserva do possível, da dignidade social humana, do padrão mínimo social, da economicidade e da eficiência).

A construção teórica desta dissertação caracteriza-se pela intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais como excepcionalidade.

Mesmo quando necessária, pela sua inafastabilidade constitucional, defende-se a verificação, no caso concreto a ser analisado, de vários elementos legitimadores: se houve a correta elaboração orçamentária, se os instrumentos democratizantes e extrajudiciais foram utilizados, se a opção adotada observou a economicidade e a eficiência (juridicidade), se é possível a prestação e os aspectos relevantes do caso, como pressupostos à correta e responsável atividade judicial.

Essa será a principal preocupação teórica: a questão da efetividade dos direitos sociais não é uma questão do Poder Judiciário, mas sim, precipuamente, do Poder Executivo e do Legislativo, na elaboração, definição e execução das políticas públicas constitucionalizadas, em atendimento às reivindicações sociais, conferindo ao processo o necessário fundamento democrático.

Na hipótese de se verificar a omissão, a inadimplência ou a ineficiência estatal, estará o controle judicial autorizado para excepcionalmente, mas com observância das opções democraticamente estabelecidas, determinar-se com

responsabilidade a implementação das políticas públicas. Trata-se de um exercício pedagógico, como educação entre os Poderes, necessário em um Estado Constitucional Democrático.

Destaca-se a contribuição democrática que a justiciabilidade dos direitos sociais confere ao sistema, pois isto significa que a tarefa dos outros Poderes não se verifica adequadamente: a realização dos direitos sociais se demonstra ineficiente enquanto o controle judicial estiver atuando.

Essa atividade judicial contribui, ainda, para o aperfeiçoamento da gestão, da ampliação e da criação de políticas públicas, como resposta do sistema político e social às demandas judiciais.

Em matéria de direitos fundamentais sociais, a busca de sua efetividade e concretização não pode deixar de lado o fundamento democrático, pois foi exatamente por opção do constituinte que a Constituição de 1988 possui tamanha preocupação com esses direitos, a ponto de se garantir instrumentos materiais e processuais de efetivação, em que a atividade jurisdicional, também por sua opção, intervém somente na hipótese de lesão ou ameaça a direito, restando claro sua nítida intervenção subsidiária.

Para isso adota-se como referencial e ponto de partida, objeto do primeiro capítulo, o conceito material de Constituição, o papel constitucional e social do Estado contemporâneo e o paradigma do neoconstitucionalismo, colocando a Constituição de 1988 como protagonista normativo essencial e existencial do Estado Constitucional Democrático brasileiro. Parte-se de uma abordagem política do tema, como seu pressuposto necessário.

Esse pensamento constitucional da efetividade social implicará em mudança de paradigmas e de opções diante do quadro fático que se encontra o Poder Judiciário, quando de sua excepcional atividade.

Especificam-se no segundo capítulo os elementos constitutivos dos direitos fundamentais sociais plasmados no texto constitucional, em abordagem doutrinária, com foco no direito à educação, caracterizando-o no sistema, com análise de seus principais elementos e dos seus essenciais desafios de concretização, como a teoria da reserva do possível.

Justificativa comumente utilizada para não se realizar os direitos sociais

reconhecidos pelo constituinte de 1988 analisa-se no terceiro capítulo a teoria da reserva do possível e suas especificidades, para desmistificar sua abrangência e restrições (abordagem fática). Utilizam-se referências em importantes declarações mundiais para justificar-se a sua mitigação em prol dos direitos humanos sociais.

Dentre os atores jurídicos envolvidos na concretização dos direitos sociais, destaca-se o papel do Ministério Público, com a incumbência constitucional de defender o regime democrático e os interesses sociais, o que refletirá na sua responsabilidade e compromisso de utilizar adequadamente todos os instrumentos extrajudiciais à sua disposição, esgotando-os, se necessário, para estimular a cidadania ativa, participativa e reivindicatória, em verdadeira ponderação preventiva ou social dos interesses e princípios em jogo para, caso seja inevitável, contribuir com a ponderação judicial.

Após a definição e especificação teórica acerca da efetividade dos direitos sociais e suas possibilidades fáticas, evidencia-se a sua concretização pela Suprema Corte brasileira no quarto capítulo, verificando-se uma aproximação com as ideias construídas nesta dissertação, bem como prognoses para os próximos anos (abordagem jurisprudencial).

Definem-se e especificam-se, assim, os elementos necessários para uma ótima preponderância dos interesses e direitos sociais em conflito e sua eficiente e espontânea solução. Na impossibilidade desta, contribui-se decisivamente para a ponderação responsável da jurisdição, ao esgotar-se os elementos fáticos necessários.

Robert Alexy será a linha teórica mestra da dissertação, pela sua referência conceitual sobre Estado Constitucional Democrático, direitos fundamentais sociais, jurisdição constitucional e ponderação. Utiliza-se, ainda, como referência teórica as obras de Ana Paula de Barcellos, de Ingo Wolfgang Sarlet, de Paulo Bonavides e de Paulo Gustavo Gonet Branco.

Busca-se, com a presente dissertação, uma resposta adequada à questão relevante do constitucionalismo brasileiro da efetividade social e suas prognoses, sobre os elementos e limites à excepcional atuação jurisdicional na concretização responsável dos direitos sociais e sua contribuição democrática.

A metodologia desenvolvida no presente trabalho foi do tipo bibliográfica, com o emprego de métodos descritivos e de análise qualitativa, utilizando-se de dados secundários (obras jurídicas e jurisprudência), com a pesquisa delimitada às edições mais recentes dos autores, bem como da análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal relacionados aos questionamentos do tema.

O enfoque do presente trabalho é analítico, com perspectiva essencialmente dogmática (enfoque dogmático-analítico) e dimensão empírica no exame da aplicação do tema tratado nesta dissertação pelo Supremo Tribunal Federal.

Capítulo I – A evolução dos modelos de Estado e de sua finalidade social: a cidadania participativa e reivindicatória no Estado Constitucional Democrático.

A contemporaneidade entre os direitos humanos fundamentais³ e os modelos de Estado ao longo do processo histórico-constitucional, permite focar na evolução de sua finalidade social o ponto de principal destaque para o entendimento da efetividade dos direitos sociais no constitucionalismo atual.

Partindo-se dessa mudança de paradigma estatal perante o indivíduo e a sociedade, com o aperfeiçoamento contínuo da cidadania diante das sucessivas exigências sociais e suas contingências, é que se torna possível a compreensão final da concretização responsável dos direitos sociais, como inerente à atualização do compromisso constitucional, por meio da ponderação⁴.

Essa abordagem conceitual prévia evidencia-se necessária na medida em que o entendimento sobre o Estado social, o Estado Constitucional Democrático, o Poder Constituinte, a concepção material da Constituição e a

³ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho a terminologia politicamente correta é “direitos humanos fundamentais”, título inclusive de sua obra pioneira *Direitos Humanos Fundamentais* (10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14). Ingo Sarlet, no entanto, faz uma precisa distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” esclarecendo que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.29). Para Sarlet, o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” busca ressaltar a conexão íntima entre direitos humanos e direitos fundamentais, mas atenta para o fato de não existir uma identidade necessária (elenco de direitos humanos e fundamentais reconhecidos) entre o direito constitucional dos diversos Estados e o internacional, nem entre as Constituições (*Ibidem*. p. 33). Para Alexy, os direitos fundamentais são a codificação dos direitos do homem por uma Constituição (ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático” *in Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49). Nesta dissertação utiliza-se o termo “direitos fundamentais” em razão de a abordagem estar centrada nos direitos sociais reconhecidos pela Constituição da República de 1988, em especial a educação.

⁴ Robert Alexy registra que a polêmica sobre os direitos a prestações (direitos fundamentais sociais) é marcada por uma “profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais – bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 441).

cidadania participativa e reivindicatória, serão correntemente associados ao tema como pressupostos para sua perfeita e precisa compreensão.

1.1. Aportes necessários.

Com o estabelecimento e a consolidação da liberdade formal, decorrente do Estado liberal, após os movimentos revolucionários iniciados no século XVIII, o aprimoramento dos direitos fundamentais passou a uma nova dimensão, a partir do final do século XIX, para uma igualdade na liberdade⁵, onde o Estado passaria a garantir o bem-estar social, com a Constituição irradiando seus efeitos diretamente aos Poderes e à sociedade.

Trata-se de processo contínuo de conquistas, em períodos liberal, social e democrático, iniciando-se com a Revolução Francesa e a instituição do Estado liberal, depois com o pós-segunda guerra mundial, voltado à fase do Estado social, encontrando seu auge com a densificação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, característica do Estado Constitucional Democrático contemporâneo.

Esse processo gradativo de afirmação e efetividade dos direitos sociais possui ligação intrínseca com o modelo de Estado que uma determinada sociedade organizada adotou em um momento histórico, a exemplo do modelo estatal instituído pela Assembleia Nacional Constituinte, nos trabalhos que resultaram na promulgação da Constituição da República de 1988.

A perfeita compreensão do tema, no entanto, ainda envolve necessariamente a abordagem teórica de pontos essenciais do constitucionalismo, desde a concepção e conceito da Constituição, modelos de Estado, sua finalidade social e o neoconstitucionalismo, bem como a evolução histórico-constitucional que marcou o Brasil, em especial desde a promulgação da Constituição de 1934, evidenciando-se os modelos de Estado institucionalizados.

⁵ Pode-se extrair esse sentido, segundo Norberto Bobbio, do Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que completou sessenta anos de existência, cujo conteúdo indica que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 65).

Com isso pretende-se destacar a mudança de paradigma que ocorreu ao longo da maturação constitucional brasileira, permitindo maior racionalidade na efetividade dos direitos fundamentais sociais que, embora instituindo ao final um modelo de Estado Constitucional Democrático⁶, careciam de pressupostos teóricos, pragmáticos e jurisprudenciais mais adequados à sua concretização responsável.

1.1.1. A evolução constitucional social brasileira.

No Brasil, a evolução do processo constitucional, na visão de Paulo Bonavides, apresenta três épocas históricas distintas, onde se verifica claramente uma influência inicial francesa, depois americana e por fim alemã⁷.

Os mais de cento e oitenta anos de tradição constitucional brasileira são divididos por Bonavides em constitucionalismo do Império, constitucionalismo da primeira República e constitucionalismo do Estado social, que se estende até os dias de hoje⁸.

No constitucionalismo do Império é marcante a inspiração francesa (Constituição francesa de 1791) e influência inglesa (parlamentarismo), no período histórico que se estende de 1822, ano da proclamação da Independência, até 1889, com o advento da República, em 15 de novembro.

Outorgada em 25 de março de 1824, por ato de D. Pedro I, com duração de 65 anos (a mais duradoura), a Constituição do Império inaugurou o modelo de Estado liberal, ainda incipiente pela contradição à realidade social escravocrata, mas com pontos constitucionais inovadores para o período⁹.

Introduziu no artigo 178 um conceito de constitucionalidade (o que era assunto de natureza constitucional¹⁰), estabeleceu um modelo de repartição

⁶ Para Canotilho a fórmula “Estado Constitucional Democrático” assenta-se na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais, do processo legislativo, do exercício do poder político e da soberania popular (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100). Conferir-se o tópico 1.3 (O Estado Constitucional Democrático), do Capítulo 1 desta dissertação.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 361.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 362-370.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 363.

¹⁰ Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Artigo 178: “E’ só

tetradimensional de poderes (modelo de Benjamin Constant¹¹), criando o Poder Moderador, exercido pelo “Defensor Perpetuo do Brazil”. Durante o Império, coube ao Poder Legislativo a responsabilidade de elaborar, interpretar, suspender e revogar as leis, bem como velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação¹².

O constitucionalismo da primeira República (1891-1930) buscou inspiração no federalismo e no presidencialismo norte-americano. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891 a primeira Constituição Republicana efetivou o Estado liberal, com a formalização de suas instituições e inspiração literal na Constituição norte-americana, sob influência de Rui Barbosa, importando inclusive a nomenclatura de “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”¹³.

Nesse período, o Estado liberal republicano não foi capaz de conter os contraditórios movimentos de concentração (presidencialismo) e descentralização do poder (federação), muito menos conformar a realidade subjacente e as revoltas econômicas, políticas e sociais, culminando com os principais e decisivos acontecimentos que marcaram o seu fim nos anos de 1929, 1930 e 1932. Registra Inocêncio Mártires Coelho que o distanciamento entre o Estado e sociedade no período da primeira República, inerente ao

Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 19/2/2009.

¹¹ O modelo idealizado por Benjamin Constant diferenciava-se daquele pensado por Montesquieu, em razão de admitir a existência de um quarto poder, com funções moderadoras, destinado especialmente à monarquia, tratando-se de uma verdadeira teoria da monarquia constitucional, útil para a época em que o absolutismo não pretendia se ver completamente alijado do poder político em razão das transformações revolucionárias do século XVIII, que impulsionaram a criação do Estado Moderno, Constitucional e com suas funções separadamente rígidas (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155-156).

¹² A referência é ao conteúdo do Artigo 15 da Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824: “E’ da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 19/2/2009.

¹³ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Artigo 1º: “A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 19/2/2009.

liberalismo, bem como as transformações sociais ocorridas no final da década de vinte, como a crise econômica de 1929, a Revolução de 1930 que colocou Getúlio Vargas no poder e a Revolta paulista de 1932 pela reconstitucionalização, foram relevantes para colocar em xeque o Estado liberal e iniciar a implementação do Estado social, que culminou formalmente com a promulgação da Constituição de 1934¹⁴.

A ordem estatal liberal instituída em 1891 permaneceu omissa na questão social, bem como elitista e oligárquica nas questões políticas relevantes, o que levou à decadência da primeira República.

Sob a influência da Constituição de Weimar (1919) no primeiro momento e, depois da Lei Fundamental de Bonn (1949), tem-se o início do constitucionalismo do Estado social brasileiro, que vai da Constituição de 1934 até o presente, sob os auspícios da Constituição de 1988¹⁵.

A promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934 inaugurou uma nova corrente de princípios, até então ignorados pelo direito constitucional brasileiro, ressaltando o aspecto social e princípios de direitos fundamentais da pessoa humana. A maior influência do constitucionalismo alemão foi a Constituição de Weimar de 1919, pois historicamente inspirou as duas Constituições brasileiras promulgadas em 1934 e 1946, tendo estas incorporadas o sentido social dos direitos¹⁶.

Em 1934, 1946 e 1988 (Constituições promulgadas¹⁷) verifica-se que o ânimo do constituinte foi no sentido de registrar o primado da sociedade sobre o Estado e o indivíduo, que fazem do homem o destinatário da norma constitucional, como homem-pessoa, na plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, reconciliado com o Estado¹⁸.

Embora efêmera, a Constituição de 1934, com inspiração do

¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 187-188.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 366-367.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 370.

¹⁷ Paulo Bonavides destaca na sua análise histórica do constitucionalismo do Estado social as experiências constitucionais legítimas (promulgadas), de Governos estáveis e regidos pelo princípio representativo, com obediência às regras do Estado de Direito, indicando como referência as Constituições republicanas de 1934, 1946 e 1988 (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 367).

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 368.

constitucionalismo alemão weimariano, foi decisiva para a formulação incipiente do modelo de Estado social, ligado às formas democráticas, em que sociedade e homem-pessoa são os valores supremos, indissolivelmente vinculados a uma concepção legitimadora do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e especialmente à igualdade social¹⁹.

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1934 registrava o novo modelo estatal a ser instituído, com a previsão em seu texto de capítulos sobre a ordem econômica e social, além da família, educação e cultura, embora vedasse ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas²⁰.

Superado o período de exceção do Estado Novo de Getúlio Vargas e com o fim da Segunda Guerra Mundial, a preocupação global com a constitucionalização dos direitos sociais ampliava o objeto das Constituições, fomentando o crescente antiliberalismo, com mais reivindicações econômicas e sociais que políticas²¹.

Nesse contexto, a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946, também na linha da influência weimariana, manteve a declaração de direitos e diretrizes econômicas e sociais de 1934, inovando ao introduzir a regra da inafastabilidade do controle jurisdicional da apreciação de qualquer lesão a direito individual²².

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 368-369.

²⁰ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, Preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”; Artigo 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 19/2/2009.

²¹ Jorge Miranda faz uma relevante síntese da situação do Estado no século XX nesse período, registrando cinco linhas de força dominantes na sequência imediata das duas guerras mundiais: as transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista e social; igualdade de direitos das mulheres; aparecimento e fim de regimes autoritários e totalitários; emancipação de povos coloniais; e, organização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos do homem. Isso revela o alcance universal das promessas de direitos econômicos, sociais e culturais, a preponderância das formas republicanas, a generalização das Constituições e o enriquecimento de seu conteúdo e o alargamento dos fins do Estado (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 91-92).

²² Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, Artigo 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário

Faltou-lhe, porém, substancial efetividade, no que tange à realização da justiça social, pela omissão na edição de atos normativos necessários à concretização de suas regras programáticas e integração de seu sistema de garantias e direitos²³.

Além disso, o período de exceção inaugurado com o golpe militar de 1º de abril de 1964, reafirmado com os demais atos institucionais e a Constituição de 1967, com duração de vinte anos, colocou uma pausa nessa evolução e aprimoramento do Estado social, infringindo severas restrições à democracia e aos direitos fundamentais, até que a partir do início da década de 80 fez-se luz redemocratizante no Estado Brasileiro.

A Constituição de 1988, seguindo essa tradição de conferir preeminência social, agora também com inspiração na Lei Fundamental de Bonn (1949) e no constitucionalismo dirigente de Canotilho²⁴, busca garantir efetividade jurídica a um extenso rol de direitos sociais reconhecidos, evitando a frustração das anteriores constituições do século XX em seu conteúdo meramente programático, por inaplicabilidade e decurso de tempo.

A constitucionalização de vários instrumentos estritamente processuais, em especial a ação civil pública e o mandado de injunção²⁵, foi medida que confirma estar o constituinte preocupado com o estabelecimento de um Estado social da efetividade.

Essa preocupação de instituir um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, reflete-se no preâmbulo da atual

qualquer lesão de direito individual". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 19/2/2009.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 27.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n. 15 (abril-junho de 1996). São Paulo: RT, 1996, p. 7-17. Neste artigo Canotilho registra a "cumplicidade teórico-dogmática relativamente à textura teleológica e programática da constituição brasileira de 1988" por influência de sua tese de doutoramento de 1982 em Coimbra, por ser o texto brasileiro carregado de programaticidade (*Ibidem*. p. 7-8).

²⁵ Oportuno registrar que somente nos últimos anos evidenciou-se um ganho de amplitude e efetividade do Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal, diante dos paradigmáticos julgamentos dos MI nº 670-ES, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes e do MI nº 712-PA, de Relatoria do Ministro Eros Grau, inaugurando uma mudança jurisprudencial na Corte Suprema, ao conferir "solução normativa e concretizadora" para a omissão verificada, envolvendo direito de greve dos servidores públicos, caso este de grande densidade social (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1265-1273).

Constituição²⁶, em que se demonstra a conjuntura política e social do momento que se institucionalizou o Estado brasileiro, bem como se destaca em seu papel extrajurídico de legitimador da Constituição, a antecipação do conteúdo da Carta que se seguirá²⁷.

Evidencia-se com essa intenção constituinte o seu inegável caráter de reconquista dos direitos fundamentais, espelhado na Constituição de 1988, notadamente os de cidadania, que foram represados durante o período de exceção militar, clamando agora pela participação²⁸.

A Constituição de 1988, que completou vinte anos de vigência e estabilidade democrática, é a mais duradoura das constituições promulgadas que implantaram modelos de Estado social, pois a Constituição de 1934 durou apenas três anos e a Constituição de 1946, além de não se mostrar eficaz na institucionalização desse modelo, não chegou aos seus vinte anos de existência, em razão do golpe de 1964 que instalou o período de exceção.

Comentando o sistema constitucional brasileiro, Jorge Miranda registra que a Constituição de 1988, diversamente de todas as anteriores, ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias²⁹.

A tônica do constitucionalismo brasileiro pós-88, e o seu norte de efetividade nesses vinte anos, foi no sentido da preocupação com a cidadania e o seu contínuo aperfeiçoamento, por meio dos direitos sociais.

Esse breve relato do constitucionalismo brasileiro, com destaque para o

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, Preâmbulo: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21/3/2009.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 149. Abordando especificamente o preâmbulo da Constituição, Celso Ribeiro Bastos enfatiza em sua obra que este serve como importante vetor para a atividade interpretativa, em especial o método histórico, integrando a parte material da Constituição, mas sem a mesma força normativa das normas constitucionais (*Ibidem*, p. 145-149).

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41.

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 235.

período republicano do século XX, inaugurando o paradigma de Estado social, implicará numa crescente ampliação e refinamento do papel do Estado para com a sociedade no século XXI, ao potencializar em seu fundamento a democracia e a dignidade social humana, como valor primordial para garantia da unidade política e social.

Durante esses 75 anos de constitucionalismo social republicano, inaugurado formalmente em 1934, a efetividade dos direitos fundamentais sociais constituiu-se ponto sensível e continuamente debatido no cotidiano político, bem como na teoria e prática jurisprudencial, na busca por meios cada vez mais adequados de se concretizar os direitos sociais, não se contentando apenas com sua declaração e reconhecimento constitucional, mas sim com a sua realização democrática.

O papel do Estado nesse contexto é debatido com frequência, ocasião em que se voltam os olhos para o seu estatuto político, que é a sua Constituição, bem como nos objetivos estatais nesta estabelecida, na busca de fundamentação adequada para a sua obrigação social.

1.1.2. A Constituição como reguladora do Estado

Como instrumento de unidade político, jurídico e social³⁰, é a Constituição que determina o modelo de Estado a ser institucionalizado em uma sociedade organizada, conferindo-lhe maior legitimidade conformadora se sua origem (constituente) foi democrática, o que representa os verdadeiros anseios e legítimos objetivos sociais.

Para o direito constitucional, uma definição de Estado fundamenta-se a partir do ordenamento jurídico instituído, que reivindica para si a qualidade de Estado e, conforme ensinamentos de Karl Doehring é a Constituição que preceitua a sua qualidade de Estado³¹.

Nessa linha, a Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental,

³⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 17.

³¹ DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 36.

nas palavras de José Afonso da Silva, é

“a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”³².

Modernamente, somando-se à tríade clássica da Teoria do Estado³³, consubstanciada nos elementos povo, território e soberania (este como poder, autoridade ou governo), contemplados na Constituição, tem-se um quarto elemento, que é o seu objetivo fundamental, estabelecendo e determinando os fins e obrigações do Estado, em especial para com a sociedade.

Ao tratar desses objetivos fundamentais, ressalta José Afonso da Silva que estes se tratam dos objetivos do Estado brasileiro, e não de governo, que podem ter metas próprias, mas que precisam se harmonizar com aqueles, sob pena de inconstitucionalidade. Na sua visão, esses objetivos fundamentais são impostergáveis e constituem-se permanente preocupação governamental, pois enquanto Estado constitucional “está submetido à Constituição e comprometido na realização dos objetivos constitucionais”, vinculado quanto aos meios e quanto aos fins³⁴.

Os objetivos do Estado correspondem a um mínimo de valores comuns dos seus cidadãos, como fundamento de sua Constituição, pois se assim não for, como ressalva Karl Doehring, aquele não pode subsistir³⁵.

Para o Estado brasileiro, como República Federativa instituída pelo constituinte de 1988, os seus objetivos encontram-se expressamente registrados no artigo 3º, determinando os valores e finalidades existenciais e

³² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37-38.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70-71.

³⁴ SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

³⁵ DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*, cit., p. 149. Nessa linha de pensamento, complementa Karl Doehring que esses valores se demonstram quando a jurisdição, que não pode se omitir de proferir uma decisão, estabelece uma primazia entre dois ou mais juízos de valor que partem dos cidadãos.

que se identificam com a sociedade brasileira³⁶.

Desses elementos constitutivos do Estado, chama-se atenção, ainda, para o elemento “poder”, significando a organização ou disciplina jurídica da força e da autoridade por consentimento dos governados, apto a dar soluções aos problemas sociais. Paulo Bonavides, além desse conceito, ainda registra que quanto mais consentimento social mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade se evidencia ao Poder estatal³⁷.

De todos os traços que emprestam fisionomia costumeira ao poder estatal, a unidade e indivisibilidade possuem a maior relevância para o tema objeto da presente dissertação³⁸.

Postulado essencial do Estado moderno, é que somente pode haver um único titular do poder (unidade), que será sempre o Estado, que exerce esse poder por meio de manifestações de vontade de órgãos estatais, que determinam em seus atos e decisões o caráter e os fins do ordenamento político instituído pela Constituição.

Contemporaneamente, em um Estado democrático, a titularidade do poder estatal pertence ao povo e o seu exercício aos órgãos estatais instituídos constitucionalmente e dos quais o poder se concretiza.

Ressalta Paulo Bonavides que “o poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível: a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal”, que se distribuem fundamentalmente através de três tipos de funções, a legislativa, a executiva e a judiciária³⁹.

³⁶ Assim estabelece o artigo 3º da Constituição da República de 1988, onde: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 116.

³⁸ Outros traços são apontados por Paulo Bonavides: imperatividade e natureza integrativa do poder estatal, a capacidade de auto-organização, o princípio da legalidade e legitimidade e a soberania (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, cit., p. 116-119). Um dos pontos mais sensíveis na concretização dos direitos sociais, objeto de análise mais adiante no Capítulo 2 desta dissertação, reside na tradicional alegação da violação do princípio da separação de poderes, merecedor de uma leitura contemporânea da teoria constitucional elaborada por Montesquieu em sua obra *Do Espírito das Leis* de 1748, que à época fundamentava adequada e necessariamente uma rígida separação entre os poderes constituídos para afirmação e garantia dos direitos individuais liberais (*status* negativo).

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, cit., p. 119.

Essa divisão e cooperação de atividades, decorrente do mesmo poder, geram um equilíbrio constante e um ajuste efetivo na realização dos direitos fundamentais sociais ou quando estes necessitem de concretização judicial. Na omissão ou abuso de um poder, o outro pode lhe restringir ou lhe complementar, efetuando as correções necessárias até o momento oportuno e pedagógico, quando o poder omissivo ou inadimplente passa a realizar espontaneamente suas atividades nos parâmetros constitucionais.

Assim, a partir da Constituição, que estabelece o modelo de Estado e regula os seus elementos, pontos essenciais do constitucionalismo como o seu conceito e a sua teoria formal e material, passam a fazer sentido mais específico e marcante para a concretização dos direitos sociais.

1.1.3. O conceito e a compreensão da Constituição

Base política e jurídica, conformadora de toda sociedade e de institucionalização do modelo de Estado, a definição adequada do conceito de Constituição constitui-se ponto essencial para a compreensão do papel do Estado perante a sociedade.

A definição de um conceito abstrato de Constituição, que seja teoricamente amplo e adequado às peculiaridades de tempo e lugar, é desafio perseguido pela teoria do direito constitucional, com vistas à possibilidade de fundamentação de uma compreensão uniforme e um consenso de conteúdo⁴⁰.

Algumas teorias sobre a constituição preocupam-se mais com o estabelecimento de elementos essenciais que necessariamente um conceito que pode variar de acordo com a cultura, a geografia mundial e a ordem jurídica concreta⁴¹.

Essa preocupação reflete-se na teoria exposta por Konrad Hesse ao

⁴⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 3-4.

⁴¹ Um inventário abrangente sobre as teorias da constituição é oferecido por Canotilho, em que destaca a teoria de Konrad Hesse, da constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade, como uma das mais representativas e influentes da moderna doutrina alemã (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 113-121).

fixar como elementos essenciais da Constituição a criação de uma unidade político-jurídico e de estabilidade social.

Konrad Hesse concebe a Constituição como uma unidade material, aparecendo como seus objetivos inescusáveis a unidade política e a ordem jurídica, a ser compreendida a partir de sua função na realidade da vida histórico-concreta⁴².

Ao especificar seu pensamento, Hesse, partindo das tarefas essenciais, afirma que a Constituição é

“a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica”⁴³.

Como base política para a sociedade, é a Constituição que estabelece os princípios orientadores para formar a unidade política e contém os indicadores das tarefas do Estado, os procedimentos para regular os conflitos sociais, criando as bases e determinando os princípios que regulam a ordem jurídica e a estabilidade social como um todo.

Essa busca pelo conceito abstrato e genérico evidenciou uma preocupação ora formal, ora substancial, em que se voltam os olhos para o seu texto, ou para a realidade que lhe fundamenta. Nesse sentido tem-se um conceito formal e um conceito material da Constituição.

Hans Kelsen, na sua concepção pura do direito, aborda o sentido formal da Constituição, como sendo um “conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas”⁴⁴.

A preocupação kelseniana é a configuração do modelo constitucional onde a norma fundamental ocupa o nível mais alto, em que até mesmo sua concepção material de Constituição esbarra no formalismo de sua teoria pura,

⁴² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, cit., p. 5-8.

⁴³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 37.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 182.

pois para Kelsen isto significa “as normas positivas através das quais é regulada a produção de normas jurídicas gerais”⁴⁵.

O pensamento formalista kelseniano restringe-se ao texto constitucional como fonte e Lei Fundamental de todo sistema jurídico estatal, com base no qual a ordem jurídica se fundamenta e se origina pura e simplesmente.

Bonavides registra que os traços marcantes da feição formalista, conduzido ao extremo por Kelsen, constituem-se na abreviação das reflexões constitucionais, reduzindo-a a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos⁴⁶.

Essa concepção formalista tinha como objetivo introduzir e concretizar juridicamente o modelo do Estado liberal do século XIX, tendo como características essenciais o formalismo fechado, de conteúdo nominal (estático e rígido), mais hermética do que aberta (em relação à realidade circundante), em que o intérprete é conservador e opera com a técnica limitada da subsunção, em evidente fuga à realidade.

Pela concepção formalista o conteúdo da Constituição é extraído pelo legislador, com poderes ilimitados, desde que obedeça à forma de elaboração legislativa, essência de toda juridicidade. O formalismo de Kelsen fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico, inclusive o Estado nacional-socialista de Hitler, o que se tornou inadmissível⁴⁷.

A crise dessa concepção formalista principia quando ocorre o divórcio entre a norma e a realidade/fato, com a necessidade da mudança constitucional, que o positivismo somente conhece por meio da alteração formal de textos.

Estritamente relacionado ao Estado liberal, tem-se o conceito formal de constituição. Ao Estado social, bem como ao constitucionalismo

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247. Para Kelsen até mesmo a teoria material da constituição se justificava pelo formalismo, como a origem e produção das demais normas jurídicas do sistema.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 171-173.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 175.

contemporâneo, tem-se a relação com o conceito material.

A busca da legitimidade da atividade do legislador com o conteúdo e os valores estabelecidos coincide com a concepção material da Constituição, aberta aos anseios e reivindicações sociais, em permanente contextualização e diálogo com a realidade circunjacente, refletindo na atividade legislativa a busca de conformação democrática e, como necessário norte, os direitos fundamentais e a sua concretização.

Do ponto de vista material, Bonavides considera a Constituição um “conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício de autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”⁴⁸. Nessa concepção, encontra-se tudo o que se referir ao conteúdo básico referente à composição e funcionamento da ordem política, com destaque social.

O conceito material de Constituição, além de representar melhor o fundamento Estatal adotado pela comunidade organizada, reflete mais precisamente a preocupação com os direitos fundamentais, em especial os sociais.

Ressalta ainda Bonavides que o constitucionalismo do Estado social propende indeclinavelmente para uma teoria material da Constituição, esta preocupada com valores, ideias, finalidades, princípios políticos, conteúdos e fatos inafastáveis, na sua dimensão histórica e vital, capazes de fazê-la a um tempo consciência da sociedade e expressão de um projeto dinâmico e prospectivo⁴⁹.

A compreensão material da constituição permite, assim, a garantia da legitimidade para todas as atividades estatais (exercício único do poder), seja legislativa, executiva ou judicial, que se preocupam em sua manifestação com valores democráticos e os direitos fundamentais sociais.

A ‘juridicidade’ do conteúdo das Constituições, como explica Bonavides, evidencia-se na integração de sua força normativa com a realidade. Pela teoria material da Constituição, tem-se uma perfeita adequação do constitucional ao

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional, cit.*, p. 80.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional, cit.*, p. 100-101.

real, o que gera legitimidade aos direitos fundamentais sociais. Mas ressalva o próprio Bonavides que a verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade, onde a manutenção da juridicidade e eficácia depende da proximidade constante da Constituição real e da Constituição formal⁵⁰.

A precisa compreensão das Constituições se alcança ao tratá-las como um sistema constitucional⁵¹ vinculante à sociedade e ao Estado, conciliando o jurídico e o político, possibilitando a junção permanente de sua normatividade jurídica e realidade material, resultando desse sistema uma normatividade historicamente construída e aberta às regras e princípios constitucionais⁵².

Evidencia-se que um conceito adequado de Constituição, como ideia de unidade política, jurídica e social, tendo-se como consequente compreensão material a correspondência do seu texto à realidade circunjacente, em permanente atualização, reflete a legitimidade dos direitos sociais e a sua força normativa irradiante a todo sistema.

Essa compreensão material, ainda, fundamenta a atividade do legislador, seja ela constituinte, reformadora ou ordinária, para garantir a legitimidade na conformação democrática dos valores e princípios constitucionais sociais.

1.1.4. O Poder constituinte, o Poder reformador e a legislação ordinária: o compromisso pela manutenção permanente dos direitos sociais.

A atividade legislativa ganha importância para o tema a partir da sua vinculação máxima ao poder constituinte, que estabelece os valores e princípios sociais fundamentais ao modelo de Estado institucionalizado.

A decisão soberana do constituinte irradia a todo sistema político,

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 185 e 188.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 95-99.

⁵² Canotilho especifica ainda mais esse sistema constitucional, tratando-o como um sistema aberto de regras e princípios, por apresentar dinamicidade normativa, abertura e disposição para captar as mudanças da realidade, com estruturação normativa das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, em que as normas desse sistema se revelam tanto como princípios como regras (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159).

jurídico e social os valores adotados como essenciais à manutenção dessa unidade, tornando-se legítima a ordem estatal.

As três características básicas do poder constituinte originário, de ser inicial, ilimitado e incondicionado, ainda recebem uma característica adicional quanto aos valores sociais estabelecidos, que motivam sua legitimidade na medida em que representam os objetivos de seus cidadãos a serem instituídos constitucionalmente⁵³.

O poder constituinte não seria de todo absoluto, mas vinculado a valores sociais relevantes e que lhe conferem legitimidade inicial.

Destaca-se, nesse passo, que a decisão do constituinte de 1988 refletiu uma preocupação marcante com o reconhecimento e a efetividade dos direitos sociais, ao estabelecer fundamentos e objetivos para o Estado brasileiro com grande densidade social⁵⁴, além de extenso rol e instrumentos hábeis de sua garantia, bem como a constitucionalização de políticas públicas, concretizadoras daqueles.

Essa decisão constituinte originária refletirá em todo sistema jurídico, balizando a atividade do poder reformador e do legislador ordinário que, em observância aos valores e princípios determinados constitucionalmente, fixam os limites de sua legítima atividade conformadora⁵⁵.

Elaborada a Constituição, ficam estabelecidos os limites e a manutenção das expectativas declinadas pelo constituinte originário, conferindo-se ao poder reformador a conformação do compromisso original e, ao mesmo tempo, a atualização do seu conteúdo diante das novas reivindicações, contingências e finalidades sociais.

Na concepção de Bonavides, depois de promulgada a Constituição, tem-se dois novos poderes constituintes: o poder constituinte derivado, limitado por aquele, e outra forma de poder constituinte originário, decorrente da força normativa da realidade e do meio social, facticidade esta capaz de atualizar, transformar e rejuvenescer as Constituições⁵⁶.

⁵³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232-233.

⁵⁴ Artigos 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 250.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 186.

Limitações formais e materiais são impostas ao poder reformador pelo constituinte originário, em que a restrição no seu conteúdo se torna o ponto mais sensível, pela indicação original dos princípios e valores que não se admite modificação, para manutenção atemporal do projeto inicial de unidade político e social.

Mas as atualizações decorrentes das contingências e da evolução dos fatores sociais exigem adequações e novas conformações daquele compromisso inicial, gerando maior responsabilidade do poder reformador⁵⁷.

Tanto o poder reformador quanto o legislador ordinário encontram suas limitações materiais no conteúdo da Constituição, mais legitimador de todas as suas atividades que mero fundamento de validade.

Entre esses limitadores encontram-se as cláusulas pétreas, fundamentando a perenidade dos direitos sociais, na linha da decisão política inicial, o que refletirá na progressividade de sua concretização⁵⁸.

Em matéria de direitos sociais dois planos de concretização se estabelecem: o primeiro, pelo legislador ordinário quando especifica e materializa os princípios e valores determinados pela Constituição, regulamentando seu conteúdo; e o segundo, por meio da concretização, partindo-se ao mesmo tempo da norma e do caso particular, de forma responsável e ponderada, atividade esta da jurisdição, complementada previamente pelos atores jurídicos envolvidos, entre eles o Ministério Público.

Depois de vinte anos, identificou-se apenas no Título VIII, da Ordem

⁵⁷ Sob pena de se gerar crise constituinte ou crise constitucional. Paulo Bonavides explica que esta consiste num desajuste ou desequilíbrio de um ponto da Constituição, sem afetar as instituições e seu fundamento inicial, em que a solução se apresenta com a sua reforma ou revisão, ou ainda pela ação jurisprudencial das Cortes Constitucionais; com relação à crise constituinte, mais grave, tem-se quando são abalados os alicerces do Estado e da sociedade, atingindo o próprio poder constituinte, com a ruptura da sua legitimidade e de seus fundamentos, por inadequação do sistema político e da ordem jurídica ao atendimento de necessidades básicas da ordem social, as quais permanecem insatisfeitas ou postergadas, quadro este comum em países subdesenvolvidos, cuja solução seria a promulgação de outra Constituição (*Ibidem*. p. 188-193). Justifica Bonavides que a crise constituinte, desde as origens do Estado brasileiro, é a crise que ainda não se resolveu (*Ibidem*, p. 384).

⁵⁸ A questão sobre a perenidade dos direitos sociais será abordada no Capítulo 2 desta dissertação, evidenciando-se o alcance do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição da República a um conteúdo mínimo dos direitos sociais, em especial a educação, com padrão mínimo social progressivamente ampliado desde a Constituição de 1988, inicialmente da educação fundamental (desejo do constituinte) para a educação básica, por desejo do legislador constitucional, conforme Emendas Constitucionais 14/96, 53/06 e 59/09.

