

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**Legitimidade democrática do controle judicial
do direito à educação**

Alessandra Matos de Araújo

Brasília – DF

2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**Legitimidade democrática do controle judicial
do direito à educação**

Alessandra Matos de Araújo

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

Orientadora: Professora Doutora Júlia Maurmann Ximenes

Brasília – DF
2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Título: Legitimidade democrática do controle
judicial do direito à educação**

Alessandra Matos de Araújo

**Orientadora: PROFESSORA DOUTORA JÚLIA MAURMANN XIMENES
(IDP)**

Banca Examinadora

Presidente: Profa. Dra. Júlia Maurmann Ximenes (IDP)
Integrante: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho (IDP)
Integrante: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho (Uniceub)

Resumo

O direito à educação no Brasil tem sido objeto de análise na doutrina e na jurisprudência em virtude da sua importância na Constituição Federal de 1988. Foi feita uma análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante o período de 2004-2008 a fim de verificar como os marcos teóricos foram utilizados para fundamentar os julgamentos que asseguraram a efetividade do direito à educação. Diante dos julgamentos obtidos a partir do *site* do Supremo Tribunal Federal, a investigação empírica realizada com a utilização da análise de conteúdo enquanto técnica de pesquisa requereu a elaboração de um plano de análise dos documentos a serem examinados, com a finalidade de fazer inferências e interpretações sobre como os referenciais teóricos citados nos julgamentos foram utilizados, assim como para demonstrar que a atuação do Supremo Tribunal Federal foi legítima quando garantiu a efetividade do direito à educação em virtude de ter assegurado as condições para o exercício da democracia deliberativa.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção judicial; Educação; legitimidade democrática

Abstract

The social right to education is a very interesting issue to study because it is very important in Brazilian's Constitutional Law. By quantify and qualify analysis of Supreme Court's jurisprudence during the period of time between 2004-2008 we found how marks theoreticians were used in judgments which ensures the effectiveness of the right of education. After the judgments that were found in the website of Supremo Tribunal Federal, we used the content analysis as a research technique. This research technique was useful to analyse the documents which were examined. This research aims to understand how marks theoreticians that were mentioned in the judgments were really used by the Supreme Court and also to prove the democratic legitimacy of judicial review of Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court) when it protects the conditions that makes the deliberative democracy works.

KEYWORDS: Judicial Review; Education; Democratic Legitimacy

Agradecimentos

Agradeço a minha querida família (Sandra, Antônio e Alexandre) pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida assim como peço desculpa pela minha ausência durante a elaboração do presente trabalho.

Gostaria também de registrar a minha gratidão à Professora Doutora Júlia Maurmann Ximenes pela paciência e dedicação na orientação do presente trabalho e por viabilizar a minha participação no grupo de pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público, agradeço a possibilidade de convívio com professores altamente qualificados que contribuíram para o meu amadurecimento profissional e acadêmico.

Sumário

Resumo.....	5
Abstract.....	6
Introdução.....	9

Capítulo I

O direito à educação

1.1 Histórico do direito à educação.....	13
1.2 Do direito à educação: direito público subjetivo ou norma programática.....	16
1.3 Políticas públicas e direito à educação.....	22
1.3.1 Conceito.....	22
1.4 Discrecionabilidade governamental e políticas públicas.....	27
1.5 A educação como liberdade.....	32

Capítulo II

Estudo sobre democracia

2.1 Democracia e regra da maioria.....	34
2.2 O princípio democrático.....	35
2.3 A noção de autonomia pública.....	36
2.4 Democracia deliberativa: conceito.....	40
2.5 O que é deliberação pública?.....	41

Capítulo III

A efetividade do direito à educação

3.1 Nova Hermenêutica: o problema da efetividade.....	54
3.2 A atuação da jurisdição constitucional	60
3.3 A pesquisa empírica.....	64
3.4 Do período de tempo pesquisado.....	66
3.5 Da análise dos dados.....	69
3.6 A utilização das unidades de registro pelo Supremo Tribunal Federal.....	70
3.6.1 A noção de mínimo existencial.....	74
3.6.2 A cláusula da reserva do possível.....	79

Capítulo IV

A legitimidade democrática no controle judicial do direito à educação

4.1 O Estado constitucional de direito.....	99
4.2 Procedimentalismo X Substancialismo.....	101
4.3 A judicialização da política.....	106
4.4 a construção das decisões judiciais: a racionalidade.....	116
4.5 O controle judicial do direito à educação à luz da teoria democrático-deliberativa.....	124

Conclusão.....	131
----------------	-----

Referências.....	138
------------------	-----

INTRODUÇÃO

O tema escolhido está relacionado ao controle judicial de políticas públicas e a efetividade do direito à educação e reflete, principalmente, a afinidade e o entusiasmo pelo estudo do Direito Público e pelo Direito Constitucional na árdua tentativa de possibilitar aos cidadãos a efetiva fruição dos direitos previstos constitucionalmente.