Social, a falta de regulamentação de 29 dispositivos da Constituição da República de 1988, o que gera expectativa social em torno dos futuros debates no Congresso Nacional sobre a conformação dessas matérias de grande relevância social⁵⁹.

No espaço público brasileiro, pluralista e democrático, espera-se um mínimo de dignidade nessa atividade legislativa, de conformação dos princípios e valores sociais, aproximando-se das ideias cultivadas por Jeremy Waldron, de pensar a legislatura como modo de governança dignificado e uma fonte respeitável de direito, observando o processo legislativo, na sua melhor forma como:

“os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles”⁶⁰.

Esse ideal, entretanto, no espaço público, apresenta diversas contingências. Mas os valores sociais instituídos no compromisso inicial se mantêm independentemente dos fatores reais de poder contemporâneos.

A manutenção permanente do compromisso inicial vai refletir na força normativa da constituição, pois atualizando o debate teórico entre Hesse e Lassalle, evidenciam-se a constitucionalização e a amplitude dos fatores reais de poder contemporâneos em 1988⁶¹, em especial os direitos sociais, com

⁵⁹ Na data de 28/05/2009 foi instalado um grupo de trabalho da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, com a tarefa de identificar e analisar os 142 dispositivos constitucionais que até agora carecem de regulamentação, bem como apresentar propostas e medidas necessárias à consolidação da Constituição. Aponta-se que somente no Título da Ordem Social, 29 dispositivos careçam de regulamentação: 195, IV; 195, § 3º; 195, § 10; 195, § 11; 195, §§ 12 e 13; 198, §§ 2º e 3º; 198, § 6º; 201, § 1º; 201, § 3º; 201, § 4º; 201, § 7º; 201, § 9º; 201, § 10; 201, § 11; 201, § 12; 202, § 2º; 202, §§ 4º, 5º e 6º; 206, VIII; 206, parágrafo único; 213, § 1º; 215, § 2º; 215, § 3º; 216, § 4º; 219; 220, § 3º, I e II; 221, III; 225, § 2º; 231, § 3º; 231, § 6º. Notícia da Agência Senado de 27/05/2009, Especial, 15h49. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=91514&codAplicativo=2>. Acesso em 28/5/2009.

⁶⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

⁶¹ Ferdinand Lassalle, na conferência proferida em abril de 1862, apontava como fatores reais de poder a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária (*A essência da Constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12-17). Contemporaneamente, têm-se vários fatores reais de poder incorporados na Constituição da República de 1988, entre eles a ordem econômica e financeira, a ordem social, a educação, a cultura, a ciência e a tecnologia, o meio ambiente, a família e os índios,

frequente tensão conformadora.

Mas a Constituição não se limita a um “pedaço de papel” na concepção sociológica de Lassalle, e sim a uma necessidade contínua de reciprocidade entre aquela e os fatores reais, em que sua normatividade ordena e conforma a realidade política e social.

Para Konrad Hesse, a força normativa da Constituição converte-se em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente, em que

“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)”⁶².

Essa vontade de constituição, que se materializa na junção entre as intenções do compromisso inicial e as contingências atuais, os novos valores e as novas finalidades sociais, encontra-se presente no exercício das atividades estatais, bem como no cotidiano da sociedade.

Assim, toda atividade do legislador, seja reformadora ou ordinária, em razão dos compromissos, valores e princípios assumidos no momento constituinte, que em 1988 refletiu-se na pluralidade, democracia, republicanismo, dignidade humana e direitos sociais, pauta-se na manutenção permanente dessas promessas sociais, que no Estado social configura principal fundamento existencial, de força normativa e de legitimidade.

constitucionalizando-se fatores sociais que podem interferir no compromisso inicial fixado pelo constituinte no momento da constante atualização e conformação legislativa de seu conteúdo. Esses fatores também influenciam a decisão da jurisdição constitucional no momento da ponderação responsável entre bens e valores de grande repercussão social.

⁶² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19. Essa vontade de Constituição, desenvolvendo de forma ótima a sua força normativa, conforme aponta Hesse, baseia-se na compreensão de que essa ordem constituída necessita de constante legitimação; na aproximação do conteúdo de uma Constituição à natureza singular do presente; na impossibilidade de se amoldar em estrutura unilateral, permitindo a incorporação ponderada da estrutura contrária (direitos fundamentais com deveres, divisão e concentração de poderes, federalismo com certa dose de unitarismo); na disposição de todos os partícipes da vida constitucional de estarem dispostos ao sacrifício de interesses em favor da preservação de um

1.2. A formulação e o aperfeiçoamento do Estado Social

Diretamente ligado com a evolução histórica e afirmação dos direitos fundamentais, a primeira concepção de Estado, advindo da Revolução Francesa de 1789⁶³, foi o modelo liberal.

A centralização política e filosófica do homem, por meio do pensamento iluminista do século XVII fixou as bases racionais para o estabelecimento da liberdade individual perante o soberano, como primeiro passo do modelo de Estado liberal e a sua imprescindível limitação e separação de poderes⁶⁴.

A preocupação da época era com a fixação de limites ao poder absoluto e arbitrário do soberano, bem como a participação da sociedade civil, no caso a burguesia, nos assuntos estatais, mediante exigências de observância da lei, como expressão da vontade geral, divisão de poderes e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais.

O Estado liberal representou uma conquista incomensurável para o período, ao estabelecer como seu fundamento principal a liberdade individual do homem perante o poder constituído, na passagem de súdito a cidadão.

Mas o fundamento ideológico do Estado liberal, os seus objetivos, representava o ideal burguês, não o ideal social, como se pode delinear da famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que,

princípio constitucional; e na ótima concretização da norma constitucional (*Ibidem*. p. 20-23).

⁶³ Aponta Paulo Bonavides que a Revolução Francesa do século XVIII, ocorrida há 220 anos e exercendo grande influência na história constitucional brasileira, com seu lema universal da liberdade, igualdade e fraternidade, foi o principal movimento histórico irreversível pelo constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 34).

⁶⁴ A separação de poderes surgiu, com inspiração no pensamento de Montesquieu, por meio de sua obra *Do Espírito das Leis* de 1748, como técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade perante o organismo estatal. Consiste na introdução de contrapesos para garantir, por meio de um equilíbrio político, a liberdade e a propriedade individuais, contra ingerências estatais injustificáveis. A visão de Montesquieu, um clássico do liberalismo burguês, corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem, num estabelecimento rígido de competências (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *cit.*, p.44-45 e 49). Esse pensamento ainda inspirou o célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 26/08/1789, contida na Constituição francesa de 3/09/1791: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html. Acesso em 11/6/2009.

conforme observa Eric Hobsbawm, se trata de “um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária”⁶⁵.

Esse modelo de Estado liberal individualista privilegiou a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratação e a liberdade industrial e comercial, alheia aos fatores e reclamos sociais. A preocupação estatal restringia-se à garantia das liberdades públicas individuais, civis e políticas, consideradas como mera abstenção do Estado.

As ondas revolucionárias no mundo ocidental entre 1815 e 1848⁶⁶, aliado ao aumento da massa proletariada durante o século XIX e sua crescente reivindicação por melhores condições de trabalho, de vida e de participação econômica e social, gerou a natural superação do modelo estatal meramente individualista, para um modelo voltado aos direitos sociais, com intervencionismo estatal e atenção aos direitos fundamentais.

Especificamente sobre essa evolução do Estado liberal ao Estado social, associa Paulo Bonavides à evolução da liberdade individual-liberal para a liberdade social ou liberdade na coletividade onde,

“Essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência”⁶⁷.

Essa mudança de dimensão, do individual para o social, com ampliação

⁶⁵ HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira Marcos Penchel. 22 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 91.

⁶⁶ HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções, cit.*, p. 160-163. Explica o historiador Eric Hobsbawm que nesse período evidenciaram-se três ondas revolucionárias no mundo ocidental. A primeira ocorreu em 1820-24, com a Revolução Espanhola, a libertação da América Latina e a independência do Brasil em 1822. A segunda ocorreu em 1829-34 com grandes mudanças no desenvolvimento social e econômico, em razão da industrialização, urbanização no continente europeu e nos EUA, migrações humanas, gerando crise no desenvolvimento da nova sociedade, culminando com a terceira onda revolucionária de 1848, em que os sistemas políticos europeus se tornaram cada vez mais inadequados num período de rápida mudança social, com agudos descontentamentos econômicos e sociais.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social, cit.*, p. 188.

das tarefas estatais cada vez maiores na solução de complexos problemas sociais e econômicos, gerou a necessidade de aperfeiçoamento do modelo estatal até então conhecido, para melhor conciliação duradoura e estável da sociedade com o Estado.

Abordando-se a diversidade de tipos constitucionais, explica Jorge Miranda que o Estado social de direito, modelo que sucede ao Estado liberal, articula direitos, liberdades e garantias com direitos sociais; articula igualdade jurídica com igualdade social e segurança jurídica com segurança social; e implica na passagem do governo representativo clássico para o estabelecimento da democracia representativa⁶⁸. Evidencia como exemplos de Constituições que instituíram modelos de Estado social: a mexicana de 1917, a alemã de 1919 (Weimar), a italiana de 1947, a alemã de 1949 (Bonn), a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988.

Materializando-se e aperfeiçoando-se ao longo do século XX, o Estado social teve seu ponto de partida na correção do conceito de liberdade do liberalismo, para uma igualdade na liberdade, em que o mero formalismo da igualdade de todos perante a lei, não se fez mais suficiente para encobrir os graves reclamos econômicos, sociais e culturais.

A Constituição alemã de 1949, apontada como exemplo desse modelo de Estado social, pela sua institucionalização expressa⁶⁹, evidencia o estabelecimento de ações estatais para a realização do programa social constitucionalizado, exigindo-se uma regular atividade tanto do legislador quanto da administração, restringindo sua liberdade conformadora, com influência direta na atividade jurisdicional.

Tem-se com isso a formulação de um princípio do Estado social, que contém a obrigação do Estado cuidar de uma ordem social justa, vinculante aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mediante ampliação e

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 97.

⁶⁹ A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23/05/1949 (*Grundgesetz*), registra expressamente como princípios do Estado em seu artigo 20 que “A República Federal da Alemanha é um Estado Federal democrático e social”, in SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (organizadores). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevídeu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 960.

refinamento das atividades estatais sociais.

Nessa linha de pensamento, Konrad Hesse aponta o conteúdo e o significado do princípio do estado social, como sendo o acolhimento das realidades do desenvolvimento moderno técnico, econômico e social, com refinamento e amplitude da regulação estatal; transforma o Estado em administração prestacionista, em que a imposição de tarefas estatais possibilita a vida social; e vinculação dos poderes estatais com o asseguramento da existência digna do ser humano, destinado à igualdade no sentido da coordenação social justa, constituindo verdadeiro mandamento da estatalidade jurídica material⁷⁰.

Têm-se assim as bases para a legitimidade do Estado social, como fundamento da unidade política material, envolvendo a coletividade e os poderes constitucionais no reconhecimento permanente dos direitos fundamentais e a realização constante das tarefas estatal-sociais.

Para Bonavides a compreensão de Estado social se expressa por “um constitucionalismo de libertação, por um igualitarismo de democratização e por um judicialismo de salvaguarda dos direitos fundamentais”. Na substância, tem-se com aquele a democracia participativa, mediante a execução de um programa de justiça, liberdade e segurança⁷¹.

A Constituição de 1988 estabelece um modelo de Estado social ao preocupar-se com os objetivos e finalidades sociais, direitos fundamentais e sua efetividade e perenidade, ordem econômica e social, além de valores e princípios que orientam o compromisso e a atividade dos poderes e da sociedade pela realização da justiça social material.

Paulo Bonavides considera a Constituição de 1988 uma Constituição de Estado social, pois em suas dimensões essenciais os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos merecem exame apropriado e solução adequada à luz desse modelo

⁷⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 173-177. Hesse explica que a Lei Fundamental restringiu-se a uma determinação de objetivo estatal geral ao registrar o princípio do estado social, fórmula esta pormenorizada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*).

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *cit.*, p. 11.

estatal social⁷².

Um dos pontos mais relevantes na aceitação do Estado social no século XX foi o estabelecimento, num primeiro momento, da constitucionalização da ordem econômica e social, como pauta programática, para em seguida sustentar-se na concretização da igualdade e da justiça social como postulado essencial à consolidação desse modelo estatal. Nesse sentido o grande desafio de neste século XXI está em “como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos”⁷³.

Esses preceitos inerentes ao Estado social são dinâmicos e propiciam a constante mobilidade e variação de finalidades institucionais, em contínuo aperfeiçoamento, pela ação dos direitos fundamentais sociais no processo democrático, surgindo-se modelos estatais com qualificativos inerentes à sua existência e legitimidade.

1.3. O Estado Constitucional Democrático

Registrado na Constituição de 1988, logo em seu primeiro artigo, que o Estado brasileiro, republicano e federativo, constitui-se em Estado Democrático de Direito, o constituinte fez transparecer o modelo de Estado adotado e institucionalizado, com fundamentos e objetivos essenciais à sua existência e finalidade.

Esse modelo reúne a preocupação com a intervenção democrática de toda sociedade, como fundamento para uma ordem jurídica legítima.

A junção dos modelos de Estado de Direito e de Estado Democrático apontam a preocupação, por um lado, com a submissão dos poderes públicos e da sociedade à Constituição e às leis, com a divisão de poderes e com o enunciado de direitos e garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, com a participação efetiva da sociedade na definição e formação da legítima vontade estatal.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 371.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 373.

Tem-se dessa junção de elementos formais com os princípios materiais do constitucionalismo, um maior refinamento do modelo, em que a formulação de um Estado Constitucional Democrático pode representar sua melhor adequação⁷⁴, comprometido com a dignidade humana, com a democracia qualificando a ordem estatal, irradiando a todo sistema e aos elementos constitutivos do Estado os valores democráticos e de contínua legitimação.

Para Canotilho a concepção de Estado Constitucional Democrático confere legitimidade ao direito, aos direitos fundamentais, ao processo de legislação e ao exercício do poder político, assegurando e garantindo o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular⁷⁵.

Especificando melhor seu pensamento acerca desse modelo, Canotilho⁷⁶ indica três dimensões, formais e materiais.

A juridicidade, este como princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, em que o direito que lhe informa, aponta para a ideia de justiça, pelo respeito da dignidade da pessoa humana, proteção da liberdade e realização da igualdade.

A constitucionalidade, pressupondo a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa a todos os Poderes, a todos os atos públicos e à conformação

⁷⁴ Em razão de envolverem os mesmos conceitos e pressupostos, pode-se tratar de forma semelhante as formulações Estado Constitucional de Direito, Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional Democrático, sendo esta última a que se utilizará correntemente nesta dissertação, pela coincidência com o modelo constitucional brasileiro, sua difusão universal e referência teórica utilizada tanto por Canotilho e Konrad Hesse, bem como por Robert Alexy, marco teórico principal. Ressalte-se que esse modelo não é estático e definitivo, pois se encontra em contínuo aperfeiçoamento diante dos novos desafios, bases e adaptações que os Estados enfrentam cotidianamente, tanto no plano interno quanto no plano internacional. Neste sentido, tem-se a formulação do Estado Constitucional Cooperativo, conceito elaborado por Peter Häberle, designando um Estado voltado à comunidade internacional, com permeabilidade das relações internacionais em seu sistema interno e abertura global eficiente aos direitos humanos com realização cooperativa; realização internacional conjunta de tarefas estatais; e solidariedade estatal de prestação (HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70-71). Esses elementos de cooperação se evidenciam na Constituição brasileira de 1988 em seus artigos 4º, incisos II e IX, bem como seu parágrafo único e 5º, §§ 2º e 3º, em evidente abertura cooperativa e receptiva interna ao direito internacional, em especial ao direito internacional dos direitos humanos.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 243-249.

legislativa.

E o sistema de direitos fundamentais, deduzindo-se o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado, com cinco componentes determinando seu conteúdo: a individualidade, o livre desenvolvimento da personalidade, a libertação social, a autonomia individual e a igualdade-justiça dos cidadãos que se expressa na dignidade social e na igualdade de tratamento normativo perante a lei e através da lei.

Essa união permanente entre Estado e sociedade implica na preocupação contínua com os direitos fundamentais sociais, tanto na sua realização democrática, quanto na sua concretização judicial, evidenciando-se compromissos materiais permanentes na Constituição e na sua conformação diária, em respeito a todos os princípios estabelecidos.

José Afonso da Silva, partindo das ideias formuladas por Canotilho, realiza adaptação dos princípios e tarefas do Estado Democrático na Constituição de 1988, indicando o princípio da constitucionalidade, por estar fundamentado em uma Constituição rígida emanada da vontade popular, vinculando todos os Poderes e seus atos, conferindo garantias de livre atuação da jurisdição constitucional; o princípio democrático, constituído por uma democracia representativa e participativa, com garantia de eficácia dos direitos fundamentais; sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais; princípio da justiça social, pela ordem econômica e social; princípio da igualdade; princípios da divisão de poderes e da independência do juiz; princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica⁷⁷.

Conclui seu pensamento afirmando que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁷⁸.

No Estado Constitucional Democrático, conforme ensinamentos de Robert Alexy, encontram-se em contínua relação os direitos humanos fundamentais, a democracia e a jurisdição constitucional⁷⁹.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 122.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 122.

⁷⁹ ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático” in *Constitucionalismo Discursivo*, cit., p. 49-54.

Os direitos fundamentais nesse modelo estatal apresentam-se com extremo grau de hierarquia constitucional pelo seu reconhecimento e institucionalização; com força de imposição extrema vinculativa aos três Poderes e à sociedade, em que essa vinculação é controlada judicialmente, portanto justiciável; com objetos extremamente importantes (o catálogo de direitos fundamentais individuais e sociais); e a medida máxima de necessidade de interpretação.

Esses quatro extremos que caracterizam os direitos fundamentais são observados por Alexy na Constituição brasileira de 1988, em que destaca a necessidade de ponderação para solução eficiente dos problemas de preponderância entre os direitos fundamentais no caso concreto⁸⁰.

A democracia, nesse modelo, encontra-se em permanente relação com os direitos fundamentais, tanto nos momentos de tensão como de conformação, ao assegurar as condições funcionais do processo democrático e, ao mesmo tempo, vincular e limitar a atividade do legislador.

E a jurisdição constitucional no Estado Constitucional Democrático representa o cidadão argumentativamente contra seus representantes políticos, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, como instância de reflexão do processo político.

Tem-se como mais apropriado ao atual momento de efetividade dos direitos fundamentais sociais no constitucionalismo brasileiro do século XXI o Estado Constitucional Democrático, em que seus pressupostos democráticos, força normativa e direitos humanos fundamentais irradiam a toda ordem jurídica e social, como fundamento de legitimidade para a atividade conformadora dos poderes e atuação ponderada e responsável da jurisdição constitucional.

Esse modelo, por sua vez, encontra-se em permanente atualização e abertura às novas expectativas sociais e globais, em que novas finalidades, reivindicações e contingências sociais são naturalmente adequadas e recepcionadas, para sua constante reformulação, manutenção e

⁸⁰ ALEXY, Robert. "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático" *in* *Constitucionalismo Discursivo, cit.*, p. 50-51.

aperfeiçoamento.

Aquela efetividade constitucional e essa permanente atualização foi um processo contínuo de superação do modelo eminentemente positivista, inaugurado pelo pensamento do neoconstitucionalismo, em que a Constituição, que regula e conforma toda atividade estatal e social, com elementos principiológicos e axiológicos, passa a ser dotada de centralidade normativa suprema de todo o sistema jurídico por ela instituído, como fundamento de legitimidade.

1.4. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito no Brasil

O século XXI iniciou-se marcado pela postura da máxima efetividade da Constituição brasileira, superando a ideia do texto constitucional como simples esquema de divisão de competências, limitação do poder e definição de direitos fundamentais, mero fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico.

Parte-se do ordenamento constitucional, dotado de força normativa vinculante e efetiva a toda sociedade e aos poderes estatais, irradiando suas bases principiológicas e axiológicas a toda concretização das normas constitucionais, seja no espaço público representativo, seja na jurisdição.

Esse constitucionalismo da efetividade, fundado no principiologismo e na sua força dinâmica, busca realizar a Constituição, independentemente de seu corpo literal e fixo, ou de eventuais normas programáticas, pois diante da pluralidade social, bem como das novas reivindicações imediatas e futuras da sociedade, observa-se o desafio de extrair desse texto novos valores e novas finalidades, concretizando e mantendo vivo seu conteúdo social.

Originado na metade do século XX, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, o neoconstitucionalismo⁸¹ demonstrou que as preocupações sociais

⁸¹ Explica Paolo Comanducci que o constitucionalismo é fundamentalmente uma ideologia, dirigida à limitação dos poderes e à defesa dos direitos fundamentais, sustentando a conexão entre direito e moral, em oposição ao positivismo ideológico, teoria dominante no século XIX e primeira metade do século XX. Por sua vez, o neoconstitucionalismo diferencia-se daquele por ser, além de uma ideologia (voltado à exigência, concretização, atualização e garantia dos

originadas deste contexto histórico subjacente se mostraram preponderantes para a nova tônica do constitucionalismo.

Entre os exemplos de modelos constitucionais que inauguraram esse paradigma⁸², tem-se como principal referência, inclusive com influência decisiva para o constitucionalismo brasileiro, a Lei Fundamental alemã de 23 de maio de 1949 (Bonn), que completou sessenta anos de existência democrática, viés social, em contínuo aperfeiçoamento e atualização de seu conteúdo pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

A “cultura jurídica” caracterizada pelo neoconstitucionalismo possui três acepções marcantes: primeiro, um modelo de Estado caracterizado por uma determinada forma de organização política; segundo, como uma teoria do direito, apta a explicar as características desse modelo estatal; e finalmente, como uma ideologia, que justifica e define a fórmula política assim designada.

Explicando com mais detalhes o que se pode entender por neoconstitucionalismo, Luis Prieto Sanchís abordando cada um daquelas três acepções, começa pela ideologia, como filosofia política que considera que o Estado Constitucional de Direito representa a melhor ou mais justa forma de organização política, com vinculação necessária entre direito e moral, representando uma nova visão de atitude interpretativa⁸³.

Quanto ao modelo de Estado, Sanchís registra que o neoconstitucionalismo é o resultado de uma convergência de tradições constitucionais, que concebe a Constituição como regra do jogo da competência social e política, com o estabelecimento de marcos democráticos e igualitários. Assim, no Estado Constitucional Democrático, onde a Constituição é a regra do jogo e norma logicamente superior àqueles que

direitos fundamentais constitucionais), uma nova teoria do direito (caracterizado pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, onipresença de princípios e regras constitucionais e peculiaridades de interpretação e aplicação da lei), com metodologia própria que sustenta a conexão necessária entre direito e moral (COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico” in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 82-87).

⁸² Apontam-se como exemplos a Constituição da Itália de 1947, da Alemanha de 1949, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978.

⁸³ SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial” in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 123-124. Sanchís registra que as expressões mais difundidas para se referir a essa nova cultura jurídica são neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo ou apenas constitucionalismo.

participam desse jogo, garante-se a supremacia constitucional e a sua consequente garantia jurisdicional, afeto ao mais neutro dos poderes no debate político.

Na sequência de seu pensamento, Sanchís registra que a Constituição nesse modelo estatal encarna um projeto político de transformação social “*condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado em la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc*”⁸⁴.

Dilema que o neoconstitucionalismo busca resolver é o estabelecimento de uma Constituição normativa com estipulação de deveres e garantias diretamente aplicáveis aos poderes e à sociedade.

Nesse contexto, o protagonismo fundamental do Poder Judiciário se evidencia, com o Tribunal Constitucional consagrando a supremacia jurídica da Constituição, limitadora material das atividades dos demais poderes e da sociedade, pela incorporação de princípios e diretivas em um texto com plena força normativa, exigindo-lhe uma atividade conformadora de todos os interesses sociais, o que favorece a técnica da ponderação⁸⁵.

Sanchís indica que isso decorre de um elemento importante, o “*desbordamiento constitucional*”⁸⁶, a imersão da Constituição no ordenamento jurídico como norma suprema, em que os operadores jurídicos alcançam direta e permanentemente a Constituição, na medida que esta disciplina numerosos aspectos substantivos, tornando-se difícil encontrar um problema jurídico medianamente sério que careça de alguma relevância constitucional.

Como nova teoria do direito, Sanchís apresenta cinco traços expressivos do neoconstitucionalismo, dentre outras orientações ou linhas de evolução, que

⁸⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, *cit.*, p. 125. Tradução livre: condicionando com maior ou menor detalhe as futuras decisões coletivas a respeito do modelo econômico, da ação do Estado na esfera da educação, saúde, emprego.

⁸⁵ Registra Paulo Gustavo Gonet Branco que a ponderação “predispõe a abertura a múltiplos pontos de vista, já que não se consuma validamente sem que se contemplem os argumentos de todos os interessados. Facilita, assim, a consecução de ideais democráticos de participação ampla nos processos deliberativos públicos, prestando reverência ao anseio de igual respeito a todos os homens e às suas aspirações” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141-142).

⁸⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, *cit.*, p. 130. Tradução livre: transbordamento constitucional. Sanchís registra que tomou emprestado este termo de Pérez Luño, em *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, 1993.

despontaram como consenso doutrinário:

“más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencial judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”⁸⁷.

Esses elementos teóricos, ideológicos e metodológicos do neoconstitucionalismo encontram perfeita adequação no constitucionalismo brasileiro pós-88, assim como presentes nesta o catálogo de condições e pressupostos para a constitucionalização do direito⁸⁸.

A democrática e republicana Constituição Federal de 1988 nasceu com a centralidade normativa suprema decorrente daquela nova cultura jurídica, ao se verificar em seu texto a incorporação explícita de valores, princípios e opções políticas, como a dignidade humana, destacando-se a jurisdição constitucional nesse contexto normativo, com requisito de fundamentação de suas decisões e a inafastabilidade nos casos de lesão ou ameaça à direito.

Mas a sua efetividade construiu-se ao longo desses vinte anos de existência democrática, em que o processo de constitucionalização do direito tardiamente se aprimorou e se consolidou. Nesse sentido, enquanto na Europa o marco inicial foi o pós-guerra, em que se desenvolveu e se consolidou o

⁸⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, *cit.*, p. 131-132. Tradução livre: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todos os assuntos jurídicos e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor de uma opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, no lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.

⁸⁸ Apresenta Ricardo Guastini, como ponto de partida de análise do processo de constitucionalização dos diversos ordenamentos, sete condições a serem satisfeitos para ser considerado como ‘impregnado’ pelas normas constitucionais: 1. uma Constituição rígida; 2. a garantia jurisdicional da Constituição; 3. a força vinculante da Constituição; 4. a ‘sobreinterpretação’ da Constituição; 5. a aplicação direta das normas constitucionais; 6. a interpretação das leis conforme a Constituição; 7. a influência da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, Ricardo. “La Constitucionalización del ordenamento jurídico: El caso Italiano” in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 50-57).

constitucionalismo ao longo do século XX, em especial na Alemanha e Itália, no Brasil seu marco inicial foi o processo de redemocratização protagonizado pela Constituição de 1988.

O sentimento constitucional, a “vontade de constituição” de Konrad Hesse, desenvolvida pela superação do período de exceção militar, ao longo desses vinte anos de existência e estabilidade democrática, centralizou a Constituição de 1988 no debate político dos poderes e da sociedade, impregnando todos os interesses, conflitos e respectivas soluções, em especial na jurisdição constitucional, como consequência da constitucionalização do direito e de todas as relações sociais, inclusive entre particulares.

Fator decisivo é a concepção da força normativa da Constituição brasileira, superando o simbolismo de sua concepção programática, bem como pela efetividade de seus comandos e determinações, por meio da doutrina e da jurisdição constitucional⁸⁹.

A constitucionalização do direito é tratada por Luís Roberto Barroso como um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico”, condicionando a validade e o sentido do direito infraconstitucional, repercutindo sobre a atuação dos Poderes, da sociedade e entre os particulares⁹⁰.

Nesse aspecto, a constitucionalização do direito tem influência no Poder Legislativo pela limitação de sua atividade conformadora e imposição de deveres de observância dos direitos e programas constitucionais; no Executivo, pela limitação da discricionariedade, imposição de deveres e atuação com fundamento direto na Constituição; e no Judiciário, ao balizar o controle de

⁸⁹ Podem-se apontar como importantes marcos teóricos na doutrina brasileira as obras de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais, de 1968) e de Luís Roberto Barroso (O Direito constitucional e a efetividade de suas normas, de 1990). A jurisdição constitucional pelo seu ganho de amplitude em 1988, com alargamento da legitimidade no seu acesso, compromisso com a defesa dos direitos fundamentais individuais e sociais, bem como pela democratização dos intérpretes no processo constitucional, por meio do *amicus curiae* e das audiências públicas (teorizadas por Peter Häberle). Quanto à superação da programaticidade e do simbolismo, especificamente dos direitos sociais, o tema será abordado no Capítulo 2 desta dissertação.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordenadores). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

constitucionalidade, a interpretação e a ponderação. Quanto à sociedade e aos particulares, restringe-se a sua autonomia e liberdade, com vinculação aos direitos fundamentais e valores constitucionais⁹¹.

Sente-se essa influência direta da Constituição no direito infraconstitucional, em que estas normas passam a ter uma qualidade subordinante àquela, pela permanente verificação de legitimidade principiológica e material do direito civil, penal, processual, administrativo, financeiro e orçamentário ao texto constitucional.

Essa filtragem constitucional⁹² de toda legislação ordinária, em especial das relativas à atividade do Estado, sofrem grande influência constitucionalizadora por uma série de circunstâncias: tratamento constitucional específico da Administração Pública, com instituição de princípios vinculantes, em especial a eficiência; a redefinição da ideia de supremacia do interesse público, com preponderância dos direitos fundamentais; a superação da ideia limitada de vinculação ao princípio da legalidade para vinculação ao princípio da juridicidade ou constitucionalidade; e a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo⁹³.

Nesse contexto brasileiro da constitucionalização do direito, tem-se como principal destaque, decorrente inclusive pela atuação da jurisdição constitucional, a “expressiva judicialização das relações políticas e sociais”⁹⁴, que se evidenciam pela constante atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas, relações entre poderes, garantia dos direitos

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *cit.*, p. 218.

⁹² Explica Paulo Ricardo Schier que o fenômeno da filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa e vinculante da Constituição, enquanto sistema aberto de regras e princípios, num processo em que toda ordem jurídica, formal e material, passam pelo filtro axiológico da Constituição, impondo a cada momento da aplicação do direito, uma releitura atualizada de suas normas. Para Schier, a filtragem implica alguns mecanismos de realização prática, como a necessidade de estabelecimento de novas técnicas decisórias para a jurisdição constitucional, a possibilidade da potencial inconstitucionalidade das leis injustas, a efetividade dos valores constitucionais democráticos e a interpretação da legislação conforme a Constituição (SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 104-108).

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *cit.*, p. 235-238.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *cit.*, p. 243.

fundamentais e questões do dia-a-dia das pessoas (como planos de saúde, assinaturas telefônicas e valor da passagem de transporte coletivo).

Luís Roberto Barroso tributa esse desenvolvimento e ascensão política da jurisdição ao aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira, “pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos”, bem como pela circunstância da criação de novos direitos constitucionais, com novas ações coletivas e ampliação da legitimidade ativa, representação e substituição processual para tutela de interesses⁹⁵.

Mas é o próprio Barroso que faz o alerta para os riscos da constitucionalização excessiva, com consequências negativas, tanto de natureza política, pelo esvaziamento do poder das majorias no debate legislativo, como de natureza metodológica, pelo decisionismo judicial⁹⁶. Para Barroso, é indispensável que juízes e tribunais evitem a discricionariedade judicial na solução de casos difíceis, abrindo preferência para a lei, quando decorrente de inequívoca e válida manifestação do legislador, bem como preferência pela regra, em que o constituinte descrever a conduta a ser seguida, prevalecendo sobre o princípio de igual hierarquia.

Esses pontos de estrangulamento e limites ao controle das políticas públicas constitucionalizadas serão alvo de abordagem específica no momento apropriado, sendo oportuno notar, desde agora, a complexidade e o avanço que a constitucionalização representa, impulsionando e potencializando a cidadania.

O constitucionalismo brasileiro da efetividade, consequência direta do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, demonstra-se pela vigência de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático e humanista, que tem por objetivo a realização da justiça social material, pela concretização responsável dos direitos sociais, por meio da implementação das políticas públicas constitucionalizadas.

Sua principal consequência positiva consiste no refinamento da

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *cit.*, p. 242-243.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391-393.

cidadania participativa e reivindicatória, em que os direitos constitucionalizados passam a ser o principal referente de conformação e concretização, decorrentes daquela centralidade normativa suprema da Constituição de 1988.

1.5. Implicações dos paradigmas: a potencialidade da cidadania participativa e reivindicatória.

As democracias instituídas pelo Estado liberal dos séculos XVIII e XIX correspondiam ao princípio da cidadania representativa, legitimando os parlamentos.

Contemporaneamente, com a inclusão da igualdade na liberdade, de forma material, tem-se a democracia participativa, em que todo sistema político institucionalizado pressupõe o envolvimento popular para atender aos seus anseios e demandas, legitimando toda atividade estatal.

O fenômeno da constitucionalização do direito no Estado Constitucional Democrático refina e potencializa ainda mais a cidadania, pois do catálogo de direitos fundamentais contidos no texto constitucional parte-se diretamente para a reivindicação no espaço público e, na sua omissão ou prestação ineficiente, parte-se para a excepcional concretização judicial, amparando-se lesões ou ameaças a direitos sociais.

O fundamento democrático apresenta-se de extrema importância nesse contexto, pois com a constitucionalização das políticas públicas, seja por meio das opções tomadas pelo constituinte, seja pelo legislador constitucional ou ordinário, vinculam todos os Poderes e a sociedade.

A primeira vinculação atinge os Poderes Executivo e Legislativo, responsáveis pela elaboração, definição e execução das opções democraticamente estabelecidas para as políticas públicas, estas como instrumentos de realização direta dos direitos sociais.

Isso decorre da formulação do modelo e do papel do Estado adotada pela Constituição, que o institui, o que gera de sua parte preocupações, obrigações e prestações para a sociedade, que por sua vez, está dotada de cidadania participativa e reivindicatória.

E essa vinculação não permanece mais no plano abstrato, programático ou teórico, evidenciando-se nesses vinte anos de vigência da Constituição de 1988 uma crescente participação e reivindicação da sociedade na formulação, definição e execução das políticas públicas, com a criação de instrumentos democráticos e eficazes de participação social⁹⁷.

A segunda vinculação, quanto ao Poder Judiciário, demonstra-se na excepcionalidade de sua intervenção quando se verificar a omissão total ou parcial na implementação daquelas opções democráticas, determinando a concretização ponderada e responsável da obrigação estatal inadimplente.

O poder conferido pela sociedade ao Estado, definido na Constituição, é único, mas apenas exercido separadamente para que sua finalidade social seja atingida, não de forma compartimentalizada, mas em permanente cooperação e harmonização, tendo como norte e compromisso a realização democrática dos direitos fundamentais sociais.

Como fundamento existencial do Estado Constitucional Democrático brasileiro, a cidadania aparece na Constituição de 1988 em seu primeiro artigo, segundo inciso, não apenas como titular de direitos políticos, mas como participante da vida estatal, qualificando e reconhecendo o indivíduo como pessoa integrada social e politicamente.

Significa a cidadania, nesse contexto constitucional, na concepção de José Afonso da Silva, que o funcionamento do Estado está submetido à vontade popular, em conexão com o conceito de soberania popular, com os direitos políticos e “com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático”⁹⁸.

Democracia e cidadania encontram-se diretamente vinculadas, em que esta ganha novos relevos a partir da evolução histórica daquela, em permanente fundamento de legitimidade de todo sistema constitucional.

Paulo Bonavides registra a escalada dessa legitimidade constitucional,

⁹⁷ A cidadania participativa se amplia não se limitando mais aos instrumentos políticos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, nos termos do artigo 14 da Constituição de 1988. Tem-se a efetiva participação na gestão, nos rumos e no controle dos poderes públicos.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 104-105.

em contínuo movimento histórico, pois o século XIX foi o século do legislador, “o século XX foi o século do juiz e da justiça constitucional universalizada; já o século XXI está fadado a ser o século do cidadão governante, do cidadão povo, do cidadão soberano, do cidadão sujeito de direito internacional”⁹⁹.

A historicidade a que a cidadania se submete, em contínua evolução e refinamento, principalmente se focados nos direitos sociais, evidencia a sua circunstância, gradualidade e progressividade ao longo do avanço da humanidade e do aprimoramento do papel do Estado.

Essa construção histórica dos direitos do homem, apresentada por Norberto Bobbio, com ênfase social, caracteriza a multiplicação e a proliferação acelerada dos direitos por três razões: pelo aumento da quantidade de bens a serem tutelados; pela extensão da titularidade a sujeitos diversos; pela consideração do homem na sua especificidade e concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade¹⁰⁰.

Essas razões apontadas caracterizam a passagem dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, com necessária intervenção do Estado. Demonstram, ainda, a passagem da consideração do indivíduo humano singular para a humanidade em seu conjunto, bem como a constatação dos diversos *status* sociais humanos, que não mais permitem igual tratamento e igual proteção.

Todos esses aspectos ressaltam a potencialidade da cidadania participativa e reivindicatória ao longo do processo de universalização e concretização dos direitos do homem, nas sucessivas cartas de direitos mundiais pós-segunda guerra, evidenciando-se uma cidadania multidimensional¹⁰¹.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado, cit.*, p. 351.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos, cit.*, p. 63.

¹⁰¹ Ricardo Lobo Torres considera que a cidadania multidimensional se evidencia por quatro dimensões: na dimensão temporal, pela visualização sucessiva dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos, envolvendo tanto a liberdade quanto a justiça e a solidariedade; na dimensão espacial, quando examinada a cidadania nos planos local, nacional, internacional e supranacional, além do virtual-cibernético; na dimensão bilateral, por compreender direitos/deveres que se expressam na cidadania pública/privada e na cidadania ativa/participativa; e na dimensão processual, por envolver os processos jurídicos de atualização dos direitos e deveres (TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 256).

Mas a universalidade e o reconhecimento não consistem mais no grave problema da efetividade dos direitos sociais neste século XXI, mas sim o de protegê-los¹⁰² e, hoje, concretizá-los responsabilmente.

A participação democrática máxima deu-se com o processo constituinte de 1988, de onde a cidadania reivindicatória extrai fundamento e legitimidade para a realização e concretização dos direitos sociais, base do republicanismo¹⁰³ brasileiro institucionalizado.

A evolução potencial da cidadania ao longo deste século XXI, pela sucessiva evolução dos direitos, vincula-se à efetividade, concretização e progressividade dos direitos fundamentais sociais, por serem capazes de atingir a sociedade de massas, indeterminada e indeterminável, complexa e mundializada, característica destes e dos próximos tempos.

A efetividade e a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais nesse contexto, desafiando o papel e as possibilidades do Estado Constitucional Democrático, serão pontos de estrangulamento a serem enfrentados na atuação excepcional da jurisdição, na ponderação responsável.

A consolidação da centralidade normativa suprema da Constituição de 1988, com seus efeitos irradiando por todo sistema jurídico ao longo destes 20 anos de existência e estabilidade democrática, demonstra a sua irreversibilidade e o seu papel de parâmetro para a efetividade dos direitos sociais em contínua progressividade.

Antes, fundamento de validade. Agora, ininterrupto fundamento de legitimidade. De súdito a cidadão participativo e reivindicador de seus direitos fundamentais sociais perante o Estado, cuja finalidade e razão de existir se perfaz com o atendimento dessas reivindicações prestacionais.

Depois de apresentados os principais modelos de Estado e sua finalidade social, em permanente abertura à realidade, chega-se ao paradigma

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, cit., p. 23.

¹⁰³ O republicanismo pode ser caracterizado, principalmente: a) pela negação de qualquer tipo de dominação, seja pela relação assalariada, feudal ou de escravidão; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de Direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas públicas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial (AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16).

do século XXI, em que o constitucionalismo abre perspectivas avançadas à cidadania participativa e reivindicatória, no processo contínuo de democratização pós-1988.

O Estado Constitucional Democrático, a concepção material da Constituição, o desejo do constituinte pela efetividade dos direitos sociais, o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito, todos esses pressupostos abordados afetam a concepção dos aplicadores e atores jurídicos acerca do sentido, extensão e limites do texto constitucional.

As expectativas normativas sociais geradas pelo modelo estatal instituído pela Constituição de 1988 refletem os desafios prestacionais do Estado diante dos direitos sociais, em especial pela efetividade e especificidade do direito à educação, composto na sua essência por princípios constitucionais de grande relevância.

Capítulo II – Direitos Fundamentais Sociais: os desafios prestacionais do Estado diante da singularidade e efetividade do direito à educação no sistema constitucional brasileiro.

Apresentando extenso rol de direitos fundamentais sociais, com a Constituição da República de 1988 inaugura-se um período de cidadania plena e definem-se os rumos para a busca da efetivação e concretização dos programas, princípios e metas de desenvolvimento, na realização da justiça social material.

Ao contemplar uma gama extensa de direitos fundamentais sociais jamais conhecida na história constitucional brasileira, bem como instrumentos democráticos e processuais de garantia de sua concretização, a Constituição da República, que completou duas décadas de vigência, consolidou-se como Constituição Cidadã, o que permite maior participação e reivindicação social.

O constituinte de 1988, além do compromisso político-social para com a nova ordem constitucional democrática, tinha como certo o compromisso histórico de não mais permitir o retorno ao período de exceção dos direitos fundamentais, característica do regime militar imposto em 1964¹⁰⁴.

Em razão disso, o constituinte inicia a Constituição de 1988 com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, essencial ao Estado Constitucional Democrático.

Simplemente declarar e garantir direitos fundamentais não se fez suficiente, tornando-se necessário dirigir os rumos do país para o completo desenvolvimento e implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, em razão dos objetivos assumidos como fundamentais à República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem

¹⁰⁴ Período de excepcionais restrições aos direitos e garantias fundamentais e à democracia, foi o traço marcante da Constituição outorgada em 24/01/1967 e pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969, refletindo a institucionalização do Golpe Militar de 1964.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁰⁵, todos objetivos de incomensurável densidade social.

Nesse contexto constitucional, os direitos fundamentais sociais assumem grande relevância ao proporcionar ao cidadão, por meio de ações estatais, a realização da justiça social.

Mas isso se faz de maneira responsável, pois os seus maiores desafios consistem na possibilidade do Estado ser obrigado a essas prestações, por meio de imposições à criação dos pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, bem como sobre a possibilidade e limites de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações contra o Estado.

A estrutura dos direitos fundamentais sociais, sua importância e relevância principiológica na essência do Estado Constitucional Democrático brasileiro, bem como suas características quanto à aplicabilidade e perenidade, progressividade e vedação de retrocesso social, permitem certa preferência no momento da ponderação responsável, como apelo à realização dos direitos sociais na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

No sistema constitucional brasileiro, atual e futuro, a importância gradual da educação é destacada como capaz de otimizar a cidadania e os demais direitos sociais, na medida em que instrui e prepara os cidadãos à participação e à reivindicação popular ou judicial de seus direitos individuais e dos outros direitos sociais, ampliando-se o círculo social de intérpretes da Constituição¹⁰⁶.

Isso se verifica pela singularidade que o constituinte de 1988 conferiu à educação, dotada de princípios relevantes, que se desenvolvem em sanções e responsabilidades, constitucionalização de políticas públicas e determinações orçamentárias, vinculação de receitas e participação popular, perenidade e

¹⁰⁵ Referência ao Artigo 3º, incisos I a IV, da Constituição da República de 1988.

¹⁰⁶ Paulo Bonavides, ao explicar a democracia na “Constituição aberta” na concepção de Peter Häberle, evidencia que esse entendimento demanda uma base social estável, pressupostos institucionais firmes e cultura política ampliada e desenvolvida, com cidadãos conscientes de seu papel constitucional, o que passa a idéia de que a educação constitucional seria um pré-requisito necessário à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 516).

efetividade, universalização e progressividade.

Mesmo assim, ainda se apresentam obstáculos e desafios à sua efetividade e concretização, pontos sensíveis a serem enfrentados ao final pela jurisdição constitucional no momento de sua intervenção excepcional, para um juízo de ponderação responsável.

2.1. Historicidade e dimensão social

Produto da cultura ocidental, a caracterização dos direitos fundamentais tem sua origem no Iluminismo¹⁰⁷ do século XVIII, como contestação ao absolutismo¹⁰⁸ e a reivindicação dos direitos humanos¹⁰⁹.

Com o indivíduo passando a ser o centro das atenções, pela visão humanista do Iluminismo, tem-se que a sua vida e os seus direitos não podem mais ser arbitrariamente subtraídos pelo soberano, tornando-se necessária a sua garantia e o seu respeito a todo e qualquer homem, em qualquer lugar ou tempo.

Os direitos fundamentais, como direitos do homem enquanto cidadão, possuem dimensões coincidentes com o período histórico de sua consolidação e registro formal em documentos mundiais.

A base histórica da afirmação desses direitos humanos originou-se com a Revolução Inglesa de 1689, depois com a Declaração de Independência Americana de 1776, culminando, em seu registro mais significativo, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789.

¹⁰⁷ Norberto Bobbio registra que o iluminismo indica um movimento de ideias iniciado no século XVII, mas com intenso desenvolvimento no século XVIII, que tinha por objetivo estimular a razão contra a autoridade, como crítica à tradição cultural e institucional. O “século das luzes”, como também ficou caracterizado esse período, tem como programa a “difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos.” (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 13 ed. Brasília: UNB, 2007, p. 605).

¹⁰⁸ Também se retira de Norberto Bobbio a caracterização do absolutismo como indicativo do poder monárquico ilimitado e pleno, bem como arbitrário, do século XVIII. (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*, *cit.*, p. 1).

¹⁰⁹ Registra, ainda, Norberto Bobbio que “o constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos Direitos Humanos e de cidadania, um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder.” (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*, *cit.*, p. 353).

A origem social dos direitos do homem se caracteriza com a necessidade de considerar-se o indivíduo como integrante da comunidade, em que suas expectativas não são mais particularizadas, mas sim coletivizadas em razão da demanda por prestações estatais inerentes à dignidade humana, por meio da ação do Estado social.

A massificação da sociedade moderna e industrial, as reivindicações coletivas por melhores condições humanas e a multiplicação dos direitos implicaram-se na grande demanda por oportunidades de trabalho, assistência e prestações de instrução e de saúde, evidenciados no século XIX e especialmente destacados no pós-guerra do século XX.

Nesse contexto histórico, as dimensões¹¹⁰ aos direitos fundamentais começam a ser muito bem definidos, a ponto de serem estabelecidos os de primeira, os de segunda e os de terceira dimensão, na esteira do lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

Os direitos de primeira dimensão, de natureza individual, representam-se pelos direitos civis e políticos, como verdadeiras garantias de liberdade individual perante o Estado (liberdades públicas negativas), a exemplo do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Este primeiro momento de consolidação dos direitos de liberdade (*status* negativo) perante o Estado coincide, historicamente, com a fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente e o registro formal desses direitos¹¹¹.

Estabelecidos os direitos individuais perante o Estado (liberal) surge, com o advento da Revolução Industrial e da nova ordem econômico-laboral consequente no século XIX, a preocupação com os direitos de segunda dimensão, representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais, ensejando-se uma atuação positiva do Estado, a exemplo da saúde, da assistência social, do trabalho e da educação.

¹¹⁰ Adota-se esta nomenclatura, em concordância com a idéia de Paulo Bonavides, para quem o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', em que este pode induzir à errônea idéia de sucessão cronológica dos direitos e à suposta caducidade das gerações antecedentes. Para Bonavides, o ápice da pirâmide das dimensões dos direitos seria a democracia, em que os demais seriam infraestruturais a este e eficazes nas suas respectivas dimensões (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 571-572).

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 563.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais destacou-se no século XX e, em especial, nas Constituições do segundo pós-guerra, ganhando corpo justificável em razão de sua efetividade progressiva, passando da reduzida normatividade programática à eficácia imediata, inserindo-se a igualdade na liberdade, como forma de realização da justiça social material¹¹².

Quanto aos direitos fundamentais de terceira dimensão, decorrentes da sociedade de massas, tem-se como exemplo a autodeterminação dos povos, a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, a comunicação, o patrimônio comum da humanidade, de caráter marcadamente transnacional e multicultural¹¹³.

A maior universalização e consenso geral de validade¹¹⁴ de direitos humanos no século XX se verifica com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que completou 60 anos de existência, proliferando-se dignidade social por todo o globo.

Seguiu-se, em sistema mundial, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, propiciando a constitucionalização e a consolidação dos direitos fundamentais sociais em Cartas Políticas, universalizando a obrigação prestacional social em cada Estado.

2.2. Fundamentalidade dos direitos sociais: a constitucionalização e seus efeitos

A consagração na ordem jurídica constitucional dos direitos fundamentais sociais reflete o grau de importância e de legitimidade que uma sociedade confere a esses direitos, como verdadeiros fundamentos existenciais do Estado, limites e vinculação a toda sociedade e aos Poderes constituídos.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 564-565.

¹¹³ Ainda nessa linha de dimensões, Paulo Bonavides aponta uma quarta, decorrente do processo incessante de globalização, a exemplo da democracia, da informação e do pluralismo, que se verifica no plano da comunidade internacional de nações, como último grau de evolução conceitual do gênero humano, com vistas à legítima e possível globalização política, econômica e cultural. Finaliza Bonavides com a quinta dimensão de direitos fundamentais, que consiste no direito à paz, como supremo direito da humanidade (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 571-572 e p. 593).

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos, cit.*, p. 26.

O fenômeno da constitucionalização é assinalado por Canotilho como a incorporação de direitos em normas formalmente básicas, com a subtração do seu reconhecimento e garantia da disponibilidade do legislador ordinário, tendo como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o “controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas”¹¹⁵.

Sua fundamentalidade advém do registro dos direitos fundamentais nas Cartas Políticas em dois planos, conforme aponta Canotilho, um formal e outro material¹¹⁶.

A fundamentalidade formal possui quatro dimensões relevantes: posição superior na ordem jurídica das normas consagradoras de direitos fundamentais; submissão a procedimentos graves de revisão; limites materiais da própria revisão; e vinculação imediata dos poderes públicos como parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controles.

Materialmente, a fundamentalidade refere-se que o conteúdo dos direitos fundamentais é o constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade, possibilitando uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.

Abordando-se os modelos de positivação constitucional dos direitos sociais, Canotilho aponta quatro modalidades de conformação: como normas programáticas; como normas de organização; como normas institucionais e como direitos subjetivos públicos¹¹⁷.

Nesse sentido, Cristina Queiroz ao caracterizar as diferentes estratégias de positivação dos direitos sociais (como tarefas legislativas, como determinação dos fins do Estado, como tarefas institucionais, como princípios diretivos ou como mandatos de optimização), registra que a medida e a intensidade da vinculação jurídica dos direitos sociais dependerão do carácter

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 378.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 379.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 474-475.

mais concreto e determinado com que a norma resulte formulada, bem como delimitados os respectivos destinatários¹¹⁸.

Cada uma dessas modalidades influencia a maior ou menor vinculação e normatividade dos direitos sociais, de acordo com sua especificação e positividade na Constituição de um determinado ordenamento jurídico.

No entanto, Canotilho sustenta a dimensão subjetiva dos direitos sociais, como espaço existencial do cidadão, independentemente de sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Quanto à dimensão objetiva, os direitos sociais modelam obrigações legiferantes, obrigando o legislador a criar condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, bem como geram o fornecimento de prestações aos cidadãos¹¹⁹.

Os efeitos gerados pela constitucionalização e fundamentalidade dos direitos sociais constituem-se no indicativo essencial para a sua efetividade, em especial no sistema constitucional brasileiro, em razão de se apresentarem como princípios básicos da ordem constitucional.

2.3. Função específica e ambivalência: o *status* negativo e o *status* positivo

Os direitos fundamentais sociais evidenciam uma particular situação de ação estatal.

Analisando a teoria dos *status* de Jellinek (*status* passivo; *status* negativo ou *status libertatis*; *status* positivo ou *status civitatis*; e o *status* ativo ou *status* da cidadania ativa), Robert Alexy registra se tratar de uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo (uma situação)¹²⁰.

Na teoria de Jellinek, os direitos sociais correspondem ao *status* positivo ou *status civitatis*, por reclamarem uma ação, um fazer por parte dos poderes públicos, garantindo pretensões positivas. Essa situação garante ao indivíduo direito a algo em face do Estado, bem como uma competência em relação ao

¹¹⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 64.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 476.

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255.

seu cumprimento.

Visualizando uma forma de restringir a margem de ação estatal, Robert Alexy explica que Jellinek inclui a pretensão ao não embarço em face das autoridades estatais como pertencente ao *status* positivo dos indivíduos, o que gera um direito em face do Estado a uma ação negativa, uma abstenção estatal¹²¹. Com esse raciocínio, inclui o *status* negativo no *status* positivo, com alguns refinamentos, dividindo-o em sentido estrito e amplo.

Ao *status* positivo em sentido amplo pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas. Ao *status* positivo em sentido estrito pertencem somente os direitos a ações positivas. Utiliza-se Alexy dessa diferenciação para, mais adiante, fundamentar a diferença entre direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais prestacionais) e direitos a prestações em sentido amplo (direitos a proteção e os direitos a organização e procedimento)¹²².

Nesse sentido, a função de prestação dos direitos fundamentais sociais, na visão de Canotilho, associa-se a três núcleos problemáticos: a questão dos direitos sociais originários, acerca da possibilidade de derivação direta das normas constitucionais a prestações materiais; a questão dos direitos sociais derivados, sobre a exigência de uma atuação legislativa concretizadora, sob pena de omissão inconstitucional e na exigência e obtenção ao direito de igual participação nas prestações criadas; e, como decorrência de uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de sua obrigação com as políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (escolas), serviços e fornecimento de prestações¹²³.

Nota-se com isso uma ambivalência dos direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que uma situação pode apresentar uma abstenção do Estado na esfera da liberdade individual, essa abstenção necessita de intervenção normativa, organização e procedimentos para se realizar. Nessa percepção, a situação do cidadão a ter direitos em face do Estado, a uma ação

¹²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 266-267.

¹²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 433.

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 408-409.

positiva, também se evidencia a abstenção do Estado como garantia de realização, vedação de retrocesso e progressividade dos direitos sociais positivados.

2.4. Regime especial e estrutura: os princípios e as regras

A justificativa por um regime especial dos direitos sociais, no entendimento de Jorge Miranda, se faz diante da conexão com tarefas e incumbências do Estado, no sentido de promover o bem-estar social e econômico, a qualidade de vida e a justiça social, assegurando igualdade de oportunidades e a correção das desigualdades¹²⁴.

Para Canotilho, a existência de um tratamento diferenciado aos direitos fundamentais sociais se faz em razão de seus pressupostos múltiplos que condicionam, de maneira positiva e negativa, a sua existência e proteção, como a “capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa”¹²⁵.

Canotilho ainda aponta como problemas específicos à proteção dos direitos sociais, o da garantia do seu núcleo essencial; da necessidade de realização de políticas públicas geradoras de proteção institucionalizada no âmbito social; da vinculatividade normativo-constitucional aos poderes públicos de criação de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas; e, por fim, o controle judicial da realização dos direitos sociais¹²⁶.

Além desses pressupostos, condicionando decisivamente o regime jurídico do estatuto positivo dos cidadãos¹²⁷, tem-se o contorno e a configuração dos direitos fundamentais com estrutura normativa de regras e princípios.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 427.

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 473.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 518-519.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 473.

O relevo consiste na diferenciação entre princípios e regras, como elemento fundamental para a compreensão das normas de direitos fundamentais sociais e a problemática da ponderação.

Aponta Robert Alexy¹²⁸ que essa diferenciação consiste na base da teoria da fundamentação dos direitos e chave para solução dos seus problemas centrais, propiciando uma teoria adequada sobre a restrição, colisões, funções, bem como elemento fundamental dos direitos a prestações em sentido estrito¹²⁹.

Tanto regras quanto princípios se expressam por meio de normas (o que deve ser), formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Toda norma é ou uma regra ou um princípio a ser diferenciado de forma qualitativa.

Ponto decisivo para Robert Alexy, na distinção entre regras e princípios, consiste em que normas que se expressam por meio de princípios “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, como “mandamentos de otimização”, com a possibilidade de satisfação em graus variados, a ser determinado pelos princípios e regras colidentes¹³⁰.

Regras constituem-se normas a serem satisfeitas ou não satisfeitas, faz-se exatamente o que determinam no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, como determinação.

¹²⁸ Nesta dissertação fez-se a opção pela teoria dos princípios de Robert Alexy, tendo em vista a ampla aceitabilidade de sua obra principal na doutrina nacional, inclusive da ponderação (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, com tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008), e ainda pela mesma linha de origem romano-germânico (*civil law*). Esse o motivo de não se ocupar com a teoria dos princípios de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007), mais aplicada aos sistemas de origem *common law*. Em sua obra Dworkin faz severa crítica ao positivismo jurídico (quanto à regra do reconhecimento, da discricionariedade judicial e inexistência de obrigações jurídicas nos casos difíceis), para fundamentar uma teoria dos princípios como “standards” (sem clareza quanto à dimensão dos pesos) e as regras como aplicáveis na forma do “tudo-ou-nada” (mesmo nos casos de colisão entre regras e princípios). Parte Dworkin da idéia de que o direito é uma integridade, existindo uma única resposta correta para tudo. Isso lhe rendeu críticas, pela preferência condicionada à melhor ou mais adequada resposta de acordo com o caso e suas circunstâncias, e não à única correta para tudo, com base na argumentação e fundamentação.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 85.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 90.

Para Alexy, tem-se a colisão entre princípios e o conflito entre regras¹³¹. O conflito entre regras soluciona-se por meio de uma cláusula de exceção ou de invalidade.

Na colisão entre princípios, um deles cede em favor do outro, sem redução de sua importância ou validade, sob determinadas condições, motivo pelo qual nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

Assim, na visão de Alexy, observa-se o conflito entre regras na dimensão da validade, enquanto a colisão de princípios na dimensão do peso.

Como princípios¹³², os direitos fundamentais sociais encontram-se submetidos com frequência à colisão com outros princípios integrantes da ordem constitucional, evidenciando-se necessário nesse caso, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles, com base nas circunstâncias do caso concreto. Determina-se com isso qual princípio prevalece e qual cede naquele caso.

Formula Robert Alexy a sua “lei de colisão”, com a seguinte configuração: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. Por essa “lei” tem-se a inexistência de relação absoluta de precedência e a sua referência a ações e situações que não são quantificáveis¹³³.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 91-94.

¹³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit. Nesta obra clássica sobre a teoria dos direitos fundamentais, Alexy defende a tese de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação ou precisão, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização (p. 575), o que será de grande relevância para análise da ponderação responsável do direito fundamental social à educação no Capítulo 4 desta dissertação. Também compartilhando do entendimento de que os direitos fundamentais, individuais e sociais, possuem a natureza de princípios, tem-se Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 68-69); Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 286-287); Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 72); e Gilmar Ferreira Mendes (*Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335).

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 99. Entende Alexy que todos os princípios encontram-se suscetíveis de serem colocados em uma relação de precedência em face de outros princípios, inclusive a dignidade humana, opondo-se à existência de princípios absolutos.

Como exigência de que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, os princípios contêm um caráter *prima facie*, e não mandamento definitivo como as regras.

Os princípios, assim, se encontram em conexão com a máxima da proporcionalidade, com suas parciais da adequação, da necessidade (escolha do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito).

Para Alexy¹³⁴,

“A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.

Objetivando fundamentar uma regra para todos os tipos de sopesamento de princípios, formula Robert Alexy a chamada “lei do sopesamento”, da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹³⁵.

Com isso demonstra-se a relatividade dos pesos de cada um dos princípios em colisão, que no caso concreto e dentro das possibilidades jurídicas, indica o grau de importância e de precedência no sopesamento.

Esses detalhamentos dos princípios, bem como o sopesamento na ocasião das colisões, serão pontos de grande relevância no momento da concretização responsável dos direitos fundamentais sociais, menos submetidos a questionamentos sobre possibilidades jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito), e mais condicionados às possibilidades fáticas e contingências prestacionais (necessidade e adequação).

2.5. O direito prestacional em sentido estrito: o direito fundamental social e a necessidade de ponderação

Os direitos sociais, decorrentes da nova relação entre Estado e

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 118.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 167.

sociedade, pelo seu fundamento de legitimidade, bem como da inserção da igualdade na liberdade, se preocupa com a ação corretiva do Estado social por meio de prestações materiais positivas, que se realizam, entre outras, pela assistência social, saúde, trabalho e educação.

Cossio Díaz ressalta dois elementos integrantes do termo “direitos sociais”, que se trata do reconhecimento a prestações a cargo do Estado e do valor igualdade como finalidade¹³⁶.

Registra, ainda, que se pode falar em direitos de igualdade quando se referir à sua significação axiológica (ou teleológica) e em direitos prestacionais, quando se referir à sua dimensão ativa ou material, considerando esta denominação a mais adequada com a fórmula “*Estado social y democrático de Derecho*”, por este se realizar a partir dos valores que postula¹³⁷.

Evidencia-se, nesse aspecto, a marcante mudança do papel estatal na promoção do bem estar social, como uma forma de compensar a desigual liberdade suportada pelos cidadãos, finalidade existencial e legítima de um Estado Constitucional Democrático.

Mas nem todo direito à prestação é um direito fundamental social. Este faz parte dos direitos à prestação em sentido estrito, que possui como objetivo a igualdade material entre os cidadãos, por meio de ações estatais concretas (bem ou serviço social).

Robert Alexy diferencia os direitos fundamentais em direitos a ações negativas e direitos a uma ação positiva do Estado.

No primeiro, tem-se a situação em que os direitos fundamentais são destinados à proteção do indivíduo contra intervenções do Estado, como verdadeiro direito de defesa (abstenções), pertencente ao *status* negativo do cidadão. No segundo, por sua vez, têm-se os direitos a uma prestação Estatal

¹³⁶ DIAZ, José Ramón Cossio. *Estado Social y Derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 46.

¹³⁷ DIAZ, José Ramón Cossio. *Estado Social y Derechos de prestacion*, cit. p. 46. Oportuno registrar que Cossio Díaz desenvolve sua tese a partir da Constituição espanhola de 1978, justificando como mais adequado o termo “derechos prestacionales”, por ser o termo “direitos sociais” relacionados ao passado de conflito de classes, perdendo sentido nos dias atuais, em que se busca o desenvolvimento dos valores postulados pela Constituição e o reconhecimento dos modos previstos para sua realização (*Ibidem*, p. 47).

positiva, representando um *status* positivo do cidadão¹³⁸.

Fundamentando sua teoria principiológica com ponto de partida na realidade constitucional alemã¹³⁹, Alexy entende que os direitos a prestações podem ser compreendidos de forma ampla (ação normativa) ou de forma estrita (ação fática estatal).

Direitos a prestações em sentido amplo tem-se os direitos a proteção e os direitos a organização e procedimento.

Os direitos a proteção se entendem por aqueles que o titular possui perante o Estado para que este o proteja contra intervenções de terceiros, por meio de normas de direito penal, de responsabilidade civil, processual, administrativo e ações fáticas, objetivando a proteção de bens fundamentais (vida, saúde, dignidade, liberdade, família e propriedade)¹⁴⁰.

Por sua vez, os direitos a organização e procedimento referem-se à exigência de criação pelo Estado de instituições e procedimentos necessários ao exercício dos direitos fundamentais, em relação às competências, procedimentos judiciais e administrativos, bem como organizações, por meio da criação de institutos jurídicos, atos procedimentais definidos, órgãos e estruturas necessárias à realização dos direitos fundamentais¹⁴¹.

Quanto aos direitos fundamentais sociais (direitos a prestação em sentido estrito), Robert Alexy fornece seu conceito:

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 433-434.

¹³⁹ A Lei Fundamental de Bonn (1949) não dispõe expressamente de normas sobre direitos fundamentais sociais em seu texto, o que se encontra com mais riqueza nas Constituições dos Estados-membros (*Länder*), a ponto de se extrair direito subjetivo a prestações. A construção dos direitos sociais na Alemanha formulou-se por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, por meio de ponderações orientadas por uma série de pontos de apoio objetivos no sentido da realização das prestações sociais. Tais pontos consistem na obrigação dos poderes estatais na proteção da dignidade humana, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade, normas essas expressamente determinadas na Lei Fundamental alemã (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 435).

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 450.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 484-498.

direitos a prestação em sentido estrito”¹⁴².

Essa definição traz em seu contexto a polêmica sobre a obrigação ou vedação de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos fundamentais sociais, pela ausência de direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa na Lei Fundamental alemã.

Argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais são apresentados por Alexy para, com base na teoria dos princípios, aliada a uma ideia guia de caráter formal¹⁴³, conceber um modelo adequado.

Favoravelmente, aponta o argumento baseado na liberdade jurídica e na liberdade real, como fatores de importância para o indivíduo e pressuposto para o seu exercício. Justifica que a liberdade somente se considera real (fática) quando se torna vital para o indivíduo “não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo”¹⁴⁴.

Contrariamente, evidencia argumentos formais e substanciais. O primeiro refere-se à tarefa política de definição do conteúdo dos direitos sociais, dotados de natural indefinição semântica, bem como de seus efeitos financeiros, o que gera a competência do legislador na decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais, e não dos tribunais, conforme os princípios da separação de poderes e da democracia. O segundo, diante da incompatibilidade ou colisão com normas constitucionais materiais que garantam direitos de liberdade contra os direitos fundamentais sociais¹⁴⁵.

Conclui Alexy que a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente possui é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado, tem-se o princípio da liberdade fática contra os princípios formais da competência do legislador democrático e o princípio da

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 499.

¹⁴³ Alexy, adotando uma concepção formal que subjaz a todos os direitos fundamentais, elabora um enunciado sobre o direito geral a prestações: “em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 450).

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 505.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 507-509.

separação de poderes, além de princípios materiais, como a liberdade de terceiros e outros interesses coletivos e sociais.

Como resposta geral a essa questão, formula Alexy sua hipótese para direitos a prestações definitivamente garantidas, observando-se

“(1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica”¹⁴⁶.

A análise teórica formulada por Robert Alexy reconhece justiciabilidade aos direitos fundamentais sociais, como tem feito o Tribunal Constitucional Federal alemão, independentemente de registro expresso em sua Lei Fundamental de 1949, com solução das colisões de princípios por meio da ponderação, com mais ênfase para o mínimo existencial.

A chave é a teoria dos princípios, pois sobressai o direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática se apresentar com peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto, em especial os direitos mínimos¹⁴⁷.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988, pródiga no registro expresso de direitos fundamentais sociais, com estrutura de princípios, se evidencia com mais possibilidades de efetividade e concretude, tornando menos árdua a ponderação do Supremo Tribunal Federal que na Alemanha, em que sua Lei Fundamental não dispõe de registros expressos de direitos sociais e o Tribunal Constitucional Federal alemão se tornou um grande protagonista nesse sentido.

A polêmica registrada por Alexy pode ser mitigada no Brasil diante da extensão e singularidade dos direitos fundamentais sociais registrados em 1988, com vinculação e efetividade, em especial o direito à educação.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 512.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 517.

2.6. O sistema constitucional social brasileiro

Sob a influência da Constituição Alemã de Weimar de 1919, em 1934 foi registrada historicamente a primeira constitucionalização da ordem social no Brasil, permanecendo e se ampliando nas constituições posteriores.

O registro mais expressivo ocorre com a Constituição da República de 1988, que dispõe de extenso rol de direitos fundamentais sociais, entre eles, no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, o artigo 6º, que determina serem os direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Especificamente, no Título VIII, da Ordem Social, têm-se os artigos 193 a 232, estabelecendo normas sociais acerca da seguridade, saúde, previdência, assistência, educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, comunicação, meio ambiente, família, criança, adolescente, idoso e índios.

Ingo Wolfgang Sarlet reconhece a existência de um sistema de direitos fundamentais, aberto e flexível, “receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional”, harmonizando-se com a concepção dominante da Constituição como sistema aberto de regras e princípios¹⁴⁸.

Identificadores da existência de um sistema próprio de direitos fundamentais consistem no princípio da aplicabilidade imediata, das garantias de efetividade e da proteção perpétua, instituídos pelo constituinte.

Os direitos sociais encontram-se plasmados pelo texto constitucional, em verdadeiro sistema, tornando-se ainda mais necessária e responsável a sua concretização, por meio de uma explicitação sistemática com a ordem econômica e a ordem social.

O constituinte, ao mesmo tempo em que registra expressamente uma gama de direitos sociais na Constituição de 1988, deixa de apontar sua

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.72.

definição geral, cumprindo esta tarefa à doutrina, onde José Afonso da Silva, assim os conceitua:

“são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (...) Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”¹⁴⁹.

O conteúdo dos direitos fundamentais sociais revela um caráter amplo e estritamente vinculado à justiça social e às condições econômicas, pois a sua implementação dependerá de uma capacidade estatal orçamentária.

Justiça social para a Constituição de 1988 assume caráter de princípio informador, garantindo-se além da igualdade jurídica e política, a igualdade social, como programa e diretriz do Estado brasileiro, mediante a “distribuição democrática substancial dos elementos que solidificam um conceito de bem comum e de dignidade da pessoa humana”¹⁵⁰.

A realização da justiça social nesse contexto tem a função de conferir aos menos favorecidos o reequilíbrio da posição de inferioridade social, ao dispor dos meios materiais para uma vida sem desigualdades, sem pobreza e sem miséria¹⁵¹.

Em razão da Constituição de 1988 abrigar em seu catálogo direitos fundamentais que apresentam todas as funções (*status* pela teoria de Jellinek), vinculados às perspectivas subjetivas e objetivas, pelas respectivas positivações no texto, entende Ingo Sarlet que uma classificação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, que se leve em

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 286-287.

¹⁵⁰ BONIFÁCIO, Artur Cortez. Significado de “Justiça Social”. In DIMOULIS, Dimitri (coordenador geral). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 210-211. O verbete sobre Justiça Social, elaborado por Artur Cortez Bonifácio, possui como breve definição: “Forma de efetivação material da justiça, a qual implica na distribuição de bens, direitos e oportunidades iguais para todos, segundo critérios de isonomia, liberdade e solidariedade”.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 710.

consideração as suas funções, pode ser formulada em dois grandes grupos¹⁵²:

“os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo (dos direitos prestacionais), dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais)”.

O desenho conferido pelo sistema constitucional brasileiro aos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, permite conferir além do *status positivus socialis*, um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, constituído pelas liberdades sociais (a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical), bem como pela concretização do princípio da isonomia e da proibição de discriminações¹⁵³.

Tal concepção se evidenciará de suma importância para a efetividade e ponderação responsável dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais encontram-se no mesmo plano de fundamentalidade e de dignidade humana.

Os maiores desafios aos direitos fundamentais sociais, de extrair diretamente de sua norma obrigações contra o Estado à criação de pressupostos fáticos necessários ao seu exercício, bem como acerca de direito do titular a pretensões estatais, passam pela análise de suas qualidades relevantes conferidas pelo próprio constituinte de 1988.

2.6.1. Eficácia imediata e perenidade

Pontos essenciais do constitucionalismo social brasileiro referem-se à produção concreta de efeitos¹⁵⁴ das normas de direitos fundamentais sociais,

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p.167, utilizando-se da proposta também apresentada por Robert Alexy.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p.198-199.

¹⁵⁴ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior a eficácia é uma qualidade da norma que se refere à “possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.

bem como a sua intangibilidade.

Pelo princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, conforme artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, referindo-se indistintamente a todos os direitos fundamentais em geral, inclusive os sociais.

Paulo Gustavo Gonet Branco indica que o significado essencial desse princípio é o de ressaltar que as normas de direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático, encontrando-se aptas a serem aplicadas diretamente pelos magistrados nos casos sob sua apreciação, mesmo à falta de comando legislativo¹⁵⁵.

Especificamente quanto às normas de índole social, carecedoras de interposição do legislador por não serem autoaplicáveis, como exemplo a educação, entende não estarem providas, de forma automática, a gerar direitos subjetivos, concretos e definitivos. No entanto, registra que esse princípio estabelece uma ordem de otimização, conferindo-se maior eficácia possível aos direitos fundamentais, presumindo-se a sua perfeição, quando possível¹⁵⁶.

Ingo Sarlet sustenta a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais constantes do catálogo da Constituição de 1988 (do artigo 5º ao 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais¹⁵⁷.

Justifica apenas que alguns matizes sejam conferidos quando se trata da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais¹⁵⁸.

O constituinte de 1988 consagrou expressamente o princípio da aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais sem exceção, inclusive os sociais que, pela sua estrutura normativa e função, incluem-se como verdadeiros direitos de defesa.

Qualquer dificuldade quanto à aplicabilidade e plena eficácia podem ocorrer pela forma de positivação no texto, quando apresentarem maior

203).

¹⁵⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285-286.

¹⁵⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 287.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 263.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 268-272.

dependência de concretização legislativa ou baixa densidade normativa.

Nesse sentido, advém-se a possibilidade de existir distinções quanto à graduação de aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função exercida pelo direito fundamental.

Sustenta Ingo Sarlet que da norma contida no artigo 5º, §1º, da Constituição da República, de natureza principiológica, extraem-se mandamentos de otimização (na linha de Alexy), estabelecendo a tarefa a todos os órgãos estatais de conferir-se a máxima eficácia a todos os direitos fundamentais, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo.

Assim, a eficácia imediata dos direitos sociais se evidencia pela sua fundamentalidade, pela sua estrutura normativa, pelo princípio da máxima efetividade e pela força normativa da Constituição.

Quanto à perenidade dos direitos fundamentais sociais a questão se apresenta com maiores detalhes em razão da disposição expressa na Constituição de 1988 de que somente os direitos e garantias “individuais” estariam sob o manto da perpetuidade (artigo 60, §4º, inciso IV).

A vinculação dos direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a ausência de distinção de grau ou valor entre os direitos individuais e sociais, aliado ao constitucionalismo material, em harmonia com os postulados do Estado social e democrático, justificam, para Paulo Bonavides, a inclusão dos direitos fundamentais sociais na mais sólida proteção constitucional da cláusula de rigidez extrema¹⁵⁹.

Paulo Branco entende que o constituinte teria dito menos do que queria, em razão de os direitos fundamentais sociais participarem da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior¹⁶⁰. Indica que o fato de os direitos sociais estarem submetidos a eventuais contingências financeiras ou diferenciada estrutura não impede de serem considerados cláusulas pétreas, apontando com exemplo o direito ao ensino fundamental e gratuito.

Defendendo a tese de que somente os direitos sociais que se destinem a prover os cidadãos de condições materiais mínimas (mínimo existencial) são

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 658-659.

¹⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 258-259.

dotados de fundamentalidade material, Rodrigo Brandão¹⁶¹ entende que somente estes são dotados de proteção superconstitucional.

Para Ingo Sarlet os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, §4º, incluem os direitos sociais, os da nacionalidade e de cidadania (direitos políticos), por não existir tratamento diferenciado em toda a Constituição entre direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, nem qualquer primazia entre eles¹⁶².

Os direitos sociais podem ser equiparáveis, quanto à função e estrutura, aos direitos de defesa, o que se chega por meio de uma interpretação sistemática (além da unidade e da máxima efetividade), em razão da Lei Fundamental brasileira consagrar um Estado Democrático e social de Direito (desde o preâmbulo, até os artigos 1º, incisos I a III, artigo 3º, incisos I, III e IV), além de os direitos fundamentais consagrados se apresentarem, em última análise, como direitos de titularidade individual, ainda que de expressão coletiva.

A função precípua das cláusulas pétreas consiste em impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, preservando-se a identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte, como os direitos fundamentais, decorrentes da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Uma interpretação restritiva do artigo 60, §4º, inciso IV, não corresponderia, assim, ao cerne da ordem constitucional brasileira, integrada pelos direitos fundamentais individuais e sociais.

2.6.2. Vedação de retrocesso e de proteção insuficiente

Estabelecidas pelo legislador medidas prestacionais que tornem

¹⁶¹ BRANDÃO, Rodrigo. “São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 478.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988”. In BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 490-494.

concretos os direitos fundamentais sociais, de forma progressiva, pela teoria da vedação de retrocesso social, esta legislação de desenvolvimento fica marcada pela irreversibilidade.

A realização de um determinado grau dos direitos sociais não poderia sofrer involução, o que pode gerar, neste ponto, uma justiciabilidade em razão de se tratar de semelhante direito social adquirido.