No recorte temático, escolhemos o controle judicial do direito à educação, sendo que a pesquisa estará centrada nos aspectos teórico, histórico e jurisprudencial, particularmente do Supremo Tribunal Federal no período de 2004-2008, na medida em que pudemos constatar da análise preliminar da jurisprudência, que a partir da ADPF-45/DF, Rel. Min. Celso de Mello se passou a admitir a possibilidade do Poder Judiciário tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam como direitos de segunda geração, mas que possuem o caráter de fundamentalidade, em face da inércia do Poder Público.

A possibilidade de controle judicial de políticas públicas e da efetividade dos direitos sociais têm sido tema abordado em muitas dissertações de mestrado nas universidades brasileiras. Acompanhando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é considerado por excelência o tribunal guardião da Constituição Federal, constata-se a relevância da temática escolhida porque envolve a análise da jurisdição constitucional na efetivação do direito à educação, já que o Poder Judiciário está cada vez mais voltado a concretizar a esfera mínima dos direitos sociais independentemente das políticas públicas implementadas pelo Executivo e pelo Legislativo.

O Poder Público alega que não cabe ao Poder Judiciário realizar a concretização de tais direitos, visto que eles dependem de opções de caráter orçamentário, a serem tomadas em cenários de escassez de recursos. Assim, a atuação social do Estado estaria condicionada à “reserva do possível”, razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Executivo e do Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

Propõe-se, desse modo, no presente estudo como definição do problema a seguinte indagação: Em que medida a teoria da democracia deliberativa justifica a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na efetivação do direito à educação?

A doutrina diverge acerca da possibilidade do Poder Judiciário apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, ainda que considerando a necessidade de alocação de recursos e o fato de vivermos em uma sociedade pluralista, com diversos valores, interesses e, em consequência, múltiplas necessidades a serem atendidas.

O método a ser adotado para desenvolver o presente trabalho será o qualitativo de forma prioritária já que o objetivo é justificar a legitimidade democrática do Poder Judiciário para garantir a efetividade do direito à educação.

A técnica de pesquisa escolhida é a pesquisa bibliográfica, pois o trabalho será desenvolvido com base na doutrina e nos registros existentes sobre o tema escolhido em um primeiro momento e em um segundo momento a pesquisa será também baseada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no período de 2004-2008, a partir da ADPF n. 45. Após a sistematização dos dados levantados, será feito o confronto entre os mesmos, por intermédio de uma interpretação crítica-analítica, culminando na elaboração de conclusões que reflitam os resultados finais da análise.

Na pesquisa realizada a partir do *site* do Supremo Tribunal Federal foram encontrados diversos julgamentos que tratavam do direito à educação e foi utilizada a análise de conteúdo enquanto técnica de pesquisa. A análise de conteúdo não é para “escolher” os documentos, mas sim para interpretá-los. Trata-se de uma técnica de pesquisa que foi utilizada para analisar as decisões judiciais, por meio da explicitação e da sistematização do conteúdo das mensagens e da expressão desse conteúdo a fim de fazer inferências, ou seja, detectar o que está por detrás dessas mensagens que não se encontrava expressamente revelado.

No primeiro capítulo será abordado o histórico do direito à educação nas Constituições brasileiras, bem como a discricionariedade governamental em matéria de

políticas públicas e o significado da expressão “direito público subjetivo” quando a Constituição brasileira de 1988 se refere ao direito à educação.

Antes apenas o ensino fundamental, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 2006, era considerado pela Constituição Federal de 1988 como direito público subjetivo, conceito que era entendido em consonância com o direito de ação, o que significa dizer que a falta do direito de ação implicava na própria inexistência ou inexigibilidade do direito.

Os demais direitos sociais eram tratados como normas programáticas sendo vedada a interferência do Poder Judiciário na efetivação desses direitos.

O direito à educação exige uma atuação do Estado para a sua efetivação, por meio da construção de creches, escolas, contratação de professores. Essa norma constitucional para produzir efeitos jurídicos depende da formulação e implementação de políticas públicas.

Como vivemos uma época em que as políticas públicas são uma evolução em relação à idéia de lei, o conceito de políticas públicas será abordado no primeiro capítulo, a fim de demonstrar que diante da importância conferida pela Constituição Federal ao