A vedação de proteção insuficiente dos direitos sociais está relacionada ao seu caráter aberto de princípios, implicando uma regulação suficiente do legislador e do administrador, proporcional e necessária em sua concretização do conteúdo do direito fundamental social.

Carlos Bernal Pulido estrutura a teoria da vedação de proteção insuficiente em três posições: o indivíduo como sujeito ativo; a administração ou o juiz como sujeito passivo; e como objeto uma prestação, ou seja, uma “conduta positiva consistente em expedir leis tendentes a satisfazer as necessidades básicas do indivíduo e a prover os meios necessários para o exercício das liberdades e dos direitos políticos”¹⁶³.

Tanto a teoria da vedação de retrocesso como a de proteção insuficiente são uma constante no tratamento dos direitos fundamentais sociais, pois com a concretização dos meios proporcionais e suficientes das prestações, veda-se o seu retrocesso, como forma de garantia de progressividade na sua realização.

Registra Carlos Bernal Pulido que pela teoria dos direitos sociais como direitos definitivos, articulando uma dimensão normativa dos direitos sociais como direitos subjetivos contra o legislador e a administração, o ponto essencial do direito ao não retrocesso social cinge-se apenas às prestações estatais dirigidas a satisfação do conteúdo essencial dos direitos sociais, possibilitando o legislador a retroceder em aspectos acessórios¹⁶⁴.

Como direitos *prima facie* o indivíduo tem direito a todos os meios materiais necessários para o exercício do direito social e atendimento de suas

¹⁶³ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, Conceito e Estrutura dos direitos sociais. Uma crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169.

¹⁶⁴ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, Conceito e Estrutura dos direitos sociais. Uma crítica

necessidades básicas que protege o seu âmbito normativo. Mas esse máximo não se apresenta exigível do Estado de maneira definitiva, diante da existência de outros princípios constitucionais e limitações materiais que o impeçam. Veda-se, assim, a proteção deficiente pela não satisfação estatal da necessidade básica implícita no direito social na maior medida possível (omissão ou prestação deficiente).

Registra Pulido que a omissão absoluta ou relativa que constitui uma intervenção no direito social é inconstitucional, salvo se justificada pela idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)¹⁶⁵.

Reconhecendo na Constituição de 1988 o princípio da proibição de retrocesso social, Felipe Derbli justifica que se trata da finalidade de se “garantir o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e, além disso, a permanente imposição constitucional de desenvolver essa concretização”¹⁶⁶.

Por esse princípio, formulado por Felipe Derbli como “vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina infraconstitucional de um direito fundamental social”¹⁶⁷, como ato legislativo comissivo, não apenas o mínimo existencial, mas toda concretização dos direitos sociais estaria englobada no impedimento ao retorno concretizador já alcançado, não se confundindo com as omissões inconstitucionais.

No entanto, encontrando-se todos os direitos fundamentais no mesmo plano de proteção e fundamentalidade principiológica, encontra-se também o princípio da vedação de retrocesso submetido a um juízo de ponderação no momento de colisões, resguardado o núcleo essencial social (mínimo existencial)¹⁶⁸.

O objetivo marcante desse princípio constitui-se em sustentar que com a

a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria”, *cit.*, p. 165-166.

¹⁶⁵ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, Conceito e Estrutura dos direitos sociais. Uma crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria”, *cit.*, p. 171.

¹⁶⁶ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 201.

¹⁶⁷ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, *cit.*, p. 196.

¹⁶⁸ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, *cit.*,

vedação de retrocesso da legislação concretizadora de direitos sociais, tais direitos passariam a exhibir, além do *status* positivo, um *status* negativo como verdadeiro direito de defesa, oponível ao legislador, impedindo-lhe a interferência arbitrária na esfera jurídica dos cidadãos, sob pena de proteção judicial¹⁶⁹.

Esse princípio encontra fundamento na ordem constitucional brasileira em razão dos objetivos assumidos pelo Estado Constitucional Democrático de progressiva redução das desigualdades regionais e sociais, para construção de uma sociedade livre e solidária, onde haja justiça social (artigo 3º, I e III; artigo 5º, §2º; artigo 170, incisos VII e VIII, todos da Constituição da República), bem como pela máxima efetividade constitucional (artigo 5º, §1º) e a dignidade humana.

A fundamentalidade dos direitos sociais, aliada à máxima efetividade e força normativa da Constituição, vinculando o legislador e o administrador ao seu conteúdo material, como fundamento de legitimidade de sua atuação conformadora, sob pena de intervenção judicial, sustentam os princípios da vedação de retrocesso e de proteção insuficiente na ordem constitucional brasileira.

2.6.3. O mínimo existencial: o ponto de partida social

O estabelecimento de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como limite irreduzível e insuscetível de restrições pelo legislador, bem como de balizas ao controle jurisdicional, em condições mínimas de existência humana, consiste no principal objetivo da teoria do mínimo existencial.

Como necessidades básicas humanas, o mínimo existencial ganha juridicidade na medida em que se relacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁰, bem como à satisfação por ações estatais decorrentes dos

p. 283.

¹⁶⁹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, cit., p. 243.

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Bypass social e o núcleo essencial de prestações sociais" *In Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 247. Neste estudo Canotilho aponta que o problema de agregar os direitos sociais

direitos fundamentais sociais.

A redução dos direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial ocorreu, na visão de Ricardo Lobo Torres, pela necessidade de sua afirmação, como quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual não se teria condições humanas de sobreviver com dignidade, bem como pela otimização da parte excedente (direitos sociais máximos) pela via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania reivindicatória¹⁷¹.

No seu âmbito de proteção, consoante Lobo Torres, sofreria limites fáticos, em sua tripla configuração: como mínimo do mínimo em seu *status* negativo; como mínimo do mínimo em seu *status* positivo *libertatis*; como máximo do mínimo, aberto para as políticas públicas¹⁷².

No primeiro, submete-se a limitações fáticas que comprometem seu exercício, como calamidades públicas inevitáveis pelo Estado.

Na segunda configuração, como *status* positivo *libertatis*, encontra limites na liberdade fática e nos custos orçamentários que, todavia, se submete à ponderação com o princípio democrático e com o princípio da competência do legislador, situação esta apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da educação, mais especificamente quanto às vagas em creches¹⁷³.

Por fim, na configuração do máximo do mínimo existencial, por meio da realização das políticas públicas, inclusive se judicializadas, com limites fáticos relativos.

Com essas qualidades, Lobo Torres busca justificar, do ponto de vista de sua estrutura normativa, que o mínimo existencial não se considera nem valor, nem princípio, mas regra jurídica, como direitos definitivos, mas que, porém, se deixa impregnar pelos valores e princípios jurídicos mais relevantes,

com a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que lhe confere a fundamentalidade prestacional, limita seu alcance a um recorte social da dignidade humana, aferida pelo *standard* mínimo da existência, retirando sua autonomia de direito social próprio. Adequada seria, na visão de Canotilho, uma dignidade social humana, como direito à igualdade distributiva e aos níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais (*Ibidem*, p. 267).

¹⁷¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 53. A acolhida do termo “mínimo social” no ordenamento jurídico brasileiro se efetivou com a edição da Lei Federal nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.

¹⁷² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial, cit.*, p. 115, 117 e 126.

¹⁷³ Recursos Extraordinários 436.996/SP, 410.715-Agr./SP e 431.773/SP, entre outros, reconhecendo a preponderância do direito à educação infantil, por meio do atendimento em creches, objeto de estudo no Capítulo 4 desta dissertação.

como condição essencial de sua concretização e ponderação¹⁷⁴.

Seu principal fundamento de legitimidade se encontra nos próprios princípios fundamentais do Estado Constitucional Democrático brasileiro, contemplados no artigo 1º da Constituição de 1988: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Por esse relevante aspecto, o mínimo existencial, decorrente do conteúdo da dignidade da pessoa humana, pode entrar em colisão com outros princípios fundamentais, em especial a separação de poderes e a democracia.

Conferindo verdadeiro equilíbrio e harmonização entre os princípios fundamentais, a ponderação adquire especial relevância para “o planejamento estatal, para as políticas públicas e para as opções orçamentárias necessárias à otimização dos direitos sociais, o que caracteriza o Estado Ponderador”¹⁷⁵.

A efetividade do mínimo existencial para Lobo Torres decorre, no plano do *status*¹⁷⁶, em positivo e negativo, por se implicarem reciprocamente a proteções constitucionais negativas, como o poder de liberdade individual sem qualquer constrangimento estatal (direito subjetivo protegido negativamente), bem como garantido positivamente pelas prestações estatais, que ocorre em *status* positivo *libertatis* (proteção positiva obrigatória) como direitos da liberdade irreduzíveis e garantia de pretensão às prestações positivas obrigatórias do Estado.

Tem-se, assim, com a teoria do mínimo existencial, o estabelecimento de um ponto de partida social para a sua maximização e otimização, na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Ana Paula de Barcellos, ao fundamentar a teoria do mínimo existencial, partindo das ideias de Alexy, justifica que se trata de um mínimo de circunstâncias materiais a que teria direito a pessoa humana, como núcleo irreduzível, sendo “a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor interferência possível na competência do legislativo e

¹⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial, cit.*, p. 84 e 137.

¹⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial, cit.*, p. 169.

¹⁷⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial, cit.*, p. 184 e 243.

executivo e menor custo possível para a sociedade)”¹⁷⁷. Conclui seu fundamento registrando que o mínimo existencial, como regra sindicável pelo Poder Judiciário, é extraído da norma programática que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e, “como toda regra, é biunívoca, e a ela não se pode opor os princípios acima enunciados (separação dos poderes, reserva do orçamento etc.)”¹⁷⁸.

Na visão de Barcellos, o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, como fração nuclear da dignidade humana, a qual se concebe direito subjetivo exigível judicialmente: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça¹⁷⁹.

Abaixo desse mínimo existencial tem-se a violação à dignidade social humana, passível de sindicabilidade judicial ampla que, por sua vez, se apresenta com relevante contribuição democrática, na medida em que consolida e amplia gradativamente o conteúdo do mínimo social, com perspectivas de otimização ao máximo social.

2.7. A Constituição Educacional: singularidades

De todos os direitos sociais plasmados na Constituição da República de 1988, a exemplo da saúde, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da assistência (conforme artigo 6º), o direito à educação, diante de seu tratamento diferenciado, se destaca como aquele mais capaz de potencializar a cidadania nestes e nos próximos tempos.

Justifica-se com isso menos um fundamento último, absoluto ou preponderante aos direitos sociais educacionais e mais que, com a realização adequada do direito à educação, preferencialmente, pode-se chegar bem próximo a uma ótima redução das desigualdades sociais, objetivo fundamental

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. “O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 131.

¹⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. “O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In *Legitimação dos Direitos Humanos*. *loc. cit.*

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio*

e permanente do constituinte de 1988 para o Estado Constitucional Democrático brasileiro, com perspectiva de ampliação e progressividade.

Diante da inclusão digital, da crescente virtualidade do cotidiano, da globalização progressiva e irreversível, da especialização do trabalho, da complexidade social urbana, a educação apresenta-se com importância preponderante para o exercício da cidadania¹⁸⁰, cada vez mais participativa, reivindicatória e mundial¹⁸¹.

A importância conferida ao direito social educacional pelo constituinte de 1988, pelo constituinte reformador e pelo legislador ordinário, com tratamentos e princípios relevantes no sistema constitucional, conferem-lhe uma preponderância e um destaque jamais visto na tradição constitucional brasileira.

Tem-se o desenho de um sistema constitucional educativo, com a declaração de princípios, divisão de tarefas federativas, reserva orçamentária, priorização de atendimento, constitucionalização de políticas públicas, registro de responsabilidade, sanções políticas e criação de instrumentos de garantia e exigibilidade que contribuem para a realização do direito humano fundamental à educação e como garantia de sua força normativa¹⁸².

A crescente dimensão desse direito social fundamental se manifesta ao

da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278 e 288.

¹⁸⁰ Um adequado nível de prestação educacional de qualidade contribui decisivamente para a formulação do modelo de cidadania pensado por Peter Häberle, tanto na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 23), quanto da cidadania mundial, do Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 69-70).

¹⁸¹ A universalidade da educação como direito humano essencial tem seu registro na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em que seu artigo XXVI declara o direito à instrução, orientada ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, promovendo a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações. No mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 13) e o Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (artigo 26), ambos estabelecendo a progressividade da educação (MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*. 6 ed. São Paulo, RT, 2008, p. 776, 857 e 962).

¹⁸² Karl Loewenstein registra em sua obra que "A eliminação do analfabetismo segue sendo um requisito indispensável para o funcionamento exitoso de uma constituição normativa" (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, p. 220).

longo do processo histórico constitucional brasileiro, pois nas Cartas Políticas passadas, principalmente as de origem democrática, a educação como essencial ao exercício pleno da cidadania foi ganhando contornos constitucionais normativos cada vez mais específicos.

Na Constituição do Império de 1824, em que pese à realidade social escravocrata, tem-se a instituição de um embrionário direito social educacional (instrução primária e gratuita) no inciso XXXII, do artigo 179¹⁸³.

Esse período, no entanto, conforme ressaltado por Luis Roberto Barroso, deixou um legado extremamente negativo à República, ao institucionalizar o paternalismo, a corrupção na burocracia, a marginalização dos trabalhadores escravos e um alto grau de analfabetismo: 83% de uma população formada por pouco mais de 14 milhões de pessoas¹⁸⁴.

Na primeira experiência republicana, com a Constituição de 1891, tem-se o registro de que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos será leigo, surgindo nesta Constituição a vinculação do analfabetismo ao exercício dos direitos políticos, como condição impeditiva do voto e da elegibilidade¹⁸⁵.

Inaugurando capítulos sobre a ordem econômica e social, além da família, educação e cultura, o texto constitucional brasileiro de 1934 confere ao direito social à educação um contorno jurídico e regramento peculiar, com previsão orçamentária e limites de aplicação das rendas públicas na manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos¹⁸⁶.

¹⁸³ Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Artigo 179: "A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 19/2/2009.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 11-12.

¹⁸⁵ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Artigo 70: "São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: (...) 2º) os analfabetos; (...) § 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis"; Artigo 72: "A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 19/2/2009.

¹⁸⁶ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, Artigo 149: "A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo

A Constituição promulgada em 1946 tornou obrigatório o ensino primário¹⁸⁷ e sob sua égide surgiu a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 4.024/61).

Em 1988, com uma densidade maior, em capítulo próprio, na ordem social, a educação foi declarada pelo constituinte como direito de todos e dever do Estado (artigo 205), com uma dimensão e contorno jurídico mais preciso, possibilitando sua crescente efetividade e realização.

2.7.1. O direito social à educação: qualidade distintiva fundamental

A constitucionalização do direito à educação em 1988, com registro fundamental (artigo 6º) e desenvolvimento em capítulo próprio (artigos 205 a 214), ressalta a importância que o constituinte atribuiu à educação, em especial diante de seu conteúdo normativo, com todos os seus qualificativos de direitos fundamentais.

Considerando parte essencial do direito fundamental à educação, Ingo Sarlet confere atributos de fundamentalidade material e formal aos quatro primeiros dispositivos do Capítulo III da Ordem Social (artigos 205 a 208),

que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”; Artigo 156: “A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos. Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual” e Artigo 157: “A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação. § 1º - As sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituirão, na União, nos Estados e nos Municípios, esses fundos especiais, que serão aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei. § 2º - Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas.” Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 19/2/2009.

¹⁸⁷ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, Artigo 168: “A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional; II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos; III - as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 19/2/2009.

sustentando que os demais dispositivos (artigos 209 a 214) referem-se a normas de cunho organizacional e procedimental, sem o mesmo status daquelas¹⁸⁸.

O conteúdo, o alcance, os princípios, os deveres e as garantias do direito fundamental à educação se encontram demarcados nos artigos 205 a 208, com técnica de positivação que lhe confere função de direitos fundamentais e plena eficácia.

A educação, pela feição programática e impositiva do artigo 205, tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, guardando relação direta com os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional Democrático brasileiro (artigos 1º e 3º), imprescindível à força normativa da Constituição.

Marcos Augusto Maliska afirma que a educação possui grande relevância para a realização dos objetivos delineados pelo constituinte, fornecendo as condições necessárias para o desenvolvimento pessoal e o exercício da cidadania, garantindo a autonomia do indivíduo, a responsabilidade social e cívica, bem como a consciência pelos direitos sociais, em que todos possuem direito à existência mínima digna¹⁸⁹.

Todos os que necessitem de prestações educacionais são os titulares do direito à educação, mas com absoluta prioridade somente as crianças e adolescentes, nos termos do artigo 227, por ter o constituinte lhes conferido especial tratamento diante de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Os princípios informadores da educação encontram-se no artigo 206, com dispositivos normativos diretamente aplicáveis e dotados de plena eficácia (plenamente justiciáveis), relacionados à concretização do princípio da isonomia (igualdade de oportunidades), da liberdade de aprendizado, da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, da gestão democrática e da garantia de padrão de qualidade.

Estabelecendo mecanismos e garantias de implementação do dever

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais, cit.*, p. 332-333.

¹⁸⁹ MALISKA, Marcos Augusto. "Educação, Constituição e Democracia". In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 790-791.

estatal com a educação, o artigo 208 salienta a educação básica obrigatória e gratuita (inciso I) dos 4 aos 17 anos de idade, com progressiva universalização do ensino médio gratuito (inciso II), atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (inciso III), educação infantil em creche e pré-escola para crianças até 5 anos de idade (inciso IV), acesso progressivo aos níveis mais elevados de ensino (inciso V) e atendimento de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (inciso VII)¹⁹⁰.

A progressividade universal do ensino constitui-se mandamento constitucional, em todos os seus níveis, a começar pela educação básica (infantil, fundamental e média) em direção à superior, para conferir igualdade de oportunidades, como uma das principais conquistas do Estado Constitucional Democrático brasileiro.

No entendimento de Marcos Augusto Maliska a educação consolida a mobilidade social, colocando todos os cidadãos no mesmo ponto de partida, proporcionando a mesma oportunidade de estudo, seja ele fundamental, médio ou superior¹⁹¹.

O principal destaque, no entanto, consiste nas disposições constantes dos §§ 1º e 2º, do artigo 208, que manifestamente declara ser o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um direito público subjetivo, com possível responsabilização da autoridade competente pelo seu não oferecimento ou oferta irregular, respectivamente.

Ressalta Ingo Sarlet que em decorrência dessas disposições acerca da obrigatoriedade do ensino fundamental (agora educação básica), qualificado como direito público subjetivo, se reconhece um direito subjetivo individual a uma vaga em estabelecimento oficial de ensino, em âmbito obrigatório e gratuito, insuscetível de lhe ser contraposto em sede de ponderação a ausência de recursos (limite fático da reserva do possível) ou incompetência dos tribunais para apreciar a matéria¹⁹².

¹⁹⁰ Com as modificações da Emenda Constitucional nº 59, de 11/11/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm. Acesso em 15/11/2009.

¹⁹¹ MALISKA, Marcos Augusto. "Educação, Constituição e Democracia", *cit.*, p. 793.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 335-336.

Com mesmo entendimento, Mônica Sifuentes registra que não existe a menor dúvida, diante do artigo 208, inciso I e seu §1º, de que qualquer brasileiro possui o “direito subjetivo de acesso ao ensino obrigatório e gratuito, oponível ao Estado, não tendo este nenhuma possibilidade de negar a solicitação protegida por expressa norma jurídica constitucional”¹⁹³.

Esses deveres estatais e garantias educacionais foram concretizados (com prerrogativa de vedação de retrocesso) pelo legislador ordinário, por meio da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB).

A Lei Federal nº 8.069/90 (ECA), em seu artigo 208 e seguintes estabelece a competência, o processo e o julgamento das situações relativas à responsabilização pelo não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório, bem como programas suplementares.

Na Lei nº 9.394/96 (LDB), em seu artigo 5º, estabeleceu-se o acesso ao ensino fundamental como direito público subjetivo, com ampla legitimidade processual para exigí-lo¹⁹⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet registra que o direito social à educação, à luz do direito constitucional positivo pátrio, oferece uma “base e parâmetros bem mais sólidos, ao menos no que concerne a um direito fundamental originário ao ensino fundamental obrigatório público e gratuito”¹⁹⁵, ampliado para a educação básica pela Emenda Constitucional nº 59/2009.

Nesse sentido, André Ramos Tavares registra que, apesar da conotação de direito social, a educação assume explicitamente uma dimensão de clássica liberdade pública. Surge para o Estado um dever de atuar positivamente em duas dimensões: criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (Lei de diretrizes e bases da educação e legislações complementares); e criação de condições reais, como estruturas, instituições e recursos humanos

¹⁹³ SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 74-75.

¹⁹⁴ Art. 5º, da LDB: “O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigí-lo”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em 14/09/2009.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 342.

(garantias institucionais, como por exemplo, escolas, sistema de ensino e professores)¹⁹⁶.

A Lei Fundamental brasileira não se contentou apenas em registrar as obrigações e o direito subjetivo público à educação, mas também estabeleceu garantias constitucionais à sua efetivação.

A distribuição federativa do sistema educacional restou contemplada no artigo 211, ao registrar a organização em regime de colaboração do sistema de ensino da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Coube à União organizar o sistema federal de ensino, aos Estados e ao Distrito Federal prioritariamente a atuação no ensino fundamental e médio, restando aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil (artigo 211, §1º, §2º e §3º), com a colaboração de todos os entes federativos para assegurar a universalização do ensino obrigatório (§4º).

Tem-se, assim, a obrigação de atuação prioritária de cada ente federativo (artigo 211, §§ 2º e 3º), além da obrigatoriedade de aplicação mínima da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 212, *caput*), com a expressa determinação de 25% (vinte e cinco por cento) para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo 18% (dezoito por cento) para a União.

Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59/2009 ao §3º do artigo 212 da Constituição de 1988, o legislador constitucional assegura prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório na distribuição dos recursos públicos, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade.

Para José Afonso da Silva, o constituinte fez uma preferência (ponderação) pela educação na ordem constitucional, em razão de instituir uma excepcional vinculação de receitas com destinação específica, pois

“a Constituição ponderou entre dois valores, dando maior peso aos valores da educação, que, assim, mereceram dela um tratamento preferencial na repartição dos

¹⁹⁶ TAVARES, André Ramos. “Direito Fundamental a educação”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 776 e 780.

recursos orçamentários, impondo, por isso, ao administrador a obrigação de carrear recursos mínimos, mas nada desprezíveis, à manutenção e desenvolvimento do ensino”¹⁹⁷.

Como se isso não bastasse, ainda registrou o constituinte de 1988 uma grave sanção político-administrativa para a hipótese de descumprimento dessas determinações: a possibilidade de intervenção federal ou estadual no ente federativo inadimplente com a manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 34, inciso VII, alínea ‘e’ e artigo 35, inciso III).

Evidencia-se com isso uma singularidade constitucional do direito à educação, com determinação de progressividade, bem como o estabelecimento de diretrizes objetivas na implementação das políticas públicas educacionais, visando ao desenvolvimento da cidadania, no processo de formação e aperfeiçoamento humano.

No caso da educação básica, com a prerrogativa de direito público subjetivo, componente do núcleo intangível da dignidade da pessoa humana e fundamental à existência do Estado Constitucional Democrático brasileiro, tem-se o ponto de partida mínimo, colocando-se em primeiro plano na ordem de preferência no momento da ponderação com os demais princípios limitadores na realização e implementação das políticas públicas educacionais.

2.7.2. A garantia do padrão mínimo de qualidade educacional: progressividade e otimização

Analisando especificamente o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, Ana Paula de Barcellos expõe que a educação, com sua especificidade constitucional, compõe o mínimo existencial à luz da Constituição da República:

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

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 798.

pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”¹⁹⁸.

Por fazer parte de um mínimo existencial, tem-se um direito plenamente sindicável pelo Poder Judiciário, a ser exigido do Estado, independentemente de qualquer justificativa, por se tratar do núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, fundamento de existência do próprio Estado¹⁹⁹, estabelecendo-se o ponto de partida da efetividade do direito à educação: o ensino fundamental.

Constata-se que ao longo desses vinte anos de estabilidade democrática, o legislador constitucional e o ordinário vêm conferindo à educação uma contínua realização e ampliação, indicando os rumos para a progressividade e otimização do direito social à educação.

Com a Emenda Constitucional nº 14/1996, o legislador constitucional declarou que a efetivação do dever do Estado com a educação (artigo 208) se garantirá com a progressiva universalização do ensino médio gratuito (inciso II), com a organização, em regime de colaboração de todos os entes federativos, de um sistema de ensino, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade (artigo 211 e §1º).

No mesmo ano da promulgação da EC nº14/96, o legislador ordinário concretizou mais especificamente o direito à educação, por meio da edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Por meio da Lei nº 9.394/96 (LDB), estabeleceram-se princípios e finalidades da educação, delimitando a organização do sistema de ensino, suas competências, níveis e modalidades, de forma progressiva e universal.

A organização da educação nacional ficou estabelecida em dois níveis de ensino, sendo a educação básica e a educação superior.

Definiram-se as modalidades da educação básica como sendo composta

¹⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

¹⁹⁹ Nesse sentido, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen considerando o mínimo existencial ligado diretamente aos fundamentos e objetivos da República. (FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 68).

pela educação infantil (oferecida em creches e pré-escolas às crianças até 5 anos de idade); pelo ensino fundamental (iniciando-se aos 6 anos de idade, com 9 anos de duração); e pelo ensino médio (etapa final da educação básica, com duração mínima de 3 anos), conforme artigos 21, 29, 32 e 35 da LDB.

No ano de 1996 também foi editada a regulamentação do Fundo Nacional de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF), instituidor de políticas públicas, divisão e aplicação de recursos, com prazo de 10 anos de vigência, até 2006.

Em 2001 foi aprovado o Plano Nacional de Educação, por meio da Lei Federal nº 10.172/2001, estabelecendo importantes objetivos, como a elevação global do nível de escolaridade da população, bem como prioridades, entre elas a ampliação do atendimento nos demais níveis de ensino (a educação infantil, o ensino médio e a educação superior).

Na sequência, em 2006, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 53, instituindo como princípios da educação (artigo 206) a valorização de seus profissionais (inciso V) e o piso salarial profissional nacional da educação escolar pública (inciso VIII)²⁰⁰.

Em substituição ao FUNDEF, foi instituído o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB), por meio da Lei Federal nº 11.494/2007, com a instituição de composição financeira, origem e aplicação dos recursos, estabelecimento de políticas públicas, controle social e fiscalização dos recursos, com prazo de vigência de 14 anos (até 2020).

Evidenciando a importância conferida à educação, como valor básico de afirmação democrática e cidadã, o legislador constitucional promulgou a Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, acrescentando o §3º no artigo 76, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para reduzir progressivamente o percentual de Desvinculação de Receitas da União (DRU), o que aumentará os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, na forma do artigo 212.

²⁰⁰ Esse princípio constitucional foi concretizado pela edição da Lei Federal nº 11.738/2008, tendo o Supremo Tribunal Federal modulado seus efeitos e conferido interpretação conforme, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167, em julgamento proferido aos 17/12/2008.

O aumento de recursos destinados à educação aumenta a partir do ano de 2009, tornando-se pleno em 2011, o que poderá influenciar decisivamente na colisão entre o direito fundamental à educação e o princípio da reserva do possível e do financeiramente possível, cada vez mais mitigados.

As colisões poderão se apresentar diante da exigência, também decorrentes da Emenda Constitucional nº 59/2009, do atendimento na educação básica obrigatória e gratuita para as pessoas entre 4 e 17 anos de idade. Tem-se ainda a recente Lei Federal nº 12.061, de 27/10/2009, que incluiu na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional a garantia de universalização do ensino médio gratuito, acessível a todos os interessados, sob a responsabilidade prioritária dos Estados²⁰¹.

A ampliação do atendimento educacional, com a alteração da idade mínima e máxima para a educação básica, pode gerar a necessidade de criação de novas vagas e melhoria no sistema de ensino, com programas suplementares de fornecimento de material escolar, transporte, alimentação e assistência, gerando custos orçamentários e financeiros a serem responsabilmente ponderados.

Constata-se assim, uma evolução progressiva do direito à educação nestes vinte anos de constitucionalismo democrático, com estabelecimento de políticas públicas constitucionalizadas e fixação de parâmetros universais, englobando todos os níveis da educação básica (infantil, fundamental e média).

Essa progressividade pode levar à eventual universalização, em futuro não muito distante, do ensino superior²⁰², ou elevar o padrão de qualidade educacional, ainda carecedor de conteúdo delimitado.

Na visão de José Afonso da Silva, o padrão de qualidade do ensino depende de fatores intrínsecos e de fatores extrínsecos:

²⁰¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12061.htm. Acesso em 02/11/2009.

²⁰² O Ministério da Educação apresentou uma proposta de reformulação do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e sua utilização como forma de seleção unificada nos processos seletivos das universidades públicas federais, cujos principais objetivos consistem em democratizar as oportunidades de acesso às vagas federais de ensino superior, possibilitar a mobilidade acadêmica e induzir a reestruturação dos currículos do ensino médio. Disponível:

“os primeiros estão vinculados à organização dos estabelecimentos escolares, que hão de estar aparelhados com o instrumental adequado a cada tipo de habilitação que oferecem, desde o preparo da criança para as sucessivas etapas do ensino até sua formação profissional – o que envolve a boa formação dos profissionais do ensino em cada uma dessas etapas, mas também requer a permanente atenção dos Poderes Públicos para com as condições materiais das escolas, tais como as tecnologias modernas de ensino, como a informatização dos estabelecimentos de ensino. Os segundos significam oferecer condições econômicas adequadas às famílias para que seus filhos tenham condições de auferir um bom aprendizado, porque o padrão de qualidade do ensino só se afere no rendimento escolar dos estudantes, e isso não depende apenas da boa qualidade dos professores, mas também, e principalmente, da predisposição do alunado para o aprendizado – o que, na mais das vezes, depende de uma boa alimentação e da posse de material escolar apropriado”²⁰³.

Percebe-se que o direito à educação implica um conteúdo amplo, formal e material, constituído de unidades escolares e vagas disponíveis, transporte escolar, uniforme e material, merenda escolar, estrutura física adequada, qualidade do ensino e progressividade das suas etapas.

Esse conteúdo encontra sua constitucionalização principiológica no artigo 206, bem como se constata sua garantia e dever estatal de efetivação no artigo 208, dispositivos normativos estes com fundamentalidade material e formal, relevância, efetividade e preferência em eventuais colisões.

O caminho aberto pelo constituinte de 1988, com ampliação pelo legislador constitucional e ordinário, implica na progressiva efetividade do direito à educação na ordem constitucional brasileira, parâmetro esse a ser definido no sopesamento dos interesses em conflito na ponderação social ou preventiva, para a sua realização na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Excepcionalmente, caso necessário, essa contribuição será extremamente oportuna para a ponderação dos princípios colidentes na implementação judicial das políticas públicas educacionais²⁰⁴.

Mesmo assim, durante todo esse período de progressivo reconhecimento e afirmação, os direitos sociais, como os educacionais, por exigirem prestações estatais para sua satisfação, enfrentaram desafios importantes no momento de sua realização.

http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13318&Itemid=310.

Acesso em 30/9/2009.

²⁰³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 788.

²⁰⁴ Pontos a serem enfrentados com maior atenção no Capítulo 4 desta dissertação.

2.8. Obstáculos e desafios a sua efetividade e concretização

A tradição jurídica, na visão de Luigi Ferrajoli, não elaborou técnicas de garantia tão eficazes para os direitos sociais quanto às criadas para os direitos de liberdade e propriedade²⁰⁵. No seu entender, as violações estatais aos direitos prestacionais demandam a instituição de técnicas de garantia diferentes e geralmente mais complexas.

Essa complexidade se evidencia nos direitos fundamentais sociais, pois a sua efetividade e exigibilidade se opõem obstáculos como a programaticidade e o simbolismo de suas normas; a separação rígida de poderes; bem como os limites fáticos da reserva do possível, pela dimensão prestacional.

A superação desses obstáculos, além do plano teórico, se mostra imprescindível no plano jurisprudencial, na medida em que a intervenção excepcional do controle judicial na apreciação de lesões ou ameaça a direitos, inclusive sociais, possui fundamento de legitimidade conferido pelo próprio constituinte de 1988.

2.8.1. Da separação rígida de poderes à harmonização e cooperação pedagógica de tarefas e atividades: a educação entre os poderes constitucionais

A teoria da separação dos poderes, pensada por Montesquieu, foi extremamente relevante no período histórico de afirmação inicial dos direitos humanos e estabelecimento de garantias e limites em face do Estado.

Atualmente, a separação rígida dos poderes adquire outro sentido, na medida em que se verifica uma complementação, uma divisão de atividades,

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. “O direito como sistema de garantias” In OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (organizador). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.104. A visão garantista de Ferrajoli aponta para uma crise profunda do direito, entre elas a crise do Estado social, pela falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais comparável ao sistema de garantias tradicionalmente disponíveis à liberdade e à

de tarefas e competências, em verdadeira harmonização.

Reavaliando o princípio da separação de poderes, Bonavides justifica seu declínio para o surgimento de um princípio voltado à íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem qualquer linha demarcatória de separação absoluta ou intransponível²⁰⁶.

A constitucionalização dos direitos fundamentais pós-segunda guerra mundial, com força normativa principiológica irradiante a todo ordenamento jurídico, com instrumentos efetivos de tutela e garantia, a exemplo da proliferação pelo globo da jurisdição constitucional, mitigou a rígida concepção histórica da separação de poderes.

Pela tradicional concepção da separação de poderes, estaria vedado ao Judiciário efetuar o controle de atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, por restarem amparados de intenso conteúdo político-discricionário e não jurídico-legal.

As políticas públicas, como instrumentos de realização dos direitos fundamentais sociais, definem-se pelo Legislativo e realizam-se pelo Executivo, em razão de serem os destinatários dos reclamos sociais.

Essas políticas públicas, no entanto, diante de sua constitucionalização, a exemplo do direito à educação, com diretrizes, princípios e vinculação de receitas, com legislações concretizadoras específicas, tornam o seu conteúdo eminentemente jurídico e plenamente justiciável.

Depois de definidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, as políticas públicas encontram-se aptas ao controle excepcional do Poder Judiciário, especialmente por envolver a efetividade de disposições constitucionais à dignidade social humana, no caso de omissão na sua implementação ou prestação parcial ou inadequada.

Nesse sentido, Eduardo Appio informa que o princípio da separação de poderes, que tem como fundamento a especialidade das funções do Estado, não veda o exercício, ocasionalmente, de uma determinada função não especializada, desde que compatível com sua atividade-fim. Ao Judiciário cabe perfeitamente a interferência no exercício da atividade dos demais Poderes, na

medida em que é o competente para verificar a compatibilidade dessas atividades com os ditames constitucionais²⁰⁷.

Andrés Krell registra que o moderno Estado social necessita de uma reformulação funcional dos poderes, pois na medida em que as leis deixam de ser vistas como “programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade”²⁰⁸.

A separação de poderes pode, contemporaneamente, levar a uma harmonização de deveres, tarefas e complementações de atividades sociais, na implementação excepcional das políticas públicas educacionais pelo Poder Judiciário, em razão de sua crescente legitimidade democrática.

Em razão da obrigatoriedade constitucional da fundamentação de suas decisões, o que lhe confere maior aceitabilidade social, verifica-se uma implementação da validade e da legitimidade democrática de todas as decisões judiciais, em especial as proferidas em sede de jurisdição constitucional²⁰⁹.

Nessa linha, a legitimação democrática do Poder Judiciário, na sua intervenção para a prestação dos direitos sociais, é abordada por Cláudio Pereira de Souza Neto, ao registrar que se considerar que certos direitos sociais são condições da democracia, “então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa”²¹⁰.

Essa concretização, comparada ao controle de constitucionalidade, seria um *minus*, em que o Poder Judiciário, com legitimidade democrático-deliberativa, se apresenta como protetor, para que os direitos fundamentais sejam mantidos numa esfera de intangibilidade²¹¹.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

²⁰⁷ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 149.

²⁰⁸ KRELL, Andrés. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 90.

²⁰⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

²¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático” In BARROSO, Luís Roberto (Organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324.

²¹¹ Complementando essa idéia, Nagibe de Melo Jorge Neto explica que “No que diz respeito

Assim, a teoria da separação de poderes pode justificar um posicionamento constitucionalmente adequado para a atuação cooperativa excepcional da jurisdição na implementação das políticas públicas educacionais, componente do mínimo existencial, como contribuição democrática à sua ampliação de conteúdo e maximização concreta.

2.8.2. De uma programaticidade simbólica à efetividade principiológica preponderante: Constituição eficazmente dirigente

Tradicionalmente, as normas de direitos sociais existentes no sistema constitucional brasileiro se apresentariam como normas programáticas²¹², impondo tarefas e vinculações aos poderes públicos, dirigente à efetivação da justiça social.

Característica de um Estado social, a existência de uma Constituição com o registro de programas e metas sociais, objetivando transformações e intervenções em domínios fundamentais, apresenta-se como vinculante e dirigente a todos, em especial aos poderes públicos.

Os direitos sociais se caracterizam por estabelecer prestações positivas do Estado para assegurar as condições mínimas aos cidadãos, o que reflete a vinculação determinante no momento da implementação das políticas públicas e definições de prioridades orçamentárias.

Esse modelo de Constituição social, a exemplo da Constituição da República de 1988, é denominado por Canotilho como “Constituição Dirigente” que, no seu entender, estabelece uma vinculação normativo-material global do Estado e da sociedade, voltado à satisfação do bem-estar social no plano

especificamente às políticas públicas, o Poder Judiciário, em alguma medida, ameniza as distorções do sistema representativo, eis que alarga o debate acerca da implementação das políticas públicas e do modo de efetivá-la e possibilita uma via de pressão popular que, se não substitui os movimentos sociais organizados, atua *pari passo* com eles e, de certo modo, institucionaliza-os e confere-lhe força política efetiva” (JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 89).

²¹² SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

econômico, social e cultural²¹³.

No entanto, o próprio Canotilho, em revisão à sua teoria, registra que a constituição dirigente “está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”²¹⁴.

A revisão de sua teoria foi em decorrência do comunitarismo europeu, pois com a flexibilização da soberania dos Estados integrantes da União Europeia, passa-se à convivência de uma Constituição supranacional com a Constituição nacional.

Mesmo assim, insiste Canotilho, em resposta ao jurista Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que a constituição dirigente não morreu, mas o que se pretende hoje é escancarar as portas das políticas sociais e econômicas à governança privada (privatização), dotada de pouco controle democrático²¹⁵.

Em sua obra, Canotilho ainda registra que, embora as normas programáticas possam servir de neutralização dos caminhos plurais da implantação da cidadania, os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais “fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”²¹⁶.

Explica Gilberto Bercovici que para a teoria da constituição dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro, ao fornecer linhas de atuação para a política, destacando a interdependência entre Estado e sociedade (como constituição estatal e social), numa concepção ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito, como programa de ação para mudança social²¹⁷.

²¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 12.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., p. XXIX.

²¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30-31.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XXX.

²¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. “Ainda faz sentido a Constituição dirigente?” *In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 6, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 151.

Essa dimensão emancipatória é ressaltada pelas versões da constituição dirigente, seja revolucionária como a portuguesa de 1976, seja reformista, como a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, onde nesta se determina um vasto programa de políticas públicas inclusivas e distributivas, por meio de suas 'cláusulas transformadoras' (artigo 3º, da Constituição de 1988), onde se explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la.

A constituição dirigente faz sentido enquanto projeto emancipatório, que inclui expressamente no texto constitucional as tarefas que o povo brasileiro entende como necessárias para a superação do subdesenvolvimento e conclusão da construção da Nação, e que não foram concluídas²¹⁸.

Tem-se como válida a teoria da constituição dirigente no Brasil e sua vinculação do legislador à Constituição da República de 1988, que estabelece compromissos e programas inadiáveis para com o desenvolvimento social, como a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades, entre estas a redução do analfabetismo e o acesso amplo ao ensino público de qualidade em todos os níveis.

Dessa fundamentalidade no sistema constitucional brasileiro, aliada à sua eficácia imediata (artigo 5º, §1º), decorre a efetividade²¹⁹ dos direitos sociais, perdendo força eventual argumentação simbólica de suas normas.

Esse fenômeno é explicado por Marcelo Neves como a mera produção de textos "cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico"²²⁰, complementando, ainda, que haverá indício de legislação simbólica, todas as vezes que o legislador se restringe a formular normas sem, no entanto, tomar nenhuma providência para sua eficácia, mesmo tendo condições de criá-las.

²¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. "Ainda faz sentido a Constituição dirigente?", *cit.*, p. 159.

²¹⁹ Por efetividade, entende-se o significado conferido por Luís Roberto Barroso, de realização do Direito, desempenho concreto de sua função social, "a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social". (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, *cit.*, p. 82-83).

²²⁰ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

Marcelo Neves registra que ao se encenar no texto constitucional, por meio de simples linguagem e registro simbólico de normas programáticas de fins sociais, nada mais está fazendo o constituinte, o legislador, os governantes e os agentes políticos, do que se servindo de um verdadeiro álibi para encobrir a realidade e justificar a ineficiência do Estado social proclamado na Constituição, com a retórica política de princípios e fins programáticos sem efetividade²²¹.

A clássica teoria das normas programáticas, em que os direitos fundamentais sociais são colocados como exemplos tradicionais, foi estabelecida por meio de estudo denso e específico de José Afonso da Silva, que as conceitua como:

“normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”²²².

No entanto, é o próprio José Afonso da Silva que apresenta o ponto de partida para a uma nova visão e compreensão das normas programáticas, definidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, verdadeira norma-fim ou princípio-fim de realização da justiça social, ao justificar que se tratam de normas plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, “embora nem a doutrina e nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social”²²³.

Registra, em conclusão, que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, em especial nos casos em que forem estabelecidos deveres ao legislador ordinário; na hipótese de condicionamento futuro de legislação, como consequência de avaliação de inconstitucionalidade aos atos normativos contrários; que informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do

²²¹ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, cit., p. 115-116.

²²² SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 138.

bem comum; que constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem²²⁴.

As normas de direitos fundamentais sociais, embora com característica de norma programática, ganham relevo na medida em que servem de diretrizes para a regulamentação de prestações sociais, no momento da concretização²²⁵, diante da concepção principiológica, axiológica e constitucional do direito, bem como pela necessidade de se conferir cada vez mais efetividade às normas constitucionais sociais, decisivas para o pleno desenvolvimento cívico da nação.

2.8.3. Os obstáculos fáticos da reserva do possível

A escassez de recursos financeiros apresenta-se como preocupação econômica constante de países em desenvolvimento, como o Brasil, tornando-se a implementação de direitos sociais onerosa.

Como direitos dependentes de uma ação estatal para sua realização, os direitos sociais encontram-se submetidos às possibilidades orçamentárias do Estado, verdadeiro limite fático à sua concretização.

A ótima realização dos direitos fundamentais sociais, na visão de Alexy, implica no sopesamento entre os princípios em colisão, para se definir a preferência pela sua realização na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes²²⁶.

As ações estatais realizadoras dos direitos fundamentais sociais se materializam por meio das políticas públicas, que consistem nas escolhas dos recursos financeiros disponíveis à prestação estatal, a serem definidas e especificadas pelo Poder Executivo e Legislativo, em legislação orçamentária, o que poderia retirar a justiciabilidade desses direitos na eventual omissão ou

²²³ SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 144.

²²⁴ SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 164.

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 474-475.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 90.

insuficiência na ação do Estado.

Nesse sentido, opõem-se à justiciabilidade e à ótima realização dos direitos fundamentais sociais o princípio democrático e o princípio da separação de poderes, pela competência administrativa e legislativa na elaboração orçamentária, bem como direitos fundamentais de terceiros.

Essa disputa se resolve pela teoria dos princípios, na preponderância do direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática se apresentar com peso maior que aqueles princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto²²⁷ (evitando-se a proteção insuficiente).

A teoria da reserva do possível, como cláusula restritiva aos direitos fundamentais sociais *prima facie*, referindo-se àquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade, entra no sopesamento com os demais princípios em colisão, em que se evidencia a prevalência daquele que se apresentar com maior grau de importância no caso concreto.

Nessa ponderação, os elementos constitutivos da teoria da reserva do possível, sua origem, pressupostos e desdobramentos necessitam ser conhecidos para justificar a otimização dos direitos sociais ao máximo possível, dentro das possibilidades fáticas existentes.

A impossibilidade de concretização de todos os direitos fundamentais sociais, ao mesmo tempo, em razão de seus limites fáticos (reserva do possível), apresenta-se como questão relevante diante da quantidade de expectativas sociais plasmadas na Constituição de 1988, clamando por uma solução adequada e responsável.

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 517.

Capítulo III – A Reserva do Possível e a justiciabilidade das políticas públicas: orçamento, eficiência e economicidade.

Fruto de uma decisão tomada pela Corte Constitucional Federal Alemã em 1972, a formulação da teoria da reserva do possível envolve a capacidade financeira do Estado para as prestações sociais, como seu limite fático.

Nessa decisão, a Corte Alemã entendeu que o Estado não poderia ser obrigado a criar a quantidade de vagas suficiente nas universidades públicas para atender a todos os candidatos²²⁸, encontrando-se estas novas vagas condicionadas à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

No entanto, é preciso certa cautela ao transportar a aplicação de um entendimento tomado em um país extremamente desenvolvido e com tradição educacional intensa, para um país em desenvolvimento, sem as devidas adequações, onde a educação ainda necessita de uma atenção elementar.

A realidade constitucional brasileira encontra-se repleta de expectativas sociais, decorrentes de normas fundamentais sociais expressamente consignadas em 1988, ao contrário da Lei Fundamental de Bonn de 1949, com escassez no registro expreso desses direitos.

Conhecendo esse princípio e seus desdobramentos, se evidencia mais adequado e responsável o seu sopesamento com os demais princípios colidentes, para uma ótima preponderância dos direitos fundamentais sociais dentro das possibilidades fáticas existentes.

3.1. Compreensão do tema: as possibilidades fáticas

Em estudo sobre a problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, Canotilho reconhece que se trata de direitos que se encontram sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, por implicarem prestações

²²⁸ *Bundesverfassungsgericht* 33, 303. In SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (organizadores). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663.

financiadas pelos cofres públicos, obscurecendo o capítulo dos direitos sociais²²⁹.

Na busca de um significado analítico-reflexivo sobre a reserva do possível, formula as seguintes hipóteses²³⁰:

“1. ‘Reserva do possível’ significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

2. Reserva do possível significa a ‘tendência para zero’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.

3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.

4. Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais”.

Ao mesmo em tempo que Canotilho entende existir certa dose de verdade em cada uma dessas definições, julga imperiosa a sua relativização.

Nessa concepção, a realização dos direitos sociais se caracteriza pela gradualidade da realização; pela dependência financeira relativamente ao orçamento estatal; pela tendencial liberdade de conformação legislativa quanto às políticas públicas de realização dos direitos sociais; e pela impossibilidade de controle jurisdicional dos programas políticos-legislativos, “a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis”²³¹.

Dois aspectos mereceram especial reflexão de Canotilho²³².

Um primeiro aspecto relevante consiste na repetida associação da estrutura de pretensões jurídico-constitucionais dos direitos sociais com a reserva do possível. Tanto os direitos sociais quanto os direitos clássicos de liberdade dependem de prestações estatais e consequências financeiras para

²²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais” *In Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 106. Neste estudo Canotilho faz referência a Peter Häberle, que no começo da década de 70 formulou a ideia de “reserva das caixas financeiras”.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 107.

²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 107.

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 108-109.

sua realização, a exemplo do acesso a justiça, dependente de contínuas prestações estatais (instituições judiciárias, normas procedimentais e processuais, patrocínio judicial, taxas).

Outro aspecto consiste na gradualidade de realização dos direitos sociais, em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro estatal, fundado no princípio da igualdade. Neste sentido, direitos de prestações derivados com base no princípio da igualdade consideram-se direitos ou pretensões de defesa, fundamentados na violação do princípio da igualdade, sobretudo quando o legislador estabelece conformação diferenciada a situações iguais²³³.

Esses aspectos mitigam a teoria da reserva do possível em prol dos direitos fundamentais sociais no momento do sopesamento de princípios a serem considerados, estabelecendo um justo equilíbrio para otimização das possibilidades fáticas, ao tratá-los no mesmo plano de dimensão (positiva e negativa).

Para Ingo Sarlet, o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações de direitos fundamentais sociais, em que a limitação de recursos seria um limite fático à sua efetivação. Além disso, em conexão, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado também deve ter o poder de dispor dos recursos, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes²³⁴.

O desenvolvimento da teoria da “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) na década de 70, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha²³⁵, envolvem esses dois aspectos dos direitos sociais: a limitação de recursos como limite fático à sua efetivação e a possibilidade jurídica da disposição estatal.

Essa teoria passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 110.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações” In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28-29.

²³⁵ O primeiro precedente do *Bundesverfassungsgericht* foi de 18/07/1972, por meio do caso 33, 303, conhecido como “*numerus clausus*”.

dependem da real disponibilidade de recursos financeiros do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público²³⁶.

Para Sarlet, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (conexão com as especificidades do sistema federativo brasileiro, como a repartição de competências tributárias, orçamentárias, legislativas e de serviços administrativos); c) quanto ao titular de um direito a prestações sociais e a proporcionalidade da prestação, no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade²³⁷.

Essas dimensões guardam relação estreita entre si e com os princípios constitucionais (como a separação de poderes, a democracia, a competência orçamentária), exigindo-se no momento da ponderação o sopesamento adequado desses princípios, para que não se torne uma barreira injustificada à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, o princípio da reserva do possível refere-se às condições fáticas existentes e à competência orçamentária (separação de poderes e democracia).

Sarlet não entende correta a colocação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais (condicionante jurídica ou concreta à efetivação dos direitos sociais), como se fosse parte do seu núcleo essencial ou dos limites imanentes dos direitos fundamentais.

No seu entendimento a reserva do possível constitui espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, também atuando em determinadas circunstâncias como sua garantia na hipótese de conflito de direitos, quando se invocar a indisponibilidade de recursos, observados os critérios de proporcionalidade e garantia do mínimo existencial²³⁸.

O princípio da reserva do possível busca justificar, assim, uma

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, *cit.*, p. 29.

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, *cit.*, p. 30.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, *cit.*, p. 30.

inexigibilidade estatal além da sua capacidade orçamentária, partindo-se do princípio de que as rendas públicas possuem destinação vinculada, sendo impossível a prestação de todos os direitos à coletividade, sob pena de esgotamento imediato dos recursos e a necessária falência do Estado.

Nessa linha, uma distinção se faz importante: a reserva do possível não se confunde com o limite do financeiramente possível. Neste, vislumbra-se a possibilidade de justificação de ausência orçamentária, ao passo que naquele temos uma impossibilidade material de atendimento. Aquele é gênero, do qual este é espécie²³⁹.

Como exemplo na área da educação, tem-se a identificação da ausência de vagas na rede pública de ensino, onde duas saídas podem ser indicadas: a construção imediata de uma nova unidade escolar, em reduzido espaço de tempo, com salas, móveis e quadro permanente de professores, ou buscar alocação dessas vagas na rede de ensino existente, contratando-se excepcionalmente novos professores.

A primeira solução apresenta-se com impossibilidade fática de ser alcançada (reserva do possível)²⁴⁰, ao passo que a segunda pode se equacionar adequadamente nos limites do financeiramente possível.

Quando se trata de direitos sociais prestacionais, no entendimento de Anderson Rosa Vaz, está-se diante da reserva do financeiramente possível, o que leva a reflexões acerca da existência e destinação de recursos públicos à sua implementação²⁴¹.

Nesse momento, observa-se a cláusula da reserva do possível como condição de efetivação, não como barreira injustificada, surgindo para o poder público o dever de comprovar o tratamento que o direito social está recebendo

²³⁹ VAZ, Anderson Rosa. “A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais” *In Revista de Direito Constitucional e Internacional* nº 61. São Paulo: RT, 2007, p. 40.

²⁴⁰ O exemplo é simples para determinar-se um parâmetro razoável, pois eventual identificação de demanda escolar, prejudicial ao ano letivo em razão de ausência injustificada de unidades escolares, pode determinar a exigência pela construção da escola (ou locação de espaço adequado), a ser obtida por meio de reivindicações sociais orçamentárias ou, caso necessário, por meio da excepcional intervenção judicial, depois de identificados os princípios colidentes na ponderação preventiva.

²⁴¹ VAZ, Anderson Rosa. “A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 41.

no orçamento, justificando a possibilidade de suplementações ou a impossibilidade atual de atendimento, para sua previsão futura, num verdadeiro processo gradual de concretização²⁴².

A simples alegação estatal de falta de recursos para efetivação dos direitos sociais pode gerar uma dupla agressão: uma comissiva, por eventual gestão ineficiente dos recursos, que gera outra omissiva, pela inércia na sua realização.

A escassez de recursos impõe a obrigação estatal de planejar com eficiência e economicidade a efetivação progressiva dos direitos sociais, observando-se isso por meio da definição orçamentária passada, presente e futura, otimizando-se ao máximo as possibilidades fáticas existentes²⁴³.

Para Sarlet “quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação”, o que se encontra diretamente ligado à necessidade de se buscar o aprimoramento dos “mecanismos de gestão democrática do orçamento público”, bem como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no “plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, bem como no acesso à justiça e atuação do Ministério Público”, evitando-se interpretações excessivamente restritivas²⁴⁴.

Robert Alexy alertou que “a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas”, sendo que exatamente “nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível”²⁴⁵.

A otimização, a progressividade a partir do mínimo existencial e a maximização dos direitos fundamentais sociais, apresentam-se diretamente relacionados à elaboração de um orçamento constitucionalmente legítimo.

A reserva do possível se apresenta como maior obstáculo fático à

²⁴² VAZ, Anderson Rosa. “A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 45.

²⁴³ VAZ, Anderson Rosa. “A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 47.

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, *cit.*, p. 31.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *cit.*, p. 513.

realização dos direitos sociais, mas a sua mitigação tem-se evidenciado pela constitucionalização das políticas públicas, pela elaboração de um orçamento concebido mediante participação cidadã, pela mundialização da efetividade dos direitos humanos sociais, bem como pela intensa participação dos atores jurídicos envolvidos, fomentando-se ao máximo as possibilidades de implementação dos direitos sociais, seja no espaço público, seja na esfera judicial.

3.2. A mundialização dos direitos humanos sociais: a mitigação da reserva do possível nos Estados Constitucionais Democráticos.

A universalização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais se evidencia no planeta desde 1948, pelo advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com maior especificação em Pactos e Convenções internacionais, gerando para cada um dos Estados Constitucionais um compromisso maior pela efetividade desses direitos.

Canotilho, no entanto, observa um paradoxo, um verdadeiro discurso “duplo” quando se trata dos recentes desenvolvimentos das relações entre o constitucionalismo global e o constitucionalismo nacional. Várias nações se aderem a tratados internacionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais, em progressivo consenso mundial em prol da efetivação desses direitos, sem se verificar a respectiva concretização na ordem interna, mesmo diante da recepção automática do direito internacional ou à dignidade constitucional desses direitos. Para Canotilho tem-se com isso uma “bondade fora das fronteiras e maldade dentro das fronteiras constitucionais internas”²⁴⁶.

No sistema constitucional brasileiro, a importância dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, em especial envolvendo direitos sociais, ganha relevo diante da receptividade interna, por meio do artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República de 1988.

Pelo referido § 2º, tem-se que os direitos e garantias expressos na

²⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 103.

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, consagrando-se um sistema aberto e receptivo ao direito internacional²⁴⁷.

Com o § 3º, do artigo 5º, incluído no texto constitucional por meio da Emenda nº 45/2004, tem-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Para Flávia Piovesan, tem-se com a promulgação do § 3º, do artigo 5º duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais²⁴⁸.

Na sua visão, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º, ao passo que, além de materialmente constitucionais, podem adquirir a qualidade de formalmente constitucionais, como Emendas, a partir do § 3º.

Essa receptividade internacional influencia decisivamente a concepção da reserva do possível, em razão de seu tratamento mitigado em prol dos direitos sociais, nos principais tratados e convenções internacionais.

No sistema global, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trata da necessidade do esforço nacional, de acordo com os recursos estatais, pela realização dos direitos sociais indispensáveis à dignidade humana, com referência à educação obrigatória e gratuita:

“Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(...)

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos

²⁴⁷ Oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal entende que os tratados de direitos humanos, na forma do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, possuem *status* normativo supralegal, porém infraconstitucional (HC nº 90.171-7/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 17-8-2008).

²⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76.

nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

(...)

Artigo XXVIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”²⁴⁹.

Percebem-se claramente duas inovações introduzidas pela Declaração de 1948: a colocação no mesmo plano, em igualdade de importância, dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais; e a afirmação da indivisibilidade e interdependência desses direitos.

Flávia Piovesan, além de ressaltar a força jurídica obrigatória e vinculante da Declaração de 1948, ainda destaca o complexo integral, único e indivisível de todos os direitos humanos, interdependentes entre si, pois “não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade”²⁵⁰.

O crescente reconhecimento e afirmação dos direitos sociais ainda se aprimoram no sistema global, com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em que se faz referência à progressividade dos direitos humanos sociais, bem como a padrões mínimos de ensino, obrigatório e gratuito:

“Artigo 2º

1. Cada Estado-parte do 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 assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

(...)

Artigo 13

1. Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos

²⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*. 6 ed. São Paulo, RT, 2008, p. 775-776.

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 142.

direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

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

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

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

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

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

(...)

Artigo 14

Todo Estado-parte do presente Pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos²⁵¹.

Tem-se ainda a Declaração Mundial da Educação para Todos, com a instituição de um Plano de ação pelos países signatários, inclusive o Brasil, aprovado na Conferência Mundial da Educação para Todos, em Jomtien, Tailândia, em 9 de março de 1990, com incisivos comandos de universalização do acesso à educação, mobilização de recursos e definição de políticas públicas para satisfação das necessidades básicas de aprendizagem²⁵².

No sistema regional interamericano, no mesmo sentido do global, ainda se observam disposições relevantes no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador de 1988), reafirmando a

²⁵¹ Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional, cit.*, p. 854-858.

²⁵² Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>. Acesso em 19/9/2009.

progressividade dos direitos sociais, como a educação, até o máximo dos recursos disponíveis²⁵³.

Nota-se um objetivo obrigatório e vinculante desses documentos internacionais aos Estados, no sentido da efetividade e concretização dos direitos humanos sociais nas respectivas ordens internas, com expressa referência à realização progressiva, até o máximo de seus recursos disponíveis.

Em todos esses documentos faz-se referência expressa à educação, com importância destacada como meio de proporcionar o desenvolvimento humano e a efetiva participação social, o que pode ser levado em consideração no sopesamento com outros princípios colidentes no momento da ponderação.

Nos Estados Constitucionais Democráticos, fundados na contínua relação e interdependência dos direitos humanos fundamentais, da democracia e da jurisdição constitucional²⁵⁴, têm-se a permanente realização dos direitos sociais, em particular os educacionais, como forma de melhor desenvolvimento humano indistinto, mitigando a reserva do possível em razão dos compromissos externos e internos institucionalizados.

3.3. O precedente 33, 303, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*): *numerus clausus*.

Na Alemanha, durante a década de 60, movimentos estudantis iniciam protestos contra a rígida estrutura hierárquica da vida acadêmica, em favor da autonomia universitária, bem como pela representação estudantil na cogestão das universidades, exigindo-se a democratização e a participação em todos os órgãos acadêmicos²⁵⁵.

Essas reivindicações por um novo relacionamento acadêmico entre

²⁵³ Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 56, de 19/04/1995, e promulgado pelo Decreto 3.321, de 30/12/1999. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*, cit., p. 982-983.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático" in *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-54.

²⁵⁵ CARRO, Jose Luis. *Polémica y reforma universitaria en Alemania*. Madrid: Civitas, 1976, p. 32-33.

docentes e discentes instituiu um debate oficial com os governos dos Estados (*Länder*) na Alemanha a partir de 1965, na busca de uma reforma universitária, que durou até 1968, quando se concretizam várias propostas de reforma.

As mais relevantes foram a cogestão universitária e o estabelecimento de “*numerus clausus*”, isto é, uma política de limite numérico de vagas em determinados cursos universitários, como a medicina, diante da grande quantidade de interessados.

Inevitavelmente, conforme observado por Jose Luis Carro, as grandes polêmicas do processo de reforma universitária foram objeto de apreciação do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, em razão de seu conteúdo jurídico-constitucional, como foi o caso da política de “*numerus clausus*” de Hamburgo e Baviera²⁵⁶.

As Leis de acesso às Universidades de Hamburg e Baviera de 1969 e 1970 foram objeto de apreciação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1972, apontando-se nesses casos a possível violação do artigo 12 da Lei Fundamental, que trata do direito de todos os alemães de livremente escolher os locais de ensino para sua formação²⁵⁷.

O ponto relevante consiste no desenvolvimento pelo Tribunal Constitucional alemão da reserva do possível²⁵⁸, paradigma tanto para a jurisprudência quanto para a doutrina na Alemanha, posteriormente transferida para outros países, como o Brasil.

Ao analisar o conteúdo do direito fundamental ao ensino e formação profissional, por meio do precedente 33, 303, de 1972, entendeu o Tribunal alemão que este não se esgota na função tradicional de proteção atribuída aos direitos de liberdade contra intervenções do poder público. Os direitos fundamentais, como normas objetivas e ordem axiológica para todas as áreas

²⁵⁶ CARRO, Jose Luis. *Polémica y reforma universitaria en Alemania*. Madrid: Civitas, 1976, p. 89.

²⁵⁷ O artigo 12 da Lei Fundamental de Bonn de 1949 dispõe sobre a liberdade profissional nos seguintes termos: “1. Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”. In SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (organizadores). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 957.

²⁵⁸ BVERFGE 33, 303 (NUMERUS CLAUSUS), de 18/07/1972. In SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (organizadores). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 656-667.

do direito, valem como decisão fundamental para todo o ordenamento, não se colocando apenas como direito de resistência do cidadão contra o Estado.

Quanto mais se estreita a relação entre os cidadãos e o Estado, com o fomento cultural dos cidadãos, mais evidente se torna o direito fundamental da participação em prestações estatais, ao lado do postulado original da garantia do direito fundamental da liberdade em face do Estado.

A dupla dimensão (positiva e negativa) do âmbito do ensino e formação profissional, aliado ao princípio da igualdade e com o princípio do Estado social, confere um direito ao cidadão que preencha os requisitos subjetivos à admissão no curso universitário de sua escolha, reconhecendo-se que o direito de liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto fático da possibilidade de exercê-lo.

Para o Tribunal Constitucional, no entanto, a problemática de limitações absolutas é caracterizada pelo fato de que a capacidade disponível não seria suficiente para alocar os candidatos devidamente qualificados ao ensino superior, encontrando-se o *numerus clausus* absoluto à margem do constitucionalmente aceitável.

Mesmo que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não possam ser restringidos desde o início àquilo existente em cada caso, encontram-se estes sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da coletividade.

Essa avaliação inicial encontra-se sob a responsabilidade do legislador, que também atende na elaboração do orçamento outras exigências de harmonização econômica geral, definindo a expansão e as prioridades do ensino superior. Dentre as obrigações dos órgãos estatais competentes, encontram-se a identificação das demandas por vagas de ensino superior e a investigação das necessidades.

Assim, entendeu o Tribunal que aquele mandamento constitucional não obriga a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga no ensino superior e, quanto às já existentes, possa sofrer limitações somente diante de pressupostos jurídicos formais e materiais. Quanto ao pressuposto jurídico formal, tem-se a sua restrição em decorrência da reserva do possível, bem

como pela implicação de uma necessária regulamentação, por meio de lei ou com base na lei. O pressuposto jurídico material decorre de que às limitações absolutas de admissão devem ser feitas exigências rigorosas, com observância do princípio da proporcionalidade.

Por fim, concluiu o Tribunal Constitucional Federal que um *numerus clausus* absoluto para ingresso em universidades somente será constitucional, quando:

- “1. for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação;
- 2. e quando a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação”²⁵⁹.

Essa decisão paradigmática não se esgota plenamente, restando alguns questionamentos a serem elucidados por Robert Alexy²⁶⁰, quando identifica duas situações distintas analisadas pelo Tribunal Constitucional.

A primeira com relação ao direito de participação nas possibilidades de ensino, como direito *prima facie*, submetido à reserva do possível (no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade), que somente se torna definitivo se outras razões colidentes não exigirem o contrário. Isso se evidencia quando o Tribunal Constitucional declara que a todo cidadão que concluir o ensino médio é conferido, antes de se levar em consideração as restritas possibilidades jurídicas e fáticas, um direito à admissão em um curso superior de sua escolha.

Na segunda situação, tem-se a identificação pelo Tribunal de um direito com caráter definitivo, sem se especificar em quais hipóteses ou condições aquele direito *prima facie* pode se tornar definitivo.

Assim, ao sustentar a existência de um direito *prima facie* sem excluir a possibilidade de um direito definitivo, o Tribunal Constitucional “de forma exemplar, deixou a porta aberta para a atribuição de direitos a prestações”²⁶¹.

²⁵⁹ SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (organizadores). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 667.

²⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 439.

²⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 439.

O que se verifica com o precedente 33, 303, do Tribunal Constitucional Federal, à luz da teoria dos princípios de Alexy, é a necessidade de esgotamento das condições fáticas que eventualmente possam justificar limites ou obstáculos à realização dos direitos fundamentais prestacionais, como forma de mitigação argumentativa da reserva do possível.

3.4. A constitucionalização das políticas públicas: o fundamento de legitimidade.

A formulação das políticas públicas, como meio e instrumento de realização dos direitos sociais, passa a ter relevância a partir do momento em que é a própria Constituição que se coloca como fundamento de legitimidade do quadro orçamentário estabelecido, bem como dos seus requisitos materiais de atuação e elaboração (definição de fins, objetivos, princípios e diretrizes).

O sistema constitucional brasileiro, assim como o modelo de Portugal, utilizou-se da técnica constituinte de articular direitos sociais com políticas públicas de realização, a exemplo do direito à educação, reduzindo-se a discricionariedade do legislador e do administrador, ampliando-se a justiciabilidade desses direitos²⁶².

Essa articulação na Constituição de 1988 se evidencia, em particular no Capítulo da educação (artigos 205 a 214), quando se estabelecem limites orçamentários de aplicação de recursos, políticas públicas de progressiva universalização, gratuidade e programas suplementares, com especial opção constitucional de valorização da educação básica e média.

Maria Paula Dallari Bucci²⁶³ apresenta um conceito sobre políticas públicas, englobando os elementos de ação-coordenação, processo e programa:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um

²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *cit.*, p. 111.

²⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito”. In BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39 e 40-46.

processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.

O elemento programa é o responsável pela definição e individualização de unidades de ação administrativa, vinculado aos resultados pretendidos. Em seu núcleo encontram-se aspectos instrumentais e procedimentais, assim como os arranjos político-administrativos, os meios financeiros e os recursos. Trata-se dos dados extrajurídicos da política pública.

No elemento processo, tem-se a dimensão participativa da sociedade, das instituições e dos conselhos gestores, formando-se um grande processo decisório público.

A ação-coordenação, como elemento mais característico da política pública, toma sentido de realização dos objetivos sociais a que se propôs, com a obtenção de resultados determinados, em certo espaço de tempo.

Imprescindíveis à promoção e realização dos direitos fundamentais, as políticas públicas envolvem gastos de verbas públicas a serem materializados e instrumentalizados na peça orçamentária, em que se gera a necessidade de realização de escolhas e prioridades.

Quando relacionadas às políticas públicas de realização de direito fundamental social, em que se exige a gradual e contínua ação estatal, as prioridades e as escolhas realizadas pelos poderes públicos encontram-se com fundamento de legitimidade caso se apresentem em consonância com os princípios e finalidades consignados na Constituição Federal de 1988.

A constitucionalização das políticas públicas, na visão de Ana Paula de Barcellos, decorre de três premissas: a normatividade das disposições constitucionais; a centralidade constitucional dos direitos fundamentais; e a submissão dos poderes públicos à Constituição²⁶⁴.

²⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Revista de Direito do Estado* nº 3 (julho/setembro 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

Dessas premissas tem-se que a legitimidade das políticas públicas e os gastos dos recursos públicos encontram-se vinculados à Constituição, em especial quando o próprio texto constitucional determina os comandos normativos ao Estado.

No caso do direito fundamental à educação, conforme disposições do artigo 206 e 208, suas diretrizes encontram-se mais detalhadas que os demais direitos sociais, com princípios, dever de realização estatal e garantias, políticas públicas de universalização e progressividade, tornando-se absolutamente prioritária a sua prestação quando direcionadas às crianças e adolescentes, nos termos do artigo 227.

Essas políticas públicas destinadas à realização do direito educacional envolvem ações e opções políticas preponderantes na destinação dos recursos necessários à sua concretização.

Com a educação, tem-se uma vinculação maior, inclusive de excepcional subordinação de receitas orçamentárias, estabelecendo-se limites para cada ente federativo, encontrando-se em posição privilegiada na definição e realização das políticas públicas.

Essas disposições constitucionais mereceram destaque do legislador ordinário ao editar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), especificando ainda mais as prioridades constitucionais das políticas públicas educacionais.

A Lei Federal nº 8.069/90 (ECA), especifica em seu artigo 4º, § único, que a garantia de prioridade compreende a preferência na formulação e execução das políticas públicas sociais, bem como destinação privilegiada de recursos públicos.

Por sua vez, a Lei Federal nº 9.394/96 (LDB) trata dos recursos financeiros e da especificação das despesas relacionadas com a manutenção e desenvolvimento do ensino (artigos 68 a 70).

A constitucionalização das políticas públicas, em especial das educacionais, coloca-se com destacada preferência na fixação das prioridades orçamentárias, bem como dos gastos públicos a serem realizados, visto que os direitos sociais e individuais se encontram no mesmo plano de importância na

priorização das escolhas públicas.

3.4.1. O custo de todos os direitos fundamentais como dimensão economicamente relevante: as prioridades orçamentárias

Além da constitucionalização das políticas públicas, a reformulação da teoria dos custos dos direitos apresenta-se com especial relevância para a compreensão da realização dos direitos sociais.

O primeiro desenvolvimento ocorreu com a mudança da concepção de que apenas os direitos sociais geravam custo para o Estado na sua realização, por se tratarem de direitos prestacionais ou positivos, a exigirem uma ação onerosa estatal.

Todos os direitos, individuais ou sociais, são onerosos, demandam recursos e dependem de políticas públicas para sua eficiente realização.

Essas ideias como novo paradigma, em que os direitos podem apresentar dimensões negativas e positivas, bem como serem todos onerosos, surge do desenvolvimento teórico de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em sua obra *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*²⁶⁵.

Com base na realidade norte-americana, busca-se nessa obra fundamentar a ausência de distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos, partindo-se de dados da economia e das políticas públicas dos Estados Unidos, bem como decisões da Suprema Corte que influenciaram decisivamente o custo dos direitos.

A cooperação social organizada pelo Estado na realização dos direitos fundamentais implica necessariamente em escolhas trágicas, pois nem todos os direitos possuirão condições econômicas de serem efetivados ao mesmo tempo, sejam direitos sociais ou individuais.

Todos os direitos têm custo, pois todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los. Tem-se a clara noção de que o custo da manutenção dos direitos individuais (negativos) pode gerar maior

²⁶⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999.

dispêndio de recursos públicos que os direitos sociais (positivos), ao levar-se em consideração toda a estrutura governamental para a sua garantia e efetivação, a exemplo do direito a propriedade, o direito ao voto e o acesso à justiça²⁶⁶.

Holmes e Sunstein registram que levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério e, diante da escassez a que todos os direitos se encontram submetidos, nenhum pode ser absoluto, inviolável ou peremptório²⁶⁷.

A relevância consiste na desmistificação dos custos dos direitos, pois todos se vinculam a custos orçamentários para sua efetivação, o que pode levar os tribunais a racionalizar sobre as consequências econômicas de suas decisões, bem como a uma aberta e realística competição pelos recursos escassos entre os diversos direitos, no momento de sua escolha e definição orçamentária.

Com a contribuição de Holmes e Sunstein pode-se justificar a fixação de prioridades orçamentárias de todos os direitos, no mesmo plano, sem qualquer situação prévia de subordinação ou inferioridade dos direitos sociais, por serem tão onerosos quanto os direitos individuais.

Partindo-se dessa premissa, alteram-se os critérios de tomada de opção no momento da elaboração orçamentária, deslocando-se para a justificativa ou preferência na realização do direito individual ou social, sem qualquer juízo prévio de exclusão ou impossibilidade.

Nesse sentido, Gustavo Amaral coloca a questão da ponderação dos direitos prestacionais em duas variáveis, a essencialidade e a excepcionalidade, no momento de se optar pelas variações alocativas existentes. No seu entender, “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”, condicionando a exigibilidade do direito ao grau de sua essencialidade na prestação pública e à excepcionalidade da inação estatal²⁶⁸.

²⁶⁶ HOLMES and SUNSTEIN. *The cost of rights: why liberty depends on taxes, cit.*, p. 44, 48 e 52.

²⁶⁷ HOLMES and SUNSTEIN. *The cost of rights: why liberty depends on taxes, cit.*, p. 97-98.

²⁶⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 216.

Flávio Galdino discorda da habitual justificativa de que somente os direitos sociais, por demandarem prestações positivas estatais, estariam sujeitas à reserva do possível, excluindo-se deste âmbito os direitos de liberdade, por entender que todos os direitos são positivos. Na sua visão, todo e qualquer direito fundamental integram o rol das trágicas escolhas públicas, com a possibilidade de um direito individual ser preterido por um direito social, cuja tutela seja considerada mais importante em um dado momento²⁶⁹.

Essa escolha, no momento da definição popular das prioridades orçamentárias, contribui para o esgotamento dos óbices fáticos e a maximização dos recursos existentes, estimulando o controle e a ação prestativa espontânea dos direitos sociais.

Registra Flávio Galdino que, com frequência, o que frustra a efetivação de tal ou qual direito “reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’”²⁷⁰.

Os recursos públicos são captados em caráter permanente, principalmente por meio do pagamento de tributos pelos cidadãos, com a possibilidade de aditamentos e suplementações orçamentárias, sem obstar a continuidade ou a previsão excepcional de despesa com o direito social reivindicado.

Dessa forma os custos de todos os direitos mudam de perspectiva, passando de óbices à sua realização, para se transformarem em pressupostos de realização, tornando possível a sua concretização a partir da progressividade orçamentária e determinação de novas prioridades sociais em complementação ao orçamento presente ou futuro.

Com essa análise, justifica-se a colocação dos direitos sociais no mesmo plano dos direitos de liberdade, ambos com dimensões positivas e negativas, o que contribui para que todos os direitos fundamentais se encontrem no mesmo patamar de relevância econômica a ser observado nas políticas públicas e nas prioridades orçamentárias.

²⁶⁹ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 227.

²⁷⁰ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos, cit.*, p. 235.

Pode-se ter assim uma melhor forma de distribuir os recursos e de realizar os direitos sociais, em ponderação preventiva ou social no momento das escolhas, com o esgotamento fático das possibilidades existentes, o que contribui decisivamente, no caso do excepcional controle judicial, para a ponderação responsável, em que os elementos fáticos e o conflito de interesses se encontram bem definidos.

3.4.2. O limite do financiamento possível: o orçamento e o mínimo existencial

A Constituição da República de 1988, além de estabelecer com força normativa os direitos fundamentais, registrou a forma como o Estado brasileiro se organiza orçamentariamente para alcançar os fins e objetivos sociais.

De simples peça contábil de conteúdo financeiro, passou o orçamento para uma dimensão material, onde se identifica um programa de governo, estabelecendo-se as metas, prioridades e finalidades a serem alcançadas no exercício financeiro, com responsabilidade fiscal.

Tem-se em sua composição elementos políticos, por revelar desígnios sociais e regionais na destinação das verbas públicas; econômicos, por manifestar a atualidade econômica; técnico, pela referência ao cálculo de receitas e despesas; e jurídico, por atender às normas constitucionais²⁷¹.

Dentro das Finanças Públicas, destinou-se um tratamento específico ao orçamento na Constituição Federal, instituindo-se o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (artigo 165).

Na elaboração do orçamento, decisões e opções políticas são tomadas para a sua definição, momento em que os direitos individuais e os sociais mais relevantes podem entrar em divergência, por não ser possível atender a todas as contingências e prioridades estabelecidas pelos cidadãos ao mesmo tempo.

A participação dos cidadãos no processo de elaboração dos orçamentos encontra-se na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e no Estatuto das

²⁷¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 314.

Cidades (EC), conferindo às escolhas e opções realizadas pelos cidadãos o requisito de legitimidade e de validade das leis orçamentárias.

A Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), com redação alterada pela Lei Complementar nº 131/2009, confere aos cidadãos ampla transparência, controle, fiscalização e participação no processo de elaboração orçamentário²⁷²:

“Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A”.

Com a edição da Lei Federal nº 10.257/2001 (EC), tornou-se efetivo e regulamentado os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, que tratam da política urbana. Os artigos 43, 44 e 45 do Estatuto das Cidades disciplinaram a gestão democrática das cidades, conferindo amplitude à cidadania participativa e reivindicatória, como requisito de validade e legitimidade orçamentária²⁷³:

“Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes

²⁷² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em 07/4/2009.

²⁷³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 07/4/2009.

orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal;

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania”.

Com a legitimidade social nas escolhas das opções a serem tomadas no orçamento, aliada à constitucionalização de prioridades e valores a serem atendidos, em especial a educação, tem-se condições de otimização dos direitos educacionais na ponderação social e, caso necessário, na eventual ponderação judicial, com preferência de implementação.

Com o estabelecimento de limites mínimos de aplicação da receita resultantes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (18% para a União e 25% para os Estados, Distrito Federal e Municípios), conforme artigo 212 da Constituição Federal, o “constituente originário efetuou a primeira decisão sobre o valor que deveria pairar sobre os demais”²⁷⁴, privilegiando a educação inequivocamente com a maior dotação orçamentária, como exceção ao princípio da não vinculação orçamentária (artigo 167, IV).

Isso se apresenta com maior peso no momento do sopesamento dos princípios colidentes em prol da educação, pois o constituinte elegeu esta como valor essencial e preponderante para a subsistência e desenvolvimento da sociedade, como excepcionalidade na ordem orçamentária.

Regis Fernandes de Oliveira entende o orçamento como “um plano de ação exposto à consideração pública”, refletindo a estratégia política governamental, as suas metas, prioridades, política social e econômica, demonstrando à população as verdadeiras condições econômicas de realização das promessas orçamentárias. Para ele, diante do orçamento, os cidadãos podem “chancelar as suas intenções ou exercer pressão política para aparar os excessos e as insuficiências do plano apresentado e reconduzi-lo a patamares aceitáveis de respaldo popular”²⁷⁵.

Mesmo com a legitimidade social na composição orçamentária, bem como vinculação de receitas em favor da educação, apontam-se os limites do

²⁷⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 264.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 331.

financeiramente possível como óbice incontornável às contingências, omissões e insuficiências prestacionais do Estado.

A essa justificativa formal se contrapõe a necessidade de atendimento prioritário dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados com o máximo dos recursos disponíveis.

O objetivo estatal ao obter recursos por meio da arrecadação consiste em devolver benefícios à sociedade, na forma de obras, prestação de serviços e realização de políticas públicas, ou seja, concretizar os objetivos fundamentais da Constituição da República de 1988 instituídos no artigo 3º.

O equilíbrio entre a reserva do financeiramente possível e a realização dos objetivos fundamentais, na visão de Ana Paula de Barcellos, consiste em priorizar as condições mínimas de existência, como alvo prioritário dos gastos públicos. Desta forma o “mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”²⁷⁶.

Para Barcellos, haveria uma presunção jurídica de preponderância em favor do mínimo existencial contra a alegação de falta de recursos orçamentários, por se tratar das condições elementares para a dignidade humana, pois isto significa que “os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com a prioridade estabelecida pela Constituição”²⁷⁷.

Ingo Sarlet entende que diante do mínimo existencial as objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer, considerando exigível “inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos”²⁷⁸.

No plano orçamentário, percebe-se a mitigação do limite do financeiramente possível em prol do mínimo existencial, por este se encontrar alinhado com os objetivos e finalidades do Estado Constitucional Democrático brasileiro, com base na dignidade social humana.

O desafio consiste na especificação de elementos à sua justiciabilidade,

²⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 272.

²⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 274.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, cit., p. 37.

na identificação de modalidades de fiscalização preventiva, bem como na contribuição do controle judicial excepcional ao processo democrático, com vistas à maximização e otimização dos direitos sociais.

3.4.3. Eficiência e economicidade: modalidades de controle e justiciabilidade

A busca de mecanismos de controle jurídico das políticas públicas direcionadas à promoção dos direitos fundamentais sociais se apresenta constitucionalmente adequada quando serve tanto ao controle social, quanto à sua justiciabilidade²⁷⁹.

Nessa linha, a constitucionalização das políticas públicas e do orçamento conferem juridicidade e vinculação a questões tradicionalmente envolvidas pela discricionariedade²⁸⁰ do administrador e do legislador em suas atividades.

Ana Paula de Barcellos identifica cinco objetos distintos de controle, agrupados em dois grupos, ainda que interligados, em abstrato e em concreto²⁸¹. Na sua análise, existem dois momentos de controle a serem observados, sendo o primeiro quanto ao conteúdo das políticas públicas, e o segundo quanto aos aspectos do processo de decisão e execução das políticas públicas (as modalidades de controle).

²⁷⁹ Por justiciabilidade “entende-se a possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito”, como poder jurídico (direito subjetivo) reconhecido pelo direito objetivo ao titular que, no caso dos direitos sociais, se evidenciam a partir do alcance de uma posição mínima definitiva (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 148-149).

²⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a discricionariedade administrativa diante da inafastabilidade do controle judicial, apresenta um conceito de discricionariedade, como esfera de liberdade sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável pelo judiciário, que existe por definição para proporcionar no caso concreto a escolha da providência ótima, como sendo: “a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 946).

²⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, cit., p. 35.

O primeiro, em abstrato, envolve o conhecimento das metas e prioridades fixadas pelo poder público, no âmbito orçamentário, em matéria de direitos fundamentais. O segundo objeto refere-se ao controle final do resultado previsto das políticas públicas. Ambas pressupõem a existência de resultados a serem alcançados, bem como exigíveis, das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. O que Barcellos observa é que as políticas públicas conduzem ao dever necessário de produzir como resultado o oferecimento, à população, de determinados bens ou serviços, que dão conteúdo ao “resultado esperado das políticas públicas”²⁸².

Em matéria educacional, como exemplo, tem-se que seu principal objetivo, dentre outros, consiste no oferecimento da educação básica obrigatória e gratuita, para todos, em idade própria (4 a 17 anos) ou não (artigo 208, inciso I, da Constituição de 1988).

Estabelecida a obrigação constitucional dos poderes públicos com a educação, sob pena de controle jurisdicional (direito público subjetivo), tem-se com isso o encargo de se destinar nas previsões orçamentárias rubricas capazes de atender de maneira eficiente a necessidade educacional. Esse consiste no primeiro objeto jurídico de controle: as metas a serem fixadas pelo poder público.

O segundo, incidente sobre o resultado final esperado da política pública, encontra-se delineado na Constituição no caso dos direitos educacionais (artigo 208, incisos I a VII), exigíveis na hipótese de inadimplência ou oferta irregular (artigo 208, §§1º e 2º), com expressa vinculação de receitas orçamentárias (artigo 212).

Para o poder público resultou a imposição constitucional, o dever jurídico com a educação, de atendimento a educação básica obrigatória e gratuita, em idade apropriada ou não; a progressiva universalização do ensino médio gratuito; o atendimento especializado as pessoas com deficiência; a educação infantil em creche e pré-escola; o atendimento em programas suplementares de fornecimento de material didático, transporte, alimentação e assistência à

²⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, *cit.*, p. 36.

saúde (artigo 208, incisos I a VII). Esses são os resultados esperados de uma política pública educacional eficiente e de qualidade, nos moldes constitucionais.

Neste primeiro momento de controle, tem-se a delimitação do objeto e das metas a serem fiscalizados, os bens ou serviços a serem oferecidos e exigidos, o ente público obrigado a realizar esta ação e o fundamento de sua obrigação.

Para além do conteúdo das políticas públicas (metas e resultados), têm-se outras modalidades de controle associadas ao processo de estabelecimento dos meios utilizados para alcançar os resultados previstos, aproximando a ação estatal do estabelecido pela Constituição.

Barcellos aponta três modalidades de controles nesse sentido: da quantidade de recursos a ser investida; do atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público; e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos²⁸³.

O controle da quantidade de recursos a ser investida na promoção dos direitos fundamentais não assume grande complexidade ou contrapontos quando se trata do direito à educação, diante de sua vinculação orçamentária constitucional (artigo 212), sob pena de responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, §2º), por eventual improbidade administrativa (artigo 37, §4º), possibilidade de intervenção estadual ou federal (artigo 34, VII, e; artigo 35, III), bem como compensações orçamentárias futuras²⁸⁴.

²⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, *cit.*, p. 38-45.

²⁸⁴ Eventual inobservância da vinculação orçamentária na educação, sem com isso estimular inadimplência contínua ou justificativa momentânea, ainda se apresenta passível de inclusão no orçamento seguinte, da diferença de recursos não aplicada, conforme entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO: APLICAÇÃO, NO ENSINO, DO PERCENTUAL DE 25% DA RECEITA PROVENIENTE DE IMPOSTOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE: LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. C.F., art. 127, art. 129, III, art. 212. I. - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II. - Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III). III. - R.E. conhecido e provido” (STF - RE 190.938/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 14/03/2006, DJe-094, de 21-05-2009, Publicação:

Esses limites fixados pela Constituição correspondem ao mínimo de receitas a serem aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino, o que não impede eventual acréscimo diante da constatação de necessidades educacionais e reivindicações sociais, momento em que se pondera sua importância com outras destinações orçamentárias, como publicidade institucional, eventos e festividades comemorativas ou gastos com inaugurações, dentre outras que não atendam à dignidade humana.

Quanto ao alcance ou não das metas fixadas pelo poder público no orçamento, tem-se especial relevância a publicidade, a prestação de contas e as justificativas de eventual inadimplência, como forma de controle das informações e divulgações da execução orçamentária, estimulando o debate público e o controle social.

A publicidade e a prestação de contas, além de expressa recomendação constitucional (artigo 37), de índole republicana, constitui-se ponto essencial para o conhecimento e acompanhamento social da realização das políticas públicas, para contínuo aperfeiçoamento e maximização dos direitos sociais.

Abramovich e Courtis entendem que o acesso às informações públicas consiste numa importante via indireta para se fazer justiciável as obrigações estatais em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, como instrumento para o exercício de outros direitos e o controle social. Na sua visão, *“el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en general y en especial de aquellas desarrolladas en la área económica y social”*²⁸⁵.

A última modalidade de controle, que assume a maior relevância para a fiscalização das políticas públicas no âmbito social e no plano judicial, consiste na verificação da eficiência e da economicidade na aplicação dos recursos públicos destinados à realização dos direitos fundamentais sociais, consoante

22-05-2009, Ement. Vol-02361-04, pp-00865). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1613717>. Acesso em 21/9/2009.

²⁸⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 235. Tradução livre: o direito à informação constitui uma ferramenta imprescindível para tornar efetivo o controle dos cidadãos das políticas públicas em geral e em especial daquelas desenvolvidas na área econômica e social.

artigos 37 e 70 da Constituição da República.

Esta modalidade de controle preocupa-se com a forma de aplicação dos recursos públicos em determinada área, com os resultados alcançados e produzidos, bem como se ocorreu desperdício, ineficiência ou desvio. Em síntese, busca-se “uma relação de eficiência mínima entre o que se investiu e o resultado específico desse investimento”²⁸⁶, que Barcellos considera economicidade.

Esse controle eventualmente exige o recurso a parâmetros externos, obtidos junto ao mercado, consulta de índices oficiais ou extraoficiais de preços e serviços publicados na rede mundial de computadores ou em outros meios, perícias e auditorias.

Barcellos aponta um exemplo na área da educação. Supõe o investimento de R\$1.000.000,00 em determinado Município X, para a construção da escola Y e incremento da merenda escolar das cinco escolas existentes na região, atendendo-se um total de 800 crianças. Faz ao final o seguinte questionamento: “quanto deveria custar, em geral, uma edificação do porte da escola Y e, quanto custa, também em média, a melhoria introduzida na merenda escolar?”²⁸⁷.

Nesse controle não se questiona a propriedade ou a adequação da política pública escolhida pelo poder público dentre outras possíveis, mas a eficiência mínima, ou seja, o aspecto financeiro do resultado da política pública executada ou em execução.

Percebe-se claramente a ligação do princípio da eficiência administrativa com a economicidade na aferição dos melhores resultados que o poder público pode alcançar na execução das políticas públicas.

Elevada à categoria de princípio essencial da administração pública, a eficiência foi incluída no *caput* do artigo 37 da Constituição da República por

²⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *cit.*, p. 44.

²⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, *cit.*, p. 44.

meio da Emenda Constitucional nº 19/1998²⁸⁸.

O significado do princípio da eficiência está relacionado ao uso adequado dos meios disponíveis e pela concreta realização dos fins determinados, combinando os resultados das políticas públicas com a otimização dos meios para atingir esses fins.

Nesse sentido, Ubirajara Costodio Filho explica que, a princípio, existe uma diferença essencial entre eficiência e eficácia, relacionando-se esta com os resultados obtidos, e aquela com os meios utilizados. No entanto, é preciso atribuir ao texto constitucional o sentido que lhe garanta a maior força normativa, enunciando o conteúdo jurídico do princípio da eficiência nos seguintes termos: “*a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste e com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis*”²⁸⁹.

José Afonso da Silva confere amplitude econômica ao princípio da eficiência ao realizar sua definição:

“Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados”²⁹⁰.

A economicidade, por sua vez, decorrente dos tipos de fiscalização instituídos constitucionalmente (artigo 70), indica um controle de mérito, para

²⁸⁸ Oportuno registrar que a eficiência tornou-se apenas um princípio constitucional expresso em 1998, pois antes disso era reconhecida pela doutrina, pela legislação extravagante e implicitamente pelo texto constitucional. Diplomas legais como o Decreto-lei 200/67, as Leis Federais 8.112/90 (regime jurídico dos servidores públicos civis) e 8.987/95 (concessões e permissões), bem como o Decreto Federal 1.171/94 (Código de Ética Profissional dos servidores públicos civis) consagravam o princípio da eficiência na Administração Pública e nos serviços públicos em geral. A própria Constituição da República, antes da EC nº19/98, já permitia interpretações visando à eficiência administrativa, conforme se verifica do disposto no artigo 70, *caput* e artigo 74, inciso II.

²⁸⁹ COSTODIO Filho, Ubirajara. “A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na administração pública” in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 7, nº27, abril-junho de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 214.

²⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 671.

se verificar se o poder público procedeu “na aplicação da despesa pública, do modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo/benefício”²⁹¹.

Tem-se mais especificamente com essas modalidades de controle (eficiência e economicidade), além de meios eficazes de aferição da ótima realização das políticas públicas, uma forma de esgotamento fático dos motivos e justificativas dos poderes públicos pela inexecução orçamentária.

Com isso facilita-se a ponderação social ou preventiva, com posterior contribuição ao juízo de ponderação responsável, pelo balizamento prévio das questões envolvidas.

Todas essas modalidades permitem conferir juridicidade ao controle das políticas públicas e, com isso, a possibilidade de exigência direta de tais bens ou serviços sociais pela via jurisdicional.

Na jurisdição, sopesam-se as colisões entre o direito fundamental social e outros princípios constitucionais (separação de poderes, democracia, reserva do possível e competência orçamentária), para se alcançar uma concretização responsável, preponderando-se, de acordo com as circunstâncias devidamente apresentadas pelo caso concreto, uma solução adequada e necessária à preservação da força normativa da Constituição.

A realização sistemática e abrangente das políticas públicas pelo Estado permite a concretização eficiente dos objetivos e das finalidades sociais estabelecidos pela Constituição.

Nesse campo, a ponderação social ou preventiva serve como estímulo das reivindicações sociais no momento da elaboração orçamentária, definindo-se apropriadamente as metas e prioridades das políticas públicas. Contribui também para o esgotamento da argumentação acerca de eventual não atendimento de direitos sociais, apresentando-se como circunstância essencial para o juízo de ponderação responsável.

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 463.

3.5. O ativismo ministerial: o esgotamento dos aspectos fáticos por meio da ponderação social ou preventiva

A judicialização das políticas públicas sociais, por envolver tensões com o processo democrático e com a separação de poderes, destaca a ideia de ativismo judicial relacionada à intensa participação do Judiciário na concretização de finalidades constitucionais, mediante a interferência na atividade dos outros dois Poderes. Para Barroso, esse ativismo judicial caracteriza-se por uma aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas e independentemente do legislador; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislador, com base em critérios menos rígidos que a literal violação da Constituição; e pela imposição de condutas ou abstenções aos poderes públicos em matéria de políticas públicas²⁹².

Mas antes de se referir ao ativismo judicial²⁹³ merece atenção o ativismo ministerial na realização dos direitos fundamentais sociais, como fomentador e

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283-284.

²⁹³ No discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008, registrou-se amplamente, em verdadeira 'aula' sobre o significado do ativismo judicial, que: "*Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora modernamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de 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 sua ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental*". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>. Acesso em 19/9/2009.

promotor do esgotamento das possibilidades fáticas, para permitir a fiscalização eficiente das políticas públicas e, caso necessário, contribuir com a contextualização prévia à responsável ponderação judicial.

O ativismo ministerial tem como significado nesse contexto a atuação direcionada à promoção e esgotamento das possibilidades fáticas à realização direta dos direitos fundamentais sociais no plano extrajudicial, relacionando-se com o exercício de uma ponderação social, preventiva ou abstrata.

A maximização e a otimização dos direitos fundamentais sociais obtêm resultados adequados no espaço público, mediante o exercício da cidadania reivindicatória e da participação na realização e fiscalização orçamentária²⁹⁴.

Com uma adequada discussão no campo extrajudicial pode-se trazer para o processo judicial elementos mais específicos do caso concreto, possibilitando a identificação de todos os bens e interesses envolvidos para a preponderância responsável do princípio constitucional com maior peso na relação de preferência.

Para Barcellos, os legitimados ativos à tutela coletiva (Ministério Público e associações) possuem melhores condições de realizar um exame geral das políticas públicas, angariando elementos mais precisos, com melhores condições de discutir, em posterior controle judicial, todos os elementos fáticos necessários à decisão²⁹⁵.

Certamente, todos os legitimados à tutela judicial coletiva, nos termos da Lei Federal nº 7.347/85²⁹⁶, como cada um dos entes Federados, as associações e o Ministério Público, possuem condições de fomentar discussões públicas, angariar informações e especificar ao máximo os aspectos fáticos limitadores em torno dos interesses e bens jurídicos em conflito no momento da definição das políticas públicas, antecipando-se as

²⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, cit., p. 41.

²⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 340.

²⁹⁶ Artigo 5º, da Lei Federal nº 7.347/85: “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 meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em 21/9/2009.

circunstâncias e princípios colidentes.

Observa-se, no entanto, dentre esses legitimados ao controle coletivo, que o Ministério Público possui condições mais adequadas de fomentar e esgotar os aspectos fáticos em torno da realização eficiente e da maximização das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais sociais, em razão de seu papel constitucional e dos instrumentos judiciais e extrajudiciais à sua disposição.

Como instituição permanente e essencial a função jurisdicional do Estado, com a incumbência constitucional de defender o regime democrático e os interesses sociais (artigo 127 da Constituição de 1988), ao Ministério Público foi conferido pelo constituinte uma série de instrumentos extrajudiciais que, no espaço público, fomentam e propiciam a ponderação social ou preventiva dos direitos sociais na busca de sua realização máxima possível.

Antes da utilização do instrumento processual coletivo da ação civil pública, tem-se na atuação extrajudicial do Ministério Público uma forma eficiente de angariar elementos fáticos, esgotando-se as justificativas de eventual inadimplência de políticas públicas essenciais, bem como um sopesamento preventivo dos interesses, princípios e bens jurídicos em colisão, vinculando-se a argumentação dos poderes públicos.

Esses instrumentos extrajudiciais de fomento do debate público em torno da promoção dos direitos fundamentais sociais consistem no inquérito civil público, nas audiências públicas, nas notificações recomendatórias, nas requisições de documentos e perícias, bem como na realização de ajustamentos de conduta²⁹⁷.

A instauração de inquérito civil público ocorre pela necessidade de investigação de lesões a interesses difusos ou coletivos²⁹⁸, a exemplo da

²⁹⁷ Todos esses instrumentos extrajudiciais de atuação decorrem de expressa previsão constitucional (artigo 129, inciso III e VI) e legal (Lei Complementar nº 75/93, artigo 6º, incisos VII e XX; Lei Federal nº 8.625/93, artigo 25, inciso IV e artigo 26, inciso I e II).

²⁹⁸ Esses interesses encontram definição legal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), em seu artigo 81, aplicáveis a toda tutela coletiva: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim

educação, quando se identificar sua oferta irregular, ineficiente ou ausência de vagas suficientes para contemplar a demanda educacional em determinado ano letivo, objetivando a sua eficiente solução.

Para instruir o inquérito civil, o Ministério Público expede requisições de documentos e informações aos poderes públicos, que ainda no exemplo da educação, pode contemplar o plano orçamentário da educação, a especificação da política pública identificadora da demanda educacional, a quantidade de vagas disponível e a forma de atendimento das contingências, dentre outras necessárias ao completo esclarecimento dos fatos.

As audiências públicas possibilitam o esclarecimento de temas voltados à realização das políticas públicas, em que se abre espaço para debates populares acerca da eficiência e economicidade da execução orçamentária, bem como se conhecem os argumentos e óbices dos poderes públicos quanto às escolhas realizadas e suas estratégias de implementação, fomentando-se a cidadania participativa e reivindicatória.

Conforme destaca Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, a notificação recomendatória é o instrumento de atuação do Ministério Público que tem o “objetivo de prevenir responsabilidades da Administração”²⁹⁹, em que se tem como um dos seus efeitos mais salutares a prevenção de situações prejudiciais aos interesses sociais, advertindo a administração pública acerca de sua inadimplência, bem como configurar a eventual má-fé do agente público pelo descumprimento das disposições constitucionais e legais inerentes à sua atuação e competência.

Outro efeito da notificação recomendatória consiste na solução extrajudicial e eficiente de omissões em prestações estatais, alcançando-se a realização dos direitos sociais com maior rapidez e otimização. Esse efeito pode-se evidenciar também com o ajustamento de conduta, em que se realiza

entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 30/9/2009.

²⁹⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 138.

uma composição com efeito de título executivo extrajudicial para garantia da realização e efetividade do direito social à educação.

Todos esses instrumentos permitem uma adequada fiscalização orçamentária, além do conhecimento prévio dos fatores envolvidos na ineficiente realização das políticas públicas educacionais e esgotamento dos limites fáticos, contribuindo para que, em eventual necessidade de atuação judicial, as circunstâncias do caso concreto, os interesses em colisão e as argumentações limitadoras sejam corretamente conhecidos, propiciando o juízo de ponderação responsável.

Ana Paula de Barcellos, ao discorrer sobre os principais elementos que compõem o processo da ponderação, considera oportuno visualizar a técnica ponderativa em outro ambiente que não somente aquele realizado pelo magistrado diante de um caso concreto, em que se apresentam princípios colidentes. Para Barcellos, mais que oportuno e possível, seria desejável que a ponderação se desenvolvesse antes do surgimento do caso concreto, forjando-se em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados, determinando-se balizas pré-fixadas quando o magistrado se defrontar com os casos reais³⁰⁰.

Essa forma de ponderação, ao ser complementada no espaço público e enriquecida com elementos fáticos angariados por meio de uma atuação extrajudicial, pode disponibilizar à futura ponderação judicial elementos pré-definidos acerca dos interesses em colisão e das possibilidades fáticas e orçamentárias, contribuindo-se para uma decisão com maior fundamento de legitimidade.

A ponderação social ou preventiva contribui para a identificação mais precisa dos fatos relevantes e das suas particularidades, das possibilidades fáticas e suas diferentes soluções, aspectos estes imprescindíveis para definir o peso ou a importância dos princípios em colisão no momento do juízo de ponderação³⁰¹.

O sopesamento dos princípios colidentes durante a formulação das

³⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 147.

³⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, cit.*, p. 122.

políticas públicas ou no momento que se identifica oferta ineficiente ou inadequada de direitos sociais se apresenta como oportuno exercício preventivo de ponderação social, provocando-se o esgotamento de aspectos fáticos e limitadores à realização espontânea desses direitos.

Como exemplo, caso se identifique em um determinado Município a ausência de professores no quadro escolar permanente, com sério e iminente prejuízo a toda uma população estudantil, surge a necessidade de serem identificados os fatos e as limitações ao direito educacional.

Nessa situação, tem-se a colisão entre o direito fundamental de acesso à educação e a reserva do financeiramente possível, originário da competência orçamentária dos poderes públicos na formulação das políticas públicas de atendimento e oferta de vagas educacionais.

O ativismo ministerial se destaca com a realização e o esgotamento das possibilidades fáticas por meio da utilização de instrumentos extrajudiciais, ponderando-se preventivamente os principais aspectos normativos e fáticos envolvidos, para se alcançar uma solução eficiente.

Nesse sentido, Gustavo Amaral registra que,

“No âmbito da ação civil pública, há um campo mais amplo para atuação do Judiciário, com notável colaboração do Ministério Público. Através de uma atuação responsável e de uma utilização eficiente dos inquéritos civis, onde não há regras de preclusão para a coleta de provas, torna-se possível um amplo controle social dos critérios e procedimentos de alocação de recursos”³⁰².

Se o Ministério Público utilizar-se adequadamente dos instrumentos extrajudiciais de sua atribuição (inquérito civil público, notificação recomendatória, ajustamento de conduta, fomento de audiências públicas, fiscalização da execução orçamentária), esgotando-se de forma preventiva os aspectos e possibilidades fáticas, tem-se um caminho mais propício de realização direta e ótima dos direitos fundamentais sociais, com eficiência no controle preventivo e maior perspectiva de maximização³⁰³.

³⁰² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, cit., p. 210.

³⁰³ Nesse sentido SLHESSARENKO JUNIOR, Miguel. “A Importância Social do Tributo e da Ética no exercício da função pública: uma proposta de atuação preventiva para o Ministério Público brasileiro”. *In: XV Congresso Nacional do Ministério Público*. Gramado/RS: Livro de Teses do XV Congresso Nacional do Ministério Público, 2003, p. 426-434.

Como agente facilitador e fomentador das possibilidades fáticas à ponderação social ou preventiva, propiciando o esgotamento extrajudicial das questões, dos interesses e dos princípios em colisão no momento da formulação e realização das políticas públicas implementadoras dos direitos sociais, contribui-se decisivamente para uma responsável ponderação judicial desses direitos.

Os demais atores jurídicos envolvidos, como as associações, os conselhos fiscalizadores e comunitários, as entidades de defesa e promoção de direitos sociais, também contribuem para o processo ponderativo social ao fomentar, no espaço público, o conhecimento dos aspectos limitadores à determinada política pública, visando-se à sua realização direta, bem como das justificativas para seu inadimplemento ou ineficiência³⁰⁴.

Mesmo que o ativismo ministerial seja exaustivo e não se mostrando possível a solução eficiente e direta da realização dos direitos sociais no plano extrajudicial, tem-se uma contribuição ampla ao juízo de ponderação, ao se levar para o controle judicial os fatos relevantes e o conhecimento prévio da argumentação e limitações apresentadas pelos poderes públicos³⁰⁵.

³⁰⁴ No seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23/4/2008, o Ministro Gilmar Mendes ressalta a importância da atuação preventiva e extrajudicial como fomentadora da realização dos direitos: “*Sob esse aspecto, é hora de a sociedade civil, as organizações não governamentais, as entidades representativas de classe e órgãos como a Defensoria Pública, por exemplo, mobilizarem-se para combater esse quase hábito nacional de exigir a intermediação judicial para fazer-se cumprir a lei. Na imensa maioria dos casos, a conciliação e a aplicação direta do Direito pelos diversos órgãos e agentes se afiguram alternativas vantajosas para os envolvidos na contenda, dada a minimização dos procedimentos, dos custos e do tempo despendido. Por mais eficiente que se torne, o Judiciário não pode tudo. Não devemos cair na tentação da onipotência e da onipresença em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo ao Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais*”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89285&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em 30/9/2009.

³⁰⁵ O Ministro Gilmar Mendes destaca o cuidado com as informações do caso concreto, evidenciando a “real necessidade de que os órgãos judicantes, ao julgarem questões intrincadas, analisem com a maior amplitude possível informações e dados concretos para obterem uma interpretação precisa”. Em seu voto, com base na situação de fato, estabeleceu uma relação de precedência condicionada, citando Alexy, para diante das peculiaridades do caso, decidir pela precedência do princípio da autonomia dos Estados (trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Intervenção Federal nº 2.915-5/SP, em Sessão Plenária de 3/2/2003, DJ de 28/11/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1939252>. Acesso em 30/9/2009).

Definem-se e especificam-se, assim, os elementos necessários e imprescindíveis para uma ótima preponderância dos princípios e interesses sociais em jogo e sua eficiente e espontânea solução. Na impossibilidade desta, contribui-se decisivamente para a ponderação responsável na jurisdição.

3.6. O controle judicial excepcional: a implementação das opções democraticamente estabelecidas

A constitucionalização das políticas públicas, aliada com as finalidades e os objetivos do Estado Constitucional Democrático brasileiro, em que se destaca a dignidade social humana como desejo fundamental do constituinte, permite a justiciabilidade dos direitos sociais a ser especificamente considerado no caso concreto, como forma excepcional de implementação das opções democraticamente estabelecidas tanto pelo constituinte, como pelo legislador constitucional e ordinário.

Com a institucionalização de um Estado Constitucional Democrático, de viés social, fundado na democracia, nos direitos fundamentais e na jurisdição constitucional, confere-se à Constituição da República de 1988 a força normativa irradiante a toda ordem jurídica brasileira, vinculando aos seus princípios e valores toda a sociedade e os poderes públicos, permanentemente.

A forma de constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, em especial a educação, como essencial à cidadania e à dignidade humana, dotada de princípios relevantes, deveres estatais na realização de políticas públicas, universalização, progressividade e vinculação orçamentária excepcional, conferem-lhe a prerrogativa de uma inicial relação de preferência nas colisões.

Nesse contexto, a reserva do possível e o limite do financeiramente possível são colocados menos como óbices fáticos intransponíveis e mais como possibilidades de realização contínua e progressiva dos direitos fundamentais sociais, por demandarem análise orçamentária passada, presente e futura, com previsão das oportunas contingências, suplementações

e respeito ao mínimo existencial.

Esses pressupostos ao controle judicial excepcional mitigam as principais resistências à sua inafastável intervenção, em especial nos momentos de colisão dos direitos fundamentais sociais com princípios de igual relevância constitucional, como a separação de poderes, a democracia e a competência orçamentária.

Verificada a ausência, a inexecução ou a ineficiência da política pública destinada à realização de direito fundamental social, a inafastabilidade do controle jurisdicional excepcional se apresenta adequado à preservação das opções sociais democraticamente estabelecidas pela Constituição.

A expressiva doutrina brasileira encontra na justiciabilidade das políticas públicas implementadoras dos direitos sociais uma forma de conferir força normativa aos preceitos democráticos e sociais estabelecidos na ordem constitucional, superando essas colisões em favor dos direitos fundamentais sociais.

Paulo Bonavides compreende os direitos sociais tão justiciáveis quanto os direitos individuais³⁰⁶. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais também é defendida por Paulo Gilberto Cogo Leivas³⁰⁷, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen³⁰⁸, Luís Roberto Barroso³⁰⁹, Ana Paula de Barcellos, Andréas Krell, Cláudio Pereira de Souza Neto e Ingo Wolfgang Sarlet.

A contribuição de Ana Paula de Barcellos à justiciabilidade dos direitos sociais consiste em justificar o mínimo existencial (que entende ser constituído pela saúde básica, ensino fundamental, assistência social e acesso à justiça) como uma regra jurídica, que se coloca com presunção de efetividade, dispensando-se o magistrado de discutir o argumento da reserva do possível.

Justifica-se a obrigação estatal para com o mínimo existencial por se

³⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 565.

³⁰⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 132-133. Leivas considera que essa justiciabilidade dependerá ainda de uma ponderação de princípios no caso concreto, considerando a prevalência do mínimo existencial e do direito à alimentação como direitos definitivos em razão de sua necessidade básica (*Ibidem*, p. 138-139).

³⁰⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 126-127.

³⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 143-144.

tratar de exigência necessária para garantia da liberdade real, para a proteção dos pressupostos da democracia, como conjunto básico de direitos fundamentais, pressuposto elementar e condicionante do exercício da liberdade, participação consciente no processo político e diálogo no espaço público. Assim, presume-se em favor do mínimo existencial que o poder público dispõe de recursos para atender às necessidades humanas básicas, com prioridade de investimentos³¹⁰.

Para Andrés Krell tem-se como regra a sindicabilidade judicial, especialmente quando as políticas públicas se encontram claramente formuladas no texto constitucional³¹¹. Entende Krell que o cumprimento de tarefas sociais, com a formulação das respectivas políticas públicas, no Estado Social de Direito, têm seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais e a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais³¹².

Cláudio Pereira de Souza Neto racionaliza a atividade judiciária, estabelecendo parâmetros consistentes para a efetivação dos direitos sociais, perfazendo-se em materiais e processuais, como mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado³¹³.

O primeiro parâmetro material consiste na legitimidade da atuação judicial circunscrita à esfera da fundamentalidade material, justificando que o judiciário é legítimo para concretizar não somente as condições mínimas (mínimo existencial), mas as condições necessárias de realização de projetos de vida e participação social. Nesse sentido, a exemplo da educação, encontra-se legítimo ao judiciário garantir além do ensino fundamental o ensino médio, evitando-se a versão minimalista do princípio da dignidade humana³¹⁴.

Como segundo parâmetro material considera a legitimidade da atuação

³¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 274 e 346.

³¹¹ KRELL, Andrés J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 90-91.

³¹² KRELL, Andrés J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 100.

³¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros". In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 534.

³¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", cit., p. 538.

judicial, em regra, restrita aos hipossuficientes, em razão de que a ausência de recursos próprios inviabiliza a garantia de outras necessidades básicas³¹⁵. Essa variável pode se ampliar diante da universalidade dos direitos sociais e amplo acesso à tutela jurisdicional.

O terceiro elemento material indicado por Souza Neto consiste na possibilidade de universalização da medida social pleiteada, legitimando a atuação judiciária quando esta se universaliza a todos os hipossuficientes, sob pena de violação do princípio da igualdade³¹⁶.

A quarta variável tem-se com a consideração do sistema de direitos sociais em sua unidade, em que todos os direitos sociais se consideram em harmonia e coerência na ordem de realização. Aponta Souza Neto um quinto elemento material voltado à priorização das opções técnicas da administração pública e do legislador, com preferência às opções apresentadas em juízo³¹⁷.

Como sexto parâmetro indica a prioridade para a solução mais econômica, dentre as eficazes, como por exemplo, diante da ausência de vagas na rede pública de ensino municipal, procura-se a alocação na rede estadual ou adequação na própria rede municipal, antes de se determinar matrícula na rede privada a expensas do poder público³¹⁸.

O último parâmetro material apresentado por Souza Neto consiste na variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas públicas, em que a intervenção judicial ocorre de forma mais incisiva e intensa se a administração pública não apresenta investimentos consistentes no orçamento e em sua execução quando realiza direitos sociais³¹⁹.

Essas estratégias materiais de justiciabilidade apresentam-se adequadas no sistema constitucional brasileiro, possibilitando a concretização

³¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *cit.*, p. 539.

³¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *cit.*, p. 540.

³¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *cit.*, p. 541.

³¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *cit.*, p. 542.

³¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *cit.*, p. 542-543.

responsável dos direitos fundamentais sociais, em especial quando associados aos parâmetros processuais também indicados por Cláudio Pereira de Souza Neto³²⁰.

O primeiro consiste na prioridade das ações coletivas, pois garantem a universalização da prestação; desorganizam menos a administração pública com uma única decisão envolvendo toda uma política pública; garantem o prévio debate técnico envolvido por meio da atuação preventiva do Ministério Público; estimula a cidadania participativa e reivindicatória; pulveriza e democratiza o acesso à justiça e aos direitos sociais; além de se apresentar como modo mais preciso de impacto da política de governo³²¹.

Apresenta-se com a ação civil pública (tutela judicial coletiva) um ambiente mais propício à justiciabilidade das políticas públicas, gerando significativa distribuição equânime dos direitos fundamentais sociais indistintamente³²².

A segunda variável processual apresentada por Souza Neto consiste em se evitar a tutela individual, salvo quando irreversível o dano ou na hipótese de inobservância de direitos conferidos e instituídos pelo poder público³²³.

Por fim, o último parâmetro processual consiste na atribuição do ônus da prova à Administração Pública quando alegar ausência de recursos para a universalização da prestação, evitando-se argumentação abstrata ou teórica³²⁴.

O percurso do caminho estratégico, material e processual, formulado por Cláudio Pereira de Souza Neto torna-se interessante à justiciabilidade das

³²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, *cit.*, p. 543.

³²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, *cit.*, p. 543-544.

³²² Compartilhando do mesmo entendimento de que a utilização da tutela coletiva, por meio das ações civis públicas, é o meio mais adequado de controle judicial das políticas públicas implementadoras dos direitos sociais, tem-se KRELL, Andrés J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, *cit.*, p. 104; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, *cit.*, p. 210; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *cit.*, p. 352; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, *cit.*, p. 339-340; e FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, *cit.*, p. 126-127.

³²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, *cit.*, p. 544.

³²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, *cit.*, p. 545.

políticas públicas, em razão de se ampliar a fundamentação no juízo de ponderação, no momento do sopesamento dos princípios colidentes, esgotando-se as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Souza Neto ainda defende uma ampliação do diálogo institucional, pois a “judicialização das políticas sociais depende de decisões construídas mais horizontalmente, a partir da interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos, universidades e associações da sociedade civil”³²⁵.

Com entendimento de que a implementação dos direitos sociais constitui-se muito mais uma obra de priorização da sociedade e de realização dos poderes públicos, do que uma questão a ser resolvida judicialmente, tem-se nesse sentido o posicionamento de Marcos Augusto Maliska³²⁶, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³²⁷, Ricardo Lobo Torres³²⁸ e Virgílio Afonso da Silva.

Embora reconheçam a irreversibilidade do controle judicial das políticas públicas no âmbito forense brasileiro, coloca-se a impossibilidade de que “um modelo teórico tenha condições de alterar um problema complexo como o da realização de direitos sociais em um país com os problemas do Brasil”³²⁹.

Para Virgílio Afonso da Silva, a solução para a realização de direitos sociais via judicial consiste na imposição de ônus argumentativos ao legislador ou ao administrador pela não realização desses direitos, por entender possível a restrição fundamentada. Para Afonso da Silva “somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os

³²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, *cit.*, p. 546.

³²⁶ MALISKA, Marcos Augusto. “A concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da Jurisdição Constitucional”. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coordenadores). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 554.

³²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52.

³²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, *cit.*, p. 96. Oportuno registrar que Lobo Torres entende que o mínimo social se compreende nas garantias institucionais de liberdade, em que resta ao judiciário, quanto se deparar com controle de políticas públicas, o respeito pelas regras do direito orçamentário, determinando-se a abertura de créditos suplementares ou a inclusão de dotações orçamentárias no ano seguinte. Para Torres a “pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos” (*Ibidem*, p. 106).

³²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250.

juízes nesse âmbito”³³⁰.

No entanto, conforme evidencia Ingo Wolfgang Sarlet, o Poder Judiciário não apenas pode como deve zelar pela efetivação dos direitos sociais, com responsabilidade e cautela, observando o princípio democrático e a separação de poderes, bem como levar a sério o problema da escassez de recursos, assumindo grande importância o princípio da moralidade e eficiência, na otimização e efetividade dos direitos sociais³³¹.

Nesse contexto, a reserva do possível, como limite fático e jurídico à efetividade judicial dos direitos fundamentais, tanto individuais como sociais, obriga todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar os impactos de seus efeitos.

Ao poder público que alega em seu favor a reserva do possível, na visão de Sarlet, cabe o ônus de comprovar a falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos prestacionais e a sua eficiente aplicação, em que o critério do mínimo existencial serve como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações e maior rendimento da reserva do possível³³².

Como relevante critério de justiciabilidade das políticas públicas, aponta Sarlet o princípio da proporcionalidade, que incide na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência (por omissão do legislador e do administrador) a causar impacto mais direto e expressivo. Neste caso, observam-se os critérios parciais da adequação (com a finalidade almejada), da necessidade (menor sacrifício) e da proporcionalidade em sentido estrito (custo-benefício, razoabilidade entre meios e fins), respeitando o núcleo essencial do direito restringido, sem desguarnecer a proteção de outros direitos afetados³³³.

Para Sarlet, o controle judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral (responsabilidade fiscal), minimiza os efeitos da reserva do possível, com o redirecionamento de recursos, no âmbito

³³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 251.

³³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 355-356.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 356-357.

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 357-358.

dos disponíveis e dos disponibilizáveis³³⁴.

Na atuação judicial, tem-se uma prudente autolimitação funcional (*judicial self restraint*), que se encontra em sintonia com sua legitimidade de atuação excepcional, para o controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima de todos os direitos fundamentais. Exige-se, nesse contexto, uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais (Ministério Público, Tribunais de Contas, agências reguladoras, organizações e associações), bem como do cidadão individualmente considerado, criando-se uma prática institucionalizada efetiva³³⁵.

O esgotamento das possibilidades fáticas no espaço público pelos atores jurídicos envolvidos, fomentando o debate e a reivindicação social das políticas públicas, com o conhecimento prévio da argumentação e óbices dos poderes públicos à realização dos direitos fundamentais sociais, constitui-se essencial à ponderação judicial responsável.

Assim, estabelecidos os pressupostos políticos, decorrente de um Estado Constitucional Democrático; os pressupostos jurídicos, inerentes à especial condição dos direitos fundamentais educacionais no espaço constitucional brasileiro; bem como os pressupostos fáticos relacionados à reserva do possível como condição de efetividade e progressividade, sobressaem os parâmetros adequados e responsáveis de concretização, bem como as condições sob as quais prevalece o direito social à educação.

A contribuição doutrinária à justiciabilidade dos direitos sociais se destaca pela junção de fundamentos legítimos como verdadeiras estratégias para atingir os melhores resultados possíveis: parte-se do mínimo existencial, preferencialmente no processo coletivo, identificando-se ao máximo as possibilidades fáticas por meio do esgotamento prévio dos interesses, princípios e limites fáticos existentes no ambiente extrajudicial.

A especificação de critérios e parâmetros mostra-se relevante pelo refinamento da argumentação e da fundamentação ótima em prol dos direitos fundamentais educacionais, capaz de efetiva redução das desigualdades

³³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 359.

³³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 362.

sociais e realização dos objetivos e finalidades existenciais do Estado Constitucional Democrático brasileiro.

Esses elementos e as estratégias apontadas encontram destaque no juízo de ponderação realizado pela Jurisdição Constitucional, na concretização responsável dos direitos sociais educacionais.

Capítulo IV – Jurisdição Constitucional e a concretização dos direitos fundamentais sociais: elementos para o juízo de ponderação responsável do direito à educação.

No momento em que a jurisdição constitucional se depara com a concretização dos direitos fundamentais sociais a questão relevante que se coloca como desafio – e que parece longe de se esgotar – refere-se aos limites jurídicos e políticos de sua interpretação, tema caro à tese da força normativa da Constituição³³⁶ e à democracia.

Quando a parte social da Constituição é o objeto interpretativo, depara-se com enunciados plurissignificativos e principiológicos, em que uma interpretação específica faz-se necessária para conferir maior racionalidade e objetividade na busca de um significado para solução do caso concreto.

Essa busca por uma certeza e segurança jurídica cada vez maior no processo interpretativo constitucional constitui-se tarefa primordial neste século XXI, marcado pela constitucionalização do direito, efetividade dos direitos sociais e crescimento da legitimidade democrática adquirida pela jurisdição constitucional.

Nesse contexto, evidencia-se que os instrumentos de que dispõem os campos político e legislativo se apresentam com dificuldades para, por si sós, refletir-se nas leis e nas execuções governamentais e orçamentárias os reclamos e apelos sociais. Tornou-se necessária, em razão disso, a busca por uma excepcional alternativa concretizadora das expectativas sociais impostas pelo constituinte aos poderes públicos brasileiros.

Característica marcante de países em desenvolvimento, como o Brasil, os direitos fundamentais sociais, por representarem uma prestação positiva e necessária do Estado, se apresentam destacadamente como os mais reivindicados por uma sociedade cansada de marginalização e exclusão.

Essas dificuldades atribuídas ao Legislativo e ao Executivo na

³³⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19.

implementação das políticas públicas favoreceram a busca excepcional de uma alternativa legitimada pelo próprio constituinte: a tutela jurisdicional.

Visualiza-se que o futuro da Constituição brasileira decorre de uma interpretação constitucionalmente adequada dos poderes públicos e de todos os atores jurídicos envolvidos a fim de possibilitar a realização e a maximização dos direitos sociais, capazes de beneficiar indistintamente toda sociedade.

Eventuais omissões e prestações ineficientes geram a possibilidade de uma concretização responsável dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, quando necessária a sua excepcional intervenção implementadora, com vistas à realização da justiça social material, preservando-se as opções democraticamente estabelecidas.

A politização do judiciário ou a judicialização da política, fenômeno identificado por Schmitt³³⁷, tornou-se frequente no ambiente político e forense brasileiro, tendo em vista que o campo das discussões políticas perante o Legislativo e o Executivo, bem como suas omissões prestacionais, traduzem com ineficiência o clamor de seus representados, dificilmente se esquivando da inafastabilidade do controle jurisdicional em face da mitigação da discricionariedade.

A fragilidade na definição de parâmetros de materialização do projeto constitucional relativo aos direitos fundamentais sociais pelos órgãos ordinariamente incumbidos da realização de políticas públicas faz avultar a atuação do Poder Judiciário, cujos atos decisórios encontram-se cercados de uma série de requisitos pré-estabelecidos constitucionalmente e intrínsecos à validade do próprio ato: a publicidade, a independência da magistratura, o

³³⁷ Lembrava Carl Schmitt, em 1930, que a politização do Judiciário desajusta o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito, onerando e colocando em risco a justiça para questões e conflitos relativos à alta política, numa crítica à criação de um Tribunal Constitucional (SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 232-233). Contemporaneamente, a expressão “judicialização da política” tem-se relacionado às situações em que se discute alguma intervenção judicial em assuntos de políticas públicas com reflexos orçamentários ou eventual alegação de interferência nos Poderes Legislativo e Executivo em temas disfarçados sob o manto de assuntos *interna corporis*. A crescente judicialização das relações políticas é uma decorrência da confiança e da perenidade das instituições judiciais que, dotadas de garantias constitucionais de independência e do dever de fundamentação de suas decisões, conferem maior credibilidade e respaldo social na solução desses conflitos revestidos de nítido caráter político-democrático.

estabelecimento prévio das competências jurisdicionais e os mais importantes, a inafastabilidade do controle jurisdicional e a fundamentação das decisões.

A imposição desses deveres constitucionais ao Poder Judiciário em sua atividade interpretativa faz ganhar corpo a legitimidade democrática adquirida³³⁸, com ampla aceitação da esfera pública pluralista, que passa a conhecer e discutir as decisões judiciais e suas consequências (democratização da interpretação constitucional).

O estabelecimento de um Estado Constitucional Democrático determina ao intérprete contemporâneo um compromisso ético e social, uma vontade de extrair do texto constitucional sua força normativa e sua maior eficácia possível³³⁹ em toda sua concretização.

Vive-se um processo irreversível de efetivação dos direitos fundamentais sociais, seja diante da realidade de exclusão social e da injusta distribuição de renda, aliadas à omissão do poder público, seja pela busca incessante de novos valores e de novas finalidades ao texto constitucional, conferindo-lhe a máxima efetividade principiológica.

Nesse contexto, a atividade jurisdicional é responsável pela abertura constitucional, permitindo a sua concretização a partir de uma interpretação pluralística da Constituição, ao trazer para o processo constitucional a participação democrática³⁴⁰.

A vinculação do Judiciário ao conteúdo material da Constituição, aliada à sua inafastabilidade³⁴¹, tornam-no verdadeiro guardião dos direitos fundamentais. Em seu limite funcional, verifica-se a maior tensão quando se

³³⁸ Registra Inocêncio Mártires Coelho que em razão da obrigatoriedade constitucional da fundamentação de suas decisões, o que lhe confere maior aceitabilidade social, verificam-se uma implementação da validade e da legitimidade democrática de todas as decisões judiciais, em especial as proferidas em sede de jurisdição constitucional (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60).

³³⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 27.

³⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 48. No ambiente constitucional brasileiro, a participação democrática no processo constitucional se materializa por meio do *amicus curiae* e das audiências públicas, o que confere maior fundamento de legitimidade às decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira.

³⁴¹ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", individual ou social.

concretizam direitos sociais, pela sua especial densidade, colocando-se como seu maior desafio o limite político da interpretação constitucional.

Concretizar com responsabilidade os direitos fundamentais sociais plasmados no texto constitucional, em especial a educação, como condição da cidadania participativa e reivindicatória, constitui-se importante desafio contemporâneo enfrentado pela Jurisdição Constitucional na sua permanente missão de atualizar a Constituição da República.

Essa concretização ponderada responsável está intrinsecamente vinculada a uma fundamentação constitucionalmente adequada quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais, estabelecendo-se limites jurídicos e políticos na interpretação da Jurisdição Constitucional.

4.1. A concretização constitucional

Canotilho informa que diante da Constituição tem-se um método de trabalho de concretização constitucional³⁴², que se apresenta em três conceitos essenciais: realizar, interpretar e concretizar a constituição. Realizar a constituição consiste em tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Interpretar consiste em atribuir um sentido aos termos constitucionais, com a finalidade de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionais. E concretizar traduz-se no processo de densificação de regras e princípios constitucionais, saindo do texto para uma norma concreta até a norma de decisão, com a solução dos casos jurídico-constitucionais³⁴³.

Autêntica tarefa dos órgãos jurisdicionais, a interpretação-concretização encontra dentro da moldura constitucional várias possibilidades de aplicação, sendo que os limites desta moldura se encerram no próprio texto constitucional³⁴⁴.

³⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1200.

³⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1201.

³⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390. Kelsen registra, ainda, que tudo o que estiver dentro desta

Para o direito constitucional, a interpretação é fundamental dado o caráter aberto e amplo (ambiguidade e vagueza) da Constituição e o sentido da jurisdição constitucional somente ocorre quando suas decisões expressam o conteúdo da Constituição³⁴⁵. Para Konrad Hesse, a principal incumbência da interpretação é exprimir um resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e fundamentado, com resultado igualmente racional e controlável, criando, deste modo, certeza e previsibilidade jurídica, e não a simples decisão pela decisão³⁴⁶. Essas premissas salientam a extrema importância da interpretação constitucional, pois justamente no curso da interpretação a Constituição resulta sempre atualizada, pressuposto para sua manutenção e força normativa.

As tradicionais regras de interpretação, como a gramatical, a histórica, a lógico-sistemática e a teleológica, apresentadas por Savigny, foram complementadas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão que, ao adotar a teoria objetiva da interpretação (revelação da vontade objetiva da norma) inovou, abandonando a tradicional interpretação, considerando os princípios do tipo jurídico-funcional e jurídico-material; unidade da constituição; circunstâncias políticas, sociológicas e históricas; e adequação de resultado³⁴⁷.

Assim, a interpretação como concretização, tem como principal aspecto o caráter criativo da interpretação constitucional: o conteúdo da norma interpretada somente se completa com sua concretização.

Registra Hesse algumas condições para a interpretação constitucional: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não cabe desvincular nem a pré-compreensão do intérprete, nem do problema concreto a resolver. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão. Compreender e, com ele concretizar, só é possível diante de um caso concreto, pois não existe interpretação

moldura será conforme o Direito e seu sentido será sempre possível nesse limite. Oportuno registrar que, aplicando essa concepção interpretativa à Constituição, tem-se um alargamento do próprio limite da moldura, diante da ambigüidade e vagueza dos enunciados constitucionais, o que gera sempre maior amplitude.

³⁴⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 36.

³⁴⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional, cit.*, p. 37.

³⁴⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional, cit.*, p. 41-42.

constitucional desvinculada dos problemas concretos³⁴⁸.

Esse processo de concretização das normas constitucionais determina-se pelo objeto da interpretação (Constituição) e pelo problema em questão (caso concreto). Com isso busca-se uma fundamentação tópica da maneira mais clara e convincente possível na solução do problema, partindo-se do programa normativo (texto) e sua significação vinculante para solução do problema, recorrendo-se ao âmbito normativo (recorte fático).

A interpretação-concretização constitucional parte simultaneamente do texto e do caso concreto, buscando nesse processo concretizador uma adequação constitucional e social da norma de decisão (incorporação da realidade), manifestando-se, nesse processo, como forma de controle à discricionariedade do intérprete, os seus limites jurídicos e políticos.

A concretização constitucional e seus aspectos relevantes consistem em importante método de realização dos direitos sociais no ambiente constitucional brasileiro. Paulo Bonavides justifica que o conteúdo da Constituição se completa com o ato concreto de aplicação em face do problema, por meio de uma operação valorativa, fática e material, que se executa mediante a técnica concretizadora, que envolve tanto a pré-compreensão do intérprete como o problema concreto a ser resolvido³⁴⁹.

Por envolver simultaneamente o conhecimento dos aspectos normativos e suas repercussões com os aspectos fáticos para a decisão final, a concretização se evidencia como um método de interpretação ótima dos direitos sociais.

Para Bonavides “sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil (artigo 3º), bem como a redução das desigualdades sociais, como princípio da ordem econômica (artigo 170, VII)³⁵⁰.

No momento da concretização de direitos sociais a jurisdição constitucional enfrenta a necessidade de reduzir ao máximo a

³⁴⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, cit., p. 43-45.

³⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 619.

³⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 657.

discricionariedade argumentativa e fundamentadora, para conferir maior estabilidade e segurança social às suas decisões de grande repercussão jurídico-política.

4.2. Restrições à discricionariedade do intérprete

A questão relevante que se coloca para a concretização constitucional é exatamente estabelecer parâmetros jurídicos objetivos à interpretação para controle, racionalização, certeza e segurança jurídica³⁵¹.

Justamente pelo fato de a norma constitucional não se confundir com o texto, bem como pelo seu caráter vago e ambíguo, é que se busca a racionalidade no ato interpretativo como limite à criatividade discricionária do intérprete.

Esses limites se mostram ainda mais sensíveis diante da concretização de direitos fundamentais sociais, pois ao mesmo tempo em que se tem como ideal interpretativo a máxima efetividade constitucional, por outro lado observam-se, igualmente, outros cânones hermenêuticos como os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional, da proporcionalidade ou razoabilidade, com observância da separação de poderes³⁵².

Como limites jurídicos à interpretação na Jurisdição Constitucional, tem-se o estabelecimento de métodos e princípios de interpretação, como racionalizadores do processo concretizador, reduzindo a criatividade discricionária do intérprete.

Canotilho informa que o catálogo dos princípios tópicos de interpretação constitucional foi “desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante”³⁵³, servindo como ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.

O método hermenêutico-concretizador, para Canotilho, parte da ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu

³⁵¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 119.

³⁵² COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 763.

³⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1223.

sentido através do intérprete, em que esse método realça vários pressupostos da tarefa interpretativa³⁵⁴: os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; os pressupostos objetivos, o contexto, atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; e a relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando-se a interpretação em movimento de ir e vir (círculo hermenêutico), assentando no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema.

Aos princípios de interpretação constitucional corresponde a missão de orientar o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista e considerações que devem levar à solução do problema. Konrad Hesse aponta os seguintes princípios³⁵⁵: a unidade da Constituição, a concordância prática, a conformidade funcional, o efeito integrador e a força normativa da Constituição.

Com o princípio da unidade da Constituição tem-se a consideração da norma em relação ao conjunto em que está situada, levando-se em conta os distintos elementos da Constituição, evitando contradições. A solução coerente com este princípio será a consonância com as decisões básicas da constituição, evitando-se sua limitação unilateral a aspectos parciais.

A concordância prática (proporcionalidade ou harmonização) busca a otimização na ponderação de bens e valores, para que todos conservem sua identidade. Utiliza-se a proporcionalidade para que não se vá além do que venha exigido para a realização da concordância entre ambos os bens jurídicos. Busca-se o efeito recíproco.

Na conformidade funcional mantém-se o marco das funções estatais estabelecidas constitucionalmente.

Com o princípio do efeito integrador tem-se a manutenção e a integração da unidade política na solução dos problemas jurídico-constitucionais.

Por fim, com o princípio da força normativa da Constituição tem-se que

³⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1212.

³⁵⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 47-51.

durante o processo de atualização, que ocorre por meio da interpretação constitucional, confere-se preferência, na solução dos problemas, daqueles pontos de vista que ajudem a norma constitucional a obter a máxima eficácia. Busca-se a máxima racionalidade possível, com explicação convincente e previsível, conferindo-se segurança jurídica.

Tais princípios se apresentam como importantes limites jurídicos ao controle racional do ato interpretativo³⁵⁶, ao conferir consistência e coerência ao processo concretizador.

Com isso não se evidencia um método de interpretação constitucional infalível e preponderante, ou a única interpretação correta, mas apenas a mais correta (adequada ao sistema constitucional) e aceitável (na esfera pública), que dependerá do caso concreto, do contexto e das mutações (atualizações) constitucionais permanentes.

Registra Hesse uma preocupação com os limites da interpretação constitucional, considerando esta como o texto escrito, verdadeiro limite infranqueável da interpretação (primado do texto), como pressuposto de função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que corresponde a Constituição³⁵⁷.

O esforço teórico consiste em tornar-se o máximo possível racional, seguro e previsível a interpretação constitucional, determinando-se elementos seletivos de interpretação, pelo processo de concretização da norma, onde texto e caso são os pontos de partida do processamento concretizador, até chegar-se à norma de decisão individual, desenvolvendo-se elementos de controle das decisões, limites jurídicos, fundamentações e exercício das funções.

A contribuição de Hesse³⁵⁸, complementada por Canotilho³⁵⁹, consiste

³⁵⁶ Contribuição relevante apresenta Inocêncio Mártires Coelho ao especificar como parâmetros de controle e legitimação da atividade hermenêutica a consciência jurídica geral e o devido processo legal, substantivo e processual (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, cit., p. 6 e 117).

³⁵⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 69-70.

³⁵⁸ Embora Konrad Hesse reconheça que para a realidade constitucional alemã não seja possível a justiciabilidade dos direitos sociais em razão de a Lei Fundamental renunciá-los em prol dos direitos fundamentais clássicos do homem, justifica que os direitos fundamentais sociais se colocariam como determinações de objetivos estatais, contribuindo na jurisdição

na fundamentação de princípios e limites jurídicos adequados de interpretação constitucional, o que será de grande valia para a precisa fundamentação concretizadora dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição constitucional, conferindo-se a estes sua necessária e imprescindível força normativa.

Mas o estabelecimento de limites jurídicos à interpretação não se apresenta suficiente. Tem-se, ainda, que se debater racionalmente, na jurisdição constitucional, os limites políticos, inerentes à sua função de guardião da Constituição, em que se aponta a interferência no princípio da separação de poderes e no princípio democrático como pontos mais sensíveis na concretização dos direitos fundamentais sociais.

4.3. O guardião da Constituição

Estabelecida mundialmente como modelo a ser seguido em países considerados de tradição democrática, a jurisdição constitucional tornou-se a forma mais aceita de garante da Constituição³⁶⁰, mas o questionamento do seu fundamento democrático sempre vem à tona na arena dos debates, quando se trata de efetivação de direitos sociais, por envolverem necessariamente assuntos de densidade política.

A democracia é caracterizada essencialmente pela soberania popular, em que o instrumento para assegurar a submissão dos Poderes constitucionais ao povo é a Constituição. Somente o exercício de poder com fundamento nos ditames constitucionais será revestido de legitimidade, mas isso não significa

para a interpretação do direito, assim como para a ponderação de interesses opostos (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 170-171).

³⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1212.

³⁶⁰ José Adércio Leite Sampaio aponta onze argumentos em defesa da jurisdição constitucional e de seu papel de garante da Constituição: “a necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais no *welfare state* (1) e de compensar o déficit de legitimidade da prática política (2), por meio inclusive do reexame das razões do legislador (3); o entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais, para além do seu controle pelo Legislativo (4); o respeito das regras do jogo democrático (5); a promoção dos direitos fundamentais (6); a posição privilegiada do juiz constitucional (7); a argumentação como legitimidade (8); a legitimidade extraída do *status quo* e dos efeitos produzidos pelas decisões (9); as justificativas deontológicas (10) e dogmáticas (11)” (*A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 61).

necessariamente que as decisões políticas precisam respeitar somente a maioria (princípio majoritário), pois justamente a proteção das minorias justifica e preserva a democracia³⁶¹.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional, como guardiã não apenas da Constituição, mas principalmente da democracia, não significa uma função contramajoritária, mas sim uma verdadeira contribuição para a legitimidade do sistema democrático como um todo, por se tratar de função constituída pelo povo, por meio de seus representantes constituintes, não se considerando, por isso, antidemocrática.

Em estudo sobre Jurisdição Constitucional e Democracia, Dieter Grimm, além daqueles pressupostos, registra que a autonomia e a independência das Cortes face aos atores políticos, permitem-lhes tomar decisões técnicas e a defender o constitucionalismo democrático, sem o calor das discussões, conflitos e competições políticas, contendo e conformando à força normativa da Constituição os abusos do poder majoritário em detrimento da minoria³⁶².

Grimm afirma que a jurisdição constitucional pode contribuir para a legitimidade do sistema democrático como um todo, compensando o déficit de consenso, legitimidade e engajamento, por trás da confusa contingência da política partidária, fazendo-se visível princípios e normas gerais obrigatórios, transformando-se o que parece um obstáculo a curto prazo, na estabilização da aceitação de decisões políticas a longo prazo³⁶³.

Poderoso instrumento de implementação e efetivação dos direitos fundamentais sociais devidamente especificados na Constituição da República de 1988, a jurisdição, por imposição do princípio da inafastabilidade, democraticamente estabelecido pelo constituinte, intervém nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, individual ou social.

Abramovich e Courtis reconhecem que o Poder Judiciário, por suas características institucionais e pelo lugar que ocupa na distribuição de funções estatais, não será o principal protagonista no momento de tornar efetivos os

³⁶¹ GRIMM, Dieter. "Jurisdição Constitucional e Democracia". *Revista de Direito do Estado*, nº 4 (outubro/dezembro 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6-8.

³⁶² GRIMM, Dieter. "Jurisdição Constitucional e Democracia". *Revista de Direito do Estado*, nº 4 (outubro/dezembro 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11-12.

³⁶³ GRIMM, Dieter. "Jurisdição Constitucional e Democracia", *cit.*, p. 13.

direitos sociais, no entanto, se provocado adequadamente, pode ser um “*poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas en el área social, con impacto directo en la vigencia de aquellos derechos*”³⁶⁴.

Para garantir a democracia efetiva na jurisdição constitucional, encontra-se com a razão Peter Häberle, ao defender a abertura pluralística do processo interpretativo-constitucional, em sua teoria constitucional de participação democrática, ao permitir a intervenção de todos os potenciais intérpretes sociais³⁶⁵, interessados e envolvidos nas grandes questões políticas, tornando a jurisdição constitucional um grande espaço público, aberto e democrático, de atualização e manutenção da Constituição.

Tornando-se verdadeira guardiã da democracia, a jurisdição constitucional amplia e consolida sua legitimidade perante todos os seus soberanos: o povo³⁶⁶.

Essas questões inerentes aos limites políticos da interpretação apresentam-se quando a jurisdição constitucional se depara com a concretização dos direitos fundamentais sociais, em especial a educação, em que seu tratamento constitucional diferenciado e a especificação das suas políticas públicas de implementação, permitem maior preferência no momento da ponderação.

4.4. A ponderação dos direitos fundamentais sociais: a estratégia de Robert Alexy

Partindo da natureza principiológica das normas constitucionais (com caráter *prima facie*) de direitos fundamentais sociais (direitos prestacionais em

³⁶⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 118. Tradução livre: poderoso instrumento de formação e ao mesmo tempo de desarticulação de algumas políticas públicas na área social, com impacto direto na vigência daqueles direitos.

³⁶⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica Constitucional*, cit., p. 48-49.

³⁶⁶ Nesse sentido Robert Alexy justifica que a representação do povo por um tribunal constitucional se evidencia pela representação argumentativa (ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. *In Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 163).

sentido estrito), formula Alexy uma estratégia³⁶⁷ para estabelecer quais seriam esses direitos em caráter definitivo, utilizando-se da ponderação como meio mais adequado³⁶⁸ para estabelecer-se a sua preponderância dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Conforme analisado nesta dissertação³⁶⁹, a partir da teoria dos princípios, Alexy fundamenta seus mandamentos de otimização, ordenando-se que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes³⁷⁰.

No momento da colisão com outros princípios integrantes da ordem constitucional, para se determinar a precedência condicionada do direito fundamental social, como a educação, verifica-se nas circunstâncias do caso concreto qual a dimensão do peso de cada princípio colidente. Para estabelecer essa relação de precedência condicionada³⁷¹, Alexy se utiliza da lei da ponderação, da fórmula peso e da argumentação.

Nessa operação utiliza-se a máxima da proporcionalidade, com suas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, preponderando-se no caso concreto e dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes o princípio com maior grau de importância³⁷².

A questão fundamental da precedência dos direitos sociais confere-se

³⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 517. Para Alexy, a estratégia é a teoria dos princípios, pois sobressai o direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática se apresentar com peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto, em especial os direitos mínimos.

³⁶⁸ Um dos maiores críticos da técnica da ponderação formulada por Alexy é Jürgen Habermas, por entender que o modelo da ponderação diminui a força normativa dos direitos fundamentais e as decisões proferidas com base nessa teoria seriam irracionais (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 258 e 286-289). Robert Alexy rejeita essa crítica fundamentando que a ponderação evidencia o grau de importância dos direitos fundamentais no caso concreto, garantindo-se sua força normativa, além de a ponderação representar, em suas etapas, formas racionais de construção argumentativa e fundamentada de decisões jurídicas de prevalência de princípios colidentes, com respaldo inclusive na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão dos últimos 50 anos (ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade". In *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 111-115).

³⁶⁹ Conferir-se o tópico 2.4 (Regime especial e estrutura: os princípios e as regras) e o 2.5 (O direito prestacional em sentido estrito: o direito fundamental social e a necessidade de ponderação) do Capítulo 2 desta dissertação.

³⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 90.

³⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 99.

³⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 118.

no sopesamento entre os princípios da liberdade fática contra os princípios formais da competência do legislador democrático e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais da liberdade de terceiros e outros interesses coletivos e sociais.

Alexy parte do mínimo existencial (moradia simples, educação fundamental e média, educação profissionalizante e assistência médica básica) para determinar-se a subjetividade dos direitos fundamentais sociais, a partir de seu modelo ponderativo, quando a liberdade fática se apresentar com maior peso no caso concreto que os princípios formais e materiais colidentes³⁷³.

Nesse sentido, o modelo ponderativo de Alexy encontra-se adequado à realidade constitucional brasileira de 1988, em que se contemplam expectativas principiológicas sociais expressas, com tratamento diferenciado à educação, o que proporciona a esta uma ordem de preferência especial no momento da colisão com os princípios formais e materiais.

Um dos pontos mais relevantes para a compreensão da técnica da ponderação consiste na utilização da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy como forma de proporcionar melhores critérios, orientações e racionalidade ao discurso jurídico³⁷⁴.

A argumentação jurídica demonstra-se importante ao postulado da ponderação de princípios, pois no processo de determinação da precedência condicionada de um princípio sobre outro, os fundamentos para essa precedência se apresentam com maior relevância.

Em razão dos princípios envolvendo os direitos fundamentais sociais entrarem em colisão com princípios formais e materiais de igual importância no ordenamento jurídico, às restrições de um princípio e a precedência de outro se impõe a necessidade de ônus argumentativo e fundamentação consistente, como requisito de validade e legitimidade.

Essa importância encontra destaque na imposição constitucional de fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de

³⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 512.

³⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild da Silva. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 45.

nulidade (artigo 93, inciso IX, da Constituição da República), o que se faz pela análise das possibilidades jurídicas existentes à correta solução das colisões.

Salientando a importância da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que visa a proporcionar critérios de correção às decisões jurídicas, não como certeza absoluta, mas sim como controle racional de aproximação máxima da correção, Paulo Gustavo Gonet Branco justifica que se trata de uma teoria que “satisfaz-se com a potencialidade da teoria do discurso de reduzir a margem de irracionalidade das decisões”³⁷⁵.

A argumentação jurídica favorece a técnica da ponderação, como método de aplicação de normas-princípios e solução de suas colisões.

Como princípios, os direitos fundamentais sociais necessitam de ponderação para se tornarem definitivos nos momentos de colisão, o que corresponde à máxima da proporcionalidade em sentido estrito, terceiro subprincípio parcial do princípio da proporcionalidade³⁷⁶, além da adequação e da necessidade.

Para Alexy o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, formulado por meio da lei da ponderação, significa que “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar

³⁷⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

³⁷⁶ Construído a partir da doutrina e jurisprudência constitucional alemã, o princípio da proporcionalidade corresponde ao princípio da concordância prática do processo de concretização das normas constitucionais de Konrad Hesse (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, cit., p. 49). Conferir-se o tópico 4.2. (Restrições à discricionariedade do intérprete), do Capítulo 4 desta dissertação. Embora não seja um princípio expresso no ordenamento constitucional brasileiro, inferindo-se do princípio da igualdade e dos objetivos, princípios e finalidades consagrados pelo Estado Constitucional Democrático, considera-se a proporcionalidade um “mandamento constitucional derivado da substância dos direitos fundamentais, utilizado como critério de aferição da constitucionalidade de intervenções estatais na liberdade, caracterizado pela comparação de meios de intervenção adequados a fins legítimos e determinação do meio de intensidade mínima como único permitido” (MARTINS, Leonardo. Significado de “Proporcionalidade”. In *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, cit., p. 305). Paulo Bonavides considera que o princípio da proporcionalidade possui grande potencial como instrumento de interpretação para a solução conciliadora de colisões entre direitos fundamentais, em que se parte do princípio da unidade da Constituição e do princípio da concordância prática (Hesse) na interpretação dos princípios em conflito nos casos concretos, estabelecendo-se um processo de busca material da decisão. Aliado ao princípio da interpretação conforme a Constituição, o princípio da proporcionalidade apresenta uma solução conciliadora entre o legislador e a jurisdição, preservando-se a obra legislativa de acordo com os ditames constitucionais (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 425 e 427).

os fundamentos que a justificam”³⁷⁷.

Essa lei da ponderação realiza-se em três graus, em que no primeiro se determina a intensidade da intervenção, no segundo verifica-se a importância dos fundamentos que justificam a intervenção e, no terceiro realiza-se a verdadeira ponderação. No conjunto, expressam a ideia de mandamentos de otimização, realizando-se ao máximo um determinado princípio diante das possibilidades jurídicas e fáticas existentes³⁷⁸.

Esse processo ponderativo, na visão de Ana Paula de Barcellos, ocorre em etapas distintas e complementares, evidenciando-se um roteiro para controle de redução da discricionariedade, conferindo-se maior racionalidade e previsibilidade à técnica ponderativa³⁷⁹.

A primeira etapa consiste na identificação dos enunciados normativos em tensão, a serem levados em conta em um determinado caso, como vitais para que a ponderação se desenvolva sem distorções³⁸⁰. Com isso encontram-se as melhores condições de se visualizar o quadro completo de incidências normativas para iniciar a ponderação.

Na segunda etapa identificam-se os fatos relevantes do caso e as suas repercussões sobre os elementos normativos³⁸¹.

Os fatos relevantes determinam-se pelos valores adotados por uma sociedade, partindo-se de sua história e cultura, além de disposições normativas nesse sentido. Para Barcellos, por exemplo, a mistura do senso comum com fundamentos jurídicos no sistema brasileiro pode indicar que as “disposições normativas que tratam da democracia, da obrigação de prestar contas por parte dos agentes públicos e do princípio da publicidade” qualificam

³⁷⁷ ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social”. In *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 68.

³⁷⁸ ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”. In *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 110.

³⁷⁹ Barcellos compreende e identifica a ponderação como uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 38).

³⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 92-93.

³⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 116.

a circunstância como relevante³⁸².

Com isso, os fatos podem atribuir pesos diferenciados aos elementos normativos identificados na colisão, momento em que se verificam as diferentes formas e meios de realização material de cada um dos componentes normativos. Cada uma dessas diferentes possibilidades de realização é avaliada, para se identificar qual a possibilidade ótima de solução com mais ou menos intensidade.

Na terceira etapa tem-se a decisão. Depois de identificados os elementos normativos e fáticos do caso concreto, bem como a repercussão dos fatos sobre as normas em colisão, tem-se o momento de definição sobre qual prepondera para a solução ótima do caso.

Barcellos explica que a técnica da ponderação não oferece uma resposta definitiva sobre os pesos a serem atribuídos a cada elemento normativo ou quais prevalecem. Trata-se a ponderação de uma técnica instrumental, vazia de conteúdo, em que ao final busca-se a orientação dessa atividade por três diretrizes: a capacidade de universalização, tanto dos fundamentos empregados no processo, quanto da decisão proferida; a concordância prática dos enunciados normativos; e a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁸³.

Essas diretrizes correspondem à lei da colisão de Alexy, em que as “condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”³⁸⁴.

Estabelece-se, assim, uma relação de precedência entre princípios em jogo em um determinado caso concreto, que se observará novamente quando repetirem-se suas características básicas.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco entende que se ergue um sistema de condições prioritárias, conferindo-se coerência e universalidade às ponderações realizadas, em que “futuros casos poderão ser solucionados com

³⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 117.

³⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 125.

³⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 99.

a aplicação de regra resultante da ponderação efetuada anteriormente”³⁸⁵.

As relações de prioridades entre os princípios, no entanto, não se apresentam absolutas, mas condicionadas pelo caso concreto e suas particularidades.

Os mandamentos de otimização, nessa linha, consistem em se determinar a melhor relação de preferência condicionada dos princípios colidentes, o que se perfaz adequadamente com a ponderação, que se expressa pelos subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Os subprincípios da adequação e da necessidade encontram-se entre as possibilidades fáticas existentes, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito encontra-se nas possibilidades jurídicas.

Paulo Branco analisa as possibilidades de fato por meio dos testes da adequação e da necessidade, componentes do princípio da proporcionalidade.

O teste da adequação busca verificar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, em que a medida se apresenta como mais adequada a um fim constitucionalmente pretendido³⁸⁶.

O teste da necessidade, como teste do meio menos restritivo, avalia dentre as possibilidades adequadas de obtenção de resultados análogos, qual o meio menos danoso ao princípio concorrente, como proibição de sacrifício desnecessário aos direitos fundamentais³⁸⁷.

Nesse caso, formula-se um juízo sobre o grau de intensidade que se interfere no princípio prejudicado, excluindo-se as medidas mais agressivas e desnecessárias.

Por fim, analisa Paulo Branco as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio colidente por meio do teste da proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde ao mandamento da ponderação (lei da ponderação de Alexy), que se perfaz em três etapas.

Primeiramente, apura-se o grau de não satisfação de um dos princípios

³⁸⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional, cit.*, p. 170.

³⁸⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional, cit.*, p. 172-173.

³⁸⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional, cit.*, p. 174-175.

em colisão, determinando-se a importância do princípio prejudicado com a medida adotada. Nesse momento estabelece-se o peso do princípio, em duas dimensões: em abstrata, relacionada à sua importância material no sistema constitucional; e concreta, em que se evidencia a relevância do princípio nas circunstâncias do caso examinado³⁸⁸. Prevalece, com isso, o princípio de maior peso no caso concreto.

Na sequência, fundamenta-se a importância do cumprimento do princípio contrário, verificando-se em que medida os princípios são afetados no caso concreto (um negativamente e o outro positivamente).

No terceiro passo faz-se um cotejo da vantagem para o princípio preferido com a não satisfação do princípio afastado.

Ao final dessas operações, conclui Paulo Branco que se evidencia possível “estruturar-se um argumento que postule uma relação de prioridade entre o princípio submetido à intervenção e o princípio oposto”, embasando-se a medida de intervenção sobre aquele, em que o princípio a que se reconhecer maior peso “terá transformada em definitiva a sua aplicação *prima facie* sobre o caso”³⁸⁹.

Assim, o modelo ponderativo proposto por Alexy exige a exposição pormenorizada dos argumentos e da fundamentação adotada pelo julgador na solução de questões complexas como a colisão de princípios de igual hierarquia constitucional. Com isso a decisão ganha transparência, controle crítico, racionalidade, adequação e aceitabilidade social.

O resultado ponderativo de um caso concreto apresenta-se como uma regra aplicável a semelhantes casos futuros, em que os mesmos princípios, nas mesmas circunstâncias fáticas, se encontrarem novamente em colisão, garantindo-se a universalidade e a coerência desse processo. Cria-se, com

³⁸⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, cit., p. 178.

³⁸⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, cit., p. 180-181. Registra-se por oportuno que Robert Alexy, no Posfácio de sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, apresenta estudos e refinamentos da lei da ponderação, desenvolvendo a fórmula do peso em uma escala triádica, em que as interferências podem ser leves, médias ou graves, indicando o grau de não satisfação de um princípio conforme a intensidade da intervenção sobre ele no caso concreto (ALEXY, Robert. *Posfácio da Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 594-599).

isso, na hipótese de atribuição de outra ordem de prioridade futura, um ônus argumentativo contra as condições de prioridades estabelecidas no passado.

Adaptando-se o modelo ponderativo de Alexy para solução de colisões principiológicas envolvendo o direito fundamental social à educação, no contexto da realidade constitucional brasileira, em atenção às possibilidades jurídicas e fáticas existentes, tem-se um método adequado de concretização ponderada responsável.

4.5. A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais: tratamento diferenciado à educação

A constitucionalização das políticas públicas educacionais, aliada à mitigação da reserva do possível diante da excepcional vinculação orçamentária em favor da educação e o esgotamento prévio das possibilidades fáticas por meio da ponderação social, constituem-se nos três aspectos relevantes para uma concretização responsável³⁹⁰ dos direitos fundamentais sociais, conferindo um tratamento diferenciado e preferencial ao direito educacional nas colisões principiológicas.

Utilizando-se esses três elementos tem-se uma forma adequada de especificação e solução das colisões envolvendo o direito à educação, com melhor demonstração da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O direito à educação, pelo seu desenho constitucional, apresenta-se *prima facie* com maior possibilidade de realização e de preferência em face dos demais princípios colidentes (como a separação de poderes, a democracia e a competência orçamentária), diante de seu significado material e prerrogativas conferidas pelo constituinte e aperfeiçoadas pelo legislador constitucional, a exemplo da recente Emenda Constitucional nº 59/2009, que ampliou o dever estatal prestacional para a educação básica, além de propiciar maior extensão

³⁹⁰ Para Ingo Sarlet, o Poder Judiciário ao efetivar direitos fundamentais sociais, haverá de obrar com “a máxima cautela e responsabilidade”, para evitar que essa postura possa implicar uma violação ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes, levando-se a sério o problema da escassez de recursos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 355-356).

financeira para manutenção e desenvolvimento do ensino, mitigando-se ainda mais a reserva do possível.

Evidencia-se com a Constituição educacional³⁹¹ um sistema distintivo fundamental à educação, com declaração de princípios, deveres prestacionais estatais, prerrogativa de direito público subjetivo, divisão de tarefas federativas, prevenção de responsabilidade, sanções políticas interventivas, excepcional vinculação orçamentária, instrumentos de garantia e exigibilidade, o que lhe confere respaldo a um tratamento diferenciado e preferencial.

Visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (artigo 205 da Constituição de 1988), a educação associa-se aos objetivos e finalidades do Estado Constitucional Democrático brasileiro (artigos 1º e 3º), o que lhe confere relevância e prerrogativas.

A constitucionalização das políticas públicas educacionais e a sua excepcional vinculação orçamentária contribuem para a identificação dos enunciados normativos em tensão.

A ponderação social diz respeito ao esgotamento dos aspectos fáticos relevantes e contribui decisivamente para o juízo de ponderação responsável, identificando-se previamente os princípios e os interesses em conflito, as razões para o não atendimento do direito social educacional, com detalhamento de pontos complexos envolvendo a economicidade e a eficiência das políticas públicas controladas.

Com a ponderação social ou preventiva, tem-se uma forma de sopesamento prévio do direito social educacional a ser realizado em face da reserva do possível (disponibilidade fática ou limite orçamentário), esgotando-se as justificativas estatais de inadimplência, conhecendo-se os reais obstáculos, bem como definindo-se o grau de importância da educação no caso concreto, para melhor ponderação judicial.

O princípio do acesso, da progressiva universalização, do atendimento suplementar e da obrigatoriedade e gratuidade do direito à educação básica

³⁹¹ Conferir-se o tópico 2.7 (A Constituição Educacional: singularidades), do Capítulo 2 desta dissertação.

frequentemente podem se encontrar em colisão com o princípio da separação de poderes, como obstáculo ao controle judicial das políticas públicas educacionais, por se tratar de matéria afeta aos Poderes Legislativo e Executivo; com o princípio da reserva do possível, como a possibilidade de exigência razoável da sociedade (princípio democrático); e, com o princípio da competência orçamentária (limites do financeiramente possível).

Essas colisões enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal destacam os critérios e as estratégias de justiciabilidade diante da especificidade constitucional da educação, com juízo de ponderação responsável.

4.6. O juízo de ponderação do Supremo Tribunal Federal e o direito social à educação: o caso do Ag. Reg. no RE nº 410.715/SP e a STA nº 241/RJ.

A opção pela jurisdição constitucional justifica-se pela sua precípua função de guardiã da Constituição e da democracia, destinada constitucionalmente a interpretar-concretizar as normas de direitos fundamentais, conferindo-lhe a última palavra sobre o seu efetivo significado³⁹².

Observa-se, ainda, nesse processo, que o direito constitucional e a Constituição não se limitam ao texto, mas também a toda bagagem adquirida pela sua interpretação incorporada pela jurisprudência constitucional.

Pela convivência harmônica no sistema constitucional brasileiro, do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, as colocações referentes à jurisdição constitucional transferem-se à jurisdição comum, com exceção natural das especificidades inerentes aos efeitos das decisões e seu objeto.

A Constituição de 1988 apresenta o direito social à educação com uma densidade maior, em capítulo próprio, na ordem social constitucional, declarando-se pelo constituinte como direito de todos e dever do Estado (artigo 205), com uma dimensão principiológica e contorno jurídico mais preciso quanto à educação básica.

³⁹² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 251.

No caso da educação, tem-se um direito público subjetivo, componente do núcleo intangível da dignidade humana, que se apresenta com maior preferência na ordem de efetividade e realização direta.

Estabelecidas democraticamente as opções às políticas públicas educacionais, uma vez omissa ou inadimplente o poder público, a excepcional e inafastável tutela jurisdicional, observando-se essas opções democráticas, interfere responsabilmente para garantir a sua implementação, evitando-se lesão ou ameaça a direito social educacional.

No entanto, diante do debate envolvendo a legitimidade do controle judicial das políticas públicas, mais especificamente as educacionais, restou à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o estabelecimento de balizas à solução dessas colisões principiológicas.

Precedentes da Suprema Corte brasileira, com entendimento uniforme acerca da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas educacionais, definiram as hipóteses de cabimento da tutela jurisdicional, fundamentando-se que os argumentos que encerram a vedação na interferência em matérias afetas às políticas públicas sociais não podem ser ignorados pelo Poder Judiciário quando se trata de direito fundamental básico de índole social, como a educação.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou algumas das questões mais suscitadas quanto ao impedimento do controle judicial das políticas públicas, em especial a separação de poderes, a discricionariedade do poder público na elaboração orçamentária, a reserva do possível e o mínimo existencial.

Em votação unânime, com a relatoria do Ministro Celso de Mello, a Suprema Corte brasileira, entendeu que, no caso da educação infantil, encontra-se diante de uma prerrogativa constitucional indisponível:

“E M E N T A: 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 conseqüência, 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 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 mandatário - 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.³⁹³

Neste julgamento, ressaltou-se que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ajusta-se perfeitamente aos postulados constitucionais sobre a educação, expressamente consignados como direito público subjetivo com a obrigação, também expressa, do ente municipal em viabilizar o atendimento educacional infantil em creches e unidades de pré-escolas.

Como direito de segunda geração, a educação exige do poder público um dever de prestação positiva, decorrente do seu alto significado social e do seu valor constitucional.

Consignou-se, ainda, que a Lei Fundamental brasileira pressupõe, em tema de educação infantil, de um nítido programa a ser implementado

³⁹³ Supremo Tribunal Federal – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 22/11/2005 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: Diário da Justiça de 03-02-2006, p. 76, tendo como partes: Agravante o Município de Santo André e como Agravado o Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 18/12/2008.

mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis, objetivando cessar a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso ao ensino.

Nesse sentido, conforme o precedente, a reserva do possível não pode servir de obstáculo artificial à ilegítima, arbitrária e censurável intenção de fraudar, frustrar ou inviabilizar as condições materiais mínimas de existência.

A educação infantil, como típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real e concreta, cuja densidade normativa não se permite espaço de discricionariedade na sua conformação, exige do Município uma atuação prioritária no ensino fundamental, não se permitindo a este qualquer alegação de limitação orçamentária ou conveniência, diante da vinculação ao postulado supremo da Constituição.

Ao final, consignou o Ministro Celso de Mello que a ineficiência administrativa, o descaso governamental, a incapacidade de organização orçamentária, a incompetência na implementação da educação pública, a falta de visão política do administrador e a inoperância funcional dos gestores públicos não podem, nem devem, representar obstáculos ao adimplemento, de um dever de execução inafastável, que é a educação fundamental.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, que possui a responsabilidade constitucional de zelar pela integridade da Constituição, firmou seu entendimento no sentido da possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, em especial diante da omissão do Estado no cumprimento ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (mínimo existencial), da qual faz parte a educação fundamental (agora educação básica).

Tem-se, como efeito prático desse Acórdão paradigma, o reconhecimento da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, com a reduzida possibilidade de opor justificativa (reserva do possível) para o não atendimento da educação infantil (creche e pré-escola) a todos os Municípios brasileiros, com a determinação de maior peso a este direito social no momento da determinação e execução orçamentária.

No entanto, quanto aos aspectos ponderativos, não se observa nesse precedente um sopesamento mais detalhado do direito educacional em face da

reserva do possível ou em face do princípio formal da competência política de decisão orçamentária, sem referência circunstancial ao caso concreto.

A ponderação alcança resultado ótimo na colisão principiológica com a análise dos elementos e circunstâncias do caso concreto, identificando-se um abuso pela inadimplência prestacional estatal (proteção insuficiente), reduzindo-se a força argumentativa da reserva do possível orçamentária.

Comentando exatamente esse mesmo precedente (Ag. Reg. no RE nº 410.715/SP) registra Paulo Branco que na hipótese era indispensável a ponderação entre as variantes constitucionais e a concretização do direito fundamental à creche. Para Branco a cláusula da reserva do possível deve antes “atrair do que excluir o juízo de ponderação no plano da análise do cumprimento de deveres constitucionais de prestação do Estado, a que se atém parte alentada dos problemas de efetivação dos direitos sociais”³⁹⁴.

Conforme observado por Robert Alexy, a questão fundamental da precedência dos direitos sociais confere-se no sopesamento entre os princípios da liberdade fática contra os princípios formais da competência do legislador democrático e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais da liberdade de terceiros e outros interesses coletivos e sociais³⁹⁵.

A ponderação evidenciou-se incompleta nesse precedente, pela ausência de apreciação do suporte fático, bem como pela falta de especificação da reserva do possível e sua inadimplência estatal.

De forma mais precisa, com abordagem dos elementos da tipologia de casos apresentada por Canotilho³⁹⁶ e atento ao modelo ponderativo de Alexy, tem-se a decisão proferida pelo Presidente da Suprema Corte brasileira, Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 241/RJ³⁹⁷.

³⁹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, cit., p. 280.

³⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 512.

³⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1120-1121. A metodologia de casos ensinada por Canotilho observa nos precedentes o contexto, o texto da norma e o seu significado, as controvérsias constitucionais, a argumentação do Tribunal Constitucional e a decisão do caso, para melhor auxílio da compreensão dos precedentes.

³⁹⁷ Suspensão de Tutela Antecipada nº 241/RJ. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Decisão de 10/10/2008, publicado no DJ em 15/10/2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 24/12/2008.

Com significativa amplitude e abordagem da separação de poderes, da reserva do possível e das circunstâncias do caso concreto, manteve-se nesse caso a determinação para que o Estado do Rio de Janeiro restabeleça o quadro insuficiente de professores da rede estadual de ensino no Município de Queimados, garantindo-se que todos os estudantes recebam o conteúdo programático mínimo fixado, diante da especial sistemática constitucional conferida à educação.

Estabeleceram-se os bens jurídicos em jogo, com possível colisão dos princípios da separação de poderes, concretizado pelo direito do Estado do Rio de Janeiro definir discricionariamente a formulação de políticas públicas educacionais e da proteção constitucional dos direitos das crianças e dos adolescentes de prestação estatal obrigatória de serviços de ensino de forma gratuita e com qualidade.

Diante da qualidade distintiva fundamental do direito à educação no sistema constitucional brasileiro, tratado com especial atenção e de forma minuciosa, destacou-se a sua dimensão objetiva, estabelecendo-se obrigações estatais no sentido da criação dos pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo desse direito, como forma de proibição de proteção insuficiente.

Enfatizou-se, com isso, a relevância do princípio da proibição de proteção insuficiente como critério balizador do controle judicial no plano da concretização dos direitos sociais, para evitar-se a omissão ou a ação insuficiente do poder público que resulte em violação de direito fundamental³⁹⁸.

Considerou-se a indicação clara dos valores priorizados pela Constituição às políticas públicas educacionais, a serem evidenciadas na formulação orçamentária estadual, por se tratar de comandos vinculantes, na linha dos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

Registrou-se a ampla possibilidade jurídica de controle judicial de políticas públicas constitucionalmente definidas, vinculando-se os poderes do Estado à garantia da concretização do direito fundamental à educação.

³⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 358.

Ressaltou-se a importância da educação como principal instrumento de mobilidade social democrática, garantindo-se as condições necessárias ao desenvolvimento pessoal, exercício da cidadania e aquisição da consciência social indispensável para realização dos objetivos fundamentais da sociedade brasileira (artigo 3º da Constituição da República).

Reconheceu-se a prioridade orçamentária conferida à educação, com excepcionais vinculações mínimas de receita dos entes federativos, que lhe asseguram realização preferencial, mitigando-se a reserva do possível.

Quanto aos aspectos fáticos relevantes e sua repercussão, atentou-se para a ausência de quaisquer provas nos autos que justificasse a ausência de professores em sala de aula, comprometendo-se o ensino obrigatório.

Destacou-se, com a análise do suporte probatório existente nos autos, a verossimilhança das alegações do autor da ação civil pública, bem como a inadimplência injustificada do poder público para com a realização da política pública educacional constitucionalizada.

Ao final, o Ministro Presidente Gilmar Mendes, ao preponderar o direito social à educação, justifica de forma precisa e constitucionalmente adequada não existir qualquer violação do princípio da separação de poderes (artigo 2º, da Constituição da República), mas sim uma determinação para o *“cumprimento de política pública constitucionalmente definida (art. 208, caput, I, §1º e §2º e art. 210, caput e §2º) e especificada de maneira clara e concreta no ECA e na LDB, inclusive quanto à forma de executá-la”*.

Determinou-se nesse caso concreto uma adequada precedência condicionada ao princípio educacional diante das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Neste relevante precedente, tem-se uma especificação maior de questões sensíveis em torno da efetividade de direitos fundamentais sociais, como é o caso da educação, restando definidas pelo Ministro Gilmar Mendes que não se trata de interferência, usurpação ou criação judicial, em assuntos discricionários, inerentes à definição de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Tem-se nessa decisão uma determinação para o cumprimento de

vinculações constitucionais e legais (Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Diretrizes e Bases da Educação), assegurando-se prioridade orçamentária e obrigação de criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo do direito à educação, na linha da solução ponderativa de Alexy para os direitos fundamentais sociais.

A decisão política pela prioridade educacional foi democraticamente tomada, por meio do constituinte e do legislador ordinário, resguardando a jurisdição constitucional esse fundamento democrático e a força normativa da Constituição.

Observa-se que os casos levados ao Supremo Tribunal Federal envolvendo o direito à educação decorrem de tutela coletiva, por meio de ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público na origem, contribuindo para melhor pulverização dos benefícios e alcance do direito educacional³⁹⁹.

Com isso o Supremo Tribunal Federal passa a mensagem de que, além da maturidade para elaboração de Súmula Vinculante em matéria educacional⁴⁰⁰, perante o direito fundamental à educação mitigam-se os tradicionais óbices (universalização): trata-se de obrigação definida constitucionalmente (fundamento democrático) e impostergável dos poderes públicos de realização das políticas públicas educacionais, sob pena do excepcional controle judicial para sua implementação (separação de poderes e reserva do possível).

A repercussão positiva dos efeitos sociais de suas decisões transforma o Poder Judiciário em agente de modificação, transformação e atualização social, ao ocupar excepcionalmente o espaço político, como ocorre nas situações em

³⁹⁹ No mesmo sentido dos precedentes analisados neste tópico, com origem em ações coletivas propostas pelo Ministério Público têm-se: o Recurso Extraordinário nº 436.996/SP, como relator o Ministro Celso de Mello; o Agravo de Instrumento nº 455.802/SP, como relator o Ministro Marco Aurélio; o Recurso Extraordinário nº 402.024/SP, como relator o Ministro Carlos Veloso; o Recurso Extraordinário nº 411.518/SP e o Recurso Extraordinário nº 431.773/SP, ambos como relator o Ministro Marco Aurélio; o Recurso Extraordinário nº 554.075/SC, como relatora a Ministra Carmem Lúcia; o Agravo de Instrumento nº 677.274/SP, como relator o Ministro Celso de Mello. Todos disponíveis em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 18/12/2008.

⁴⁰⁰ Pelas reiteradas decisões no mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal pode elaborar súmulas vinculantes envolvendo a definição e o conteúdo da garantia de padrão de qualidade educacional (artigo 206, inciso VII), as competências e colaborações do sistema nacional de ensino (artigo 211, §4º), bem como balizas mais específicas à reserva do possível diante do tratamento constitucional conferido à educação.

que o Executivo e o Legislativo encontram dificuldades na realização ótima dos direitos sociais, em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, para preservação da própria democracia, dos direitos fundamentais sociais e da força normativa da Constituição.

No exercício da jurisdição constitucional, encontram-se necessariamente envolvidos três elementos que conferem especial repercussão às suas decisões: soberania, democracia e exercício de poder.

Sua competência constitucional de conformação jurídico-política de questões de grande relevância social determina-se uma constante amplitude dos limites jurídicos e políticos nas interpretações, buscando novos valores e conferindo novas finalidades à concretização, como fator necessário e imprescindível à atualização constitucional e garantia de sua força normativa, especialmente se voltados à concretização dos direitos fundamentais sociais, como a educação.

Assim, a jurisdição constitucional converte sua competência como legítimo regulador democrático, conformador das questões políticas de grande relevância nacional.

4.7. A transformação dos direitos fundamentais sociais pela Jurisdição Constitucional: a contribuição da justiciabilidade das políticas públicas educacionais para o processo democrático

Da mesma forma como o Tribunal Constitucional Federal alemão foi indispensável na construção ponderativa dos direitos sociais na Alemanha, o Supremo Tribunal Federal, em tarefa menos árdua diante das expectativas sociais expressas na Constituição de 1988, mas não menos importante diante dos obstáculos fáticos e jurídicos, possui destacado papel na transformação dos direitos fundamentais sociais no espaço democrático brasileiro.

Essas transformações se evidenciaram em crescente efetividade e concretização responsável pela Suprema Corte brasileira, extraído-se das normas principiológicas sociais a sua força normativa mediante processo concretizador ponderado.

A premissa essencial foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria educacional, pois cabe aos poderes públicos, preferencialmente, a definição das políticas públicas, mas ao judiciário cabe o seu controle excepcional, em razão do envolvimento de direito de índole fundamental, quando a prestação se mostrar ausente, insuficiente ou inadequada (Ag. Reg. no RE nº 410.715/SP e STA nº 241/RJ).

A amplitude dos efeitos desses precedentes, aliada à recente extensão da obrigação estatal com a educação básica e o reforço orçamentário na manutenção e desenvolvimento do ensino (Emenda Constitucional nº 59/2009) reflete-se, além de no atendimento, no acesso, na melhoria da qualidade do ensino e de suas políticas públicas de atendimento (transporte escolar, material, alimentação), com significativa ampliação da rede educacional.

Com o tempo, novos questionamentos podem se apresentar quanto à ampliação do direito educacional, bem como dos limites do financeiramente possível à sua realização, suscitando no espaço público novos debates e ponderações sociais, o que poderá levar à futuras apreciações da política pública social da educação pela Suprema Corte brasileira.

A longo prazo tem-se a possibilidade de ampliação do direito fundamental social à educação básica (gradualidade e progressividade), na linha do precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão que, nos idos de 1972⁴⁰¹, discutiu a falta de vagas no ensino superior.

A interferência da justiça constitucional na implementação das políticas públicas promove um verdadeiro aperfeiçoamento do direito fundamental social, transformando a sua definição, ampliando os beneficiários, modificando o alcance do direito social, o acesso aos serviços e a melhoria na sua qualidade⁴⁰².

⁴⁰¹ BVerfGE 33, 303. In: SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 656.

⁴⁰² ARANGO, Rodolfo. "O direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana". In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 723. Neste estudo, Rodolfo Arango investiga o direito à saúde na jurisprudência constitucional Colombiana, evidenciando a evolução e o aperfeiçoamento que esta Corte Constitucional conferiu à saúde, exercendo funções de proteção, de integração e de fiscalização qualitativa das políticas públicas. Suas reflexões podem ser transportadas para o

Dentre as contribuições funcionais da justiça constitucional com a justiciabilidade das políticas públicas, conforme apontado por Rodolfo Arango, destaca-se a melhoria da qualidade do serviço público, pois a ineficiência do sistema importa quase sempre em lesão ou ameaça a direito dos beneficiários, importando uma atuação jurisdicional de controle e vigilância⁴⁰³.

O controle judicial das políticas públicas educacionais será mais ou menos intenso nos próximos tempos, se a realização espontânea dos direitos sociais pelos poderes públicos em atenção às reivindicações do espaço público democrático for mais ou menos intensa, mais ou menos eficiente, em contínua relação.

Ao implementar excepcionalmente políticas públicas, a jurisdição emite um alerta aos poderes públicos e à sociedade, para melhor fomento e controle da realização direta dos direitos sociais contemplados na Constituição.

Dieter Grimm, explicando a compensação dos déficits democráticos da jurisdição constitucional, justifica que a independência do processo político, acrescido de critérios profissionais, consiste na fonte da autoridade judicial, capacitando a corte a “insistir no respeito aos princípios duradouros sobre os quais a sociedade se organiza e a lembrar os políticos das suas obrigações a longo prazo, pelo menos quando elas têm um fundamento constitucional”⁴⁰⁴.

A contribuição democrática da justiciabilidade das políticas públicas educacionais consiste no termômetro da realização espontânea e eficiente dos direitos fundamentais sociais pelos poderes públicos competentes: enquanto a jurisdição atuar de forma excepcional, porém inafastável, no controle das políticas públicas, significa que os poderes públicos não estão realizando estas de forma adequada, abrangente e eficiente.

O impacto desse controle judicial gera, por um lado, a criação ou a alteração de uma política pública educacional e, de outro, a modificação da gestão em curso ou a implantação de um novo modelo de gestão⁴⁰⁵. Desperta

ambiente constitucional brasileiro, em especial para a educação.

⁴⁰³ ARANGO, Rodolfo. “O direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana”, *cit.*, p. 741.

⁴⁰⁴ GRIMM, Dieter. “Jurisdição Constitucional e Democracia”, *cit.*, p. 22.

⁴⁰⁵ HOFFMANN, Florian F. e BENTES, Fernando R. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de

e incentiva o controle social sobre a qualidade e os resultados da política pública educacional (eficiência e economicidade⁴⁰⁶), bem como o interesse por informações e explicações (publicidade) mais apuradas sobre eventual ineficiência orçamentária.

Tem-se, ainda, a demonstração da proteção insuficiente que a demanda judicial sinaliza, como efeito pedagógico para que os poderes públicos respondam posteriormente com o aperfeiçoamento, a expansão e o planejamento da política pública educacional em curso ou futura.

Essa contribuição democrática por meio do alerta emanado da justiciabilidade dos direitos sociais educacionais pode ser o melhor caminho para a sua maximização e otimização, corrigindo-se extrajudicialmente as políticas públicas insuficientes.

(coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 411-413. Este trabalho se baseou em levantamentos quantitativos e qualitativos de litígios envolvendo direitos à saúde e à educação nos Estados da Bahia, de Goiás, de Pernambuco, do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ressaltou-se o impacto significativo dos litígios envolvendo particularmente a saúde, a partir de 1996, com a demanda pelos tratamentos da AIDS, na gestão, na criação e na expansão de políticas públicas, como resposta do sistema político às demandas judiciais.

⁴⁰⁶ Conferir-se o tópico 3.4.3 (Eficiência e economicidade: modalidades de controle e justiciabilidade), do Capítulo 3 desta dissertação.

Conclusões

Demoraram-se quase vinte anos para que passos importantes e relevantes no campo da efetividade dos direitos sociais fossem dados, em que a Suprema Corte do Brasil se destacou como protagonista neste processo.

A contribuição desta dissertação para o tema da concretização responsável dos direitos sociais buscou evidenciar os seus aspectos relevantes, com foco no direito à educação: a constitucionalização das políticas públicas, a mitigação da reserva do possível diante da excepcional vinculação orçamentária e a ponderação social. Esses elementos se apresentam com importância destacada no juízo de ponderação do Supremo Tribunal Federal.

A construção das hipóteses parte do objetivo e da finalidade social institucionalizada pela Constituição de 1988 como razão existencial do Estado Constitucional Democrático brasileiro, fundado na cidadania participativa e reivindicatória.

O processo histórico de efetividade dos direitos sociais não se iniciou em 1988, mas sim com a Constituição de 1934, inaugurando-se a fase do constitucionalismo do Estado social, em evolução contínua.

Vários fatores históricos contribuíram para a formulação do modelo de Estado instituído em 1988: os movimentos e os valores sociais pós-segunda guerra mundial; a superação do individualismo liberal para uma maior igualdade na liberdade; uma resposta ao período de exceção aos direitos fundamentais durante o regime militar brasileiro; influência das Constituições da Alemanha de 1949 e do constitucionalismo dirigente português de 1976.

A reconquista dos direitos fundamentais, com a expressa gama de expectativas sociais plasmadas no Constituição de 1988, favorece a busca pela efetividade dos direitos sociais, desejo perene do constituinte.

A regulação do Estado pela Constituição, ao estabelecer objetivos e finalidades existenciais, que no caso brasileiro se reflete no seu artigo 3º, indica o papel relevante que o Estado passa a cumprir perante a sociedade, como fundamento de legitimidade de sua atuação prestativa.

Nesse sentido, o conceito e a compreensão material da Constituição, como ordem de valores aberta aos anseios e reivindicações sociais, em permanente contextualização e diálogo com a realidade, representa melhor a legitimidade de um Estado Constitucional Democrático, a exemplo do modelo estatal instituído pela Constituição de 1988.

O compromisso pela manutenção permanente dos direitos fundamentais sociais reflete a força normativa da Constituição da República a todas as atividades estatais e ao cotidiano da sociedade.

Estabelecendo um modelo de Estado social, a Constituição Federal confere fundamento de legitimidade à unidade política e social, envolvendo a coletividade e os poderes constitucionais no reconhecimento, efetividade e realização permanente dos direitos fundamentais sociais, por meio das tarefas estatal-sociais.

A formulação de um Estado Constitucional Democrático de viés social, fundado na contínua relação dos direitos humanos fundamentais, da democracia e da jurisdição constitucional, encontra-se perfeitamente adequado ao modelo estatal instituído no Brasil em 1988 e apropriado ao seu momento de efetividade social neste século XXI.

O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito no Brasil apresentam-se como movimentos de revitalização normativa relevantes a favorecer a centralidade normativa suprema da Constituição de 1988 a todo ordenamento jurídico, vinculante aos poderes e à sociedade.

Essa abordagem política contribui decisivamente para a potencialidade da cidadania participativa e reivindicatória, pois do catálogo de direitos fundamentais parte-se diretamente para a reivindicação no espaço público e, na omissão ou prestação ineficiente, parte-se para a excepcional concretização judicial, amparando-se lesões ou ameaças a direitos sociais.

A Constituição Federal apresenta extenso rol de direitos sociais, com características de direitos fundamentais, ambivalência e estrutura de princípios, o que gera a necessidade de ponderação.

O direito definitivo à prestação social apresenta-se quando o princípio da liberdade fática se apresentar com maior peso que os princípios formais

(princípio da separação de poderes e da democracia) e materiais (liberdade de terceiros e outros interesses coletivos e sociais) colidentes, considerados em conjunto nas circunstâncias do caso concreto, em especial os direitos mínimos.

O sistema constitucional social brasileiro confere eficácia imediata e perenidade aos direitos fundamentais sociais, bem como a prerrogativa de vedação de retrocesso e de proteção insuficiente, em que o mínimo existencial se destaca como ponto de partida social.

Nesse contexto o direito à educação se apresenta relevante, pelo seu desenho constitucional diferenciado, em que o constituinte fez a opção pela sua progressiva importância, mediante a declaração de princípios, divisão de tarefas federativas, reserva orçamentária, priorização de atendimento, constitucionalização de políticas públicas, registro de responsabilidades, sanções políticas e criação de instrumentos de garantia e exigibilidade.

Como essencial ao exercício pleno da democracia e pressuposto da cidadania, a qualidade distintiva fundamental da educação guarda relação direta com os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional Democrático brasileiro (artigo 3º, da Constituição de 1988), conferindo-lhe preferência nas colisões.

A contínua ampliação e realização da educação pelo legislador constitucional e ordinário nesses vinte anos de estabilidade democrática indicam os rumos para a sua progressividade e otimização ao máximo, a partir de um padrão mínimo de qualidade educacional.

Diante da Constituição educacional mitigam-se os principais obstáculos à sua efetividade e concretização, harmonizando-se os Poderes em cooperação de tarefas e atividades, conferindo-se efetividade principiológica preponderante aos direitos sociais, com redução da importância da reserva do possível.

Como limite fático e jurídico à realização dos direitos fundamentais sociais, a reserva do possível refere-se às condições fáticas existentes e à competência orçamentária (princípio da separação de poderes e da democracia). A impossibilidade material refere-se à reserva do possível e como ausência orçamentária tem-se o limite do financeiramente possível. Aquele é o

gênero, do qual este é espécie.

A mitigação da reserva do possível evidencia-se pela constitucionalização das políticas públicas educacionais, pela elaboração orçamentária constitucionalmente legítima, pela mundialização dos direitos humanos sociais, fomentando-se ao máximo as possibilidades de implementação dos direitos sociais. Os compromissos assumidos internacionalmente, em particular os educacionais, estimulam a sua realização contínua e progressiva.

A desmistificação dos custos dos direitos coloca os direitos individuais e os direitos sociais no mesmo plano de prioridade, ambos com dimensões positivas e negativas, sem ordem de preferência ou inferioridade na definição orçamentária.

No plano orçamentário percebe-se a mitigação da reserva do possível em prol do mínimo existencial, por este se encontrar alinhado com os objetivos e finalidades do Estado Constitucional Democrático brasileiro, com base na dignidade social humana.

Modalidades de controle e justiciabilidade às políticas públicas são identificadas, destacando-se como mais adequados, tanto ao controle social quanto ao judicial, a eficiência e a economicidade, permitindo o esgotamento fático dos motivos e justificativas dos poderes públicos pela inexecução orçamentária.

O ativismo ministerial assume o significado de atuação direcionada à promoção e esgotamento das possibilidades fáticas à realização direta dos direitos fundamentais sociais no plano extrajudicial, relacionando-se com o exercício de uma ponderação social.

A ponderação social ou preventiva contribui para a identificação precisa dos fatos relevantes e das suas particularidades, aspectos estes importantes para definir o peso dos princípios em colisão no momento do juízo de ponderação.

A implementação das opções democraticamente estabelecidas será o norte do controle judicial excepcional das políticas públicas, com estratégias para atingir os melhores resultados possíveis: parte-se do mínimo existencial,

preferencialmente no processo coletivo, identificando-se ao máximo as possibilidades fáticas existentes e relevantes.

Na jurisdição constitucional destaca-se a concretização ponderada responsável dos direitos sociais educacionais, em que o modelo ponderativo de Robert Alexy se apresenta como adequado à realidade constitucional brasileira.

A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais à educação consiste na observância de três aspectos relevantes: a constitucionalização das políticas públicas educacionais; a mitigação da reserva do possível diante da excepcional vinculação orçamentária em favor da educação; e o esgotamento prévio das possibilidades fáticas por meio da ponderação social. Esses elementos, além de contribuir para o juízo de ponderação, conferem um tratamento diferenciado e preferencial ao direito educacional nas colisões principiológicas.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu as balizas essenciais em matéria educacional, ao reconhecer a preferência dos poderes públicos na definição das políticas públicas, restando ao judiciário a intervenção excepcional quando a prestação se encontrar ausente, ineficiente ou inadequada, por envolver direito de índole fundamental.

Prepondera, na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, a preferência do direito social à educação, superando-se os obstáculos da reserva do possível, dos princípios da separação de poderes e da democracia.

Constata-se que o sistema constitucional brasileiro admite o controle judicial das políticas públicas realizadoras dos direitos sociais, mas o debate se transfere para o melhor estabelecimento dos aspectos fáticos relevantes do caso concreto, do esgotamento argumentativo da reserva do possível, bem como pela contribuição democrática dessa intervenção judicial excepcional.

Os elementos fáticos do caso a ser ponderado precisam esgotar-se para redução de decisionismos e da discricionariedade, permitindo-se o sopesamento dos direitos sociais na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

O ideal quanto à reserva do possível seria exigir do poder público o ônus probatório da insuficiência orçamentária ou a possibilidade de complementação

ou suplementação imediata, observando-se o tratamento conferido à realização do direito social nos orçamentos passados, presente e futuro, na linha das opções democraticamente estabelecidas na Constituição e na legislação sobre a forma e os objetivos das políticas públicas educacionais.

Com a justiciabilidade das políticas públicas educacionais tem-se um alerta aos poderes públicos e à sociedade, pois todas as vezes que o judiciário intervém na sua implementação, significa que os poderes competentes não realizam eficientemente suas tarefas.

Aguarda-se, ainda, do Supremo Tribunal Federal, o enfrentamento específico de questões orçamentárias, interessante tanto ao judiciário, quanto aos poderes públicos inadimplentes, mas principalmente a toda sociedade.

A determinação judicial para a realização da política pública social não se mostra suficiente. Precisa-se pensar no futuro, em que a observância contínua nos exercícios financeiros seguintes da demanda educacional se apresenta mais adequado, em especial com a Emenda Constitucional nº 59/2009 que ampliou a obrigação estatal com a educação básica bem como reforçou o orçamento na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Pode-se chegar o tempo em que o Poder Judiciário não cuidará mais dessas questões, diante da realização eficiente dos direitos sociais pelos poderes públicos, decorrente da participação e reivindicação cidadã, ou a intervenção se tornar contínua como forma de estabelecer o marco de efetivação alcançado, como ponto de partida para a próxima otimização e maximização.

Aquele alerta ao processo democrático cuidará dessa questão.

Talvez assim, no futuro, com a comemoração dos trinta anos de estabilidade democrática da Constituição da República de 1988, comemore-se também a consolidação de uma verdadeira sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Peter Häberle), em que a universalização contínua de uma educação de qualidade em todos os níveis tenha permitido a formação desses cidadãos participativos, reivindicadores e conhecedores de seus direitos constitucionais.

Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild da Silva. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. In *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 41-54.
- _____. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito social”. In *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 55-69.
- _____. “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”. In *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 105-116.
- _____. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 155-166.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARANGO, Rodolfo. “O direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 721-754.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Revista de Direito do Estado* nº 3 (julho/setembro 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 17-54.
- _____. “O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador).

Legitimação dos Direitos Humanos. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 97-135.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 203-249.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. “Ainda faz sentido a Constituição dirigente?”. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 6, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, pp. 149-162.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Dicionário de Política*. Vol 1. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 13 ed. Brasília: UNB, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria do Estado*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. “São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 451-483.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito”. In BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-50.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Rever ou romper com a constituição

- dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 15 (abril-junho de 1996). São Paulo: RT, 1996, pp. 7-17.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. “Bypass social e o núcleo essencial de prestações sociais” In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 243-268.
- _____. “Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais” In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-113.
- CARRO, Jose Luis. *Polémica y reforma universitaria en Alemania*. Madrid: Civitas, 1976.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico”. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 75-98.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- COSTODIO Filho, Ubirajara. “A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na administração pública” in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 7, nº27, abril-junho de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 209-217.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIAZ, José Ramón Cossío. *Estado Social y Derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- DIMOULIS, Dimitri (coordenador geral). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. “O direito como sistema de garantias” In OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (organizador). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 89-109.

- FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRIMM, Dieter. “Jurisdição Constitucional e Democracia”. *Revista de Direito do Estado*, nº 4 (outubro/dezembro 2006), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 3-22.
- GUASTINI, Ricardo. “La Constitucionalización del ordenamento jurídico: El caso Italiano”. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 49-73.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.
- _____. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira Marcos Penchel. 22 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- HOFFMANN, Florian F. e BENTES, Fernando R. “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 383-416.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999.

- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Salvador: Juspodvim, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
_____. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- KRELL, Andrés. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 7 ed. São Paulo: RT, 2006.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MALISKA, Marcos Augusto. “Educação, Constituição e Democracia”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 789-800.
_____. “A concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da Jurisdição Constitucional”. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coordenadores). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 547-558.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador). *Coletânea de Direito Internacional*. 6 ed. São Paulo, RT, 2008
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional – Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2 ed. São Paulo:

RT, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais. Uma crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 137-175.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 123-158.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações” In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 11-53.

_____. “Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988”. In BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 479-510.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (organizadores). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SLHESSARENKO JUNIOR, Miguel. “A Importância Social do Tributo e da Ética no exercício da função pública: uma proposta de atuação preventiva para o Ministério Público brasileiro”. In: *XV Congresso Nacional do Ministério Público*. Gramado/RS: Livro de Teses do XV Congresso Nacional do Ministério Público, 2003, pp. 426-434.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”. In BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 285-325.
- _____. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551.
- TAVARES, André Ramos. “Direito Fundamental a educação”. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 771-788.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243-342.
- _____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VAZ, Anderson Rosa. “A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* nº 61. São Paulo: RT, 2007, pp. 25-48.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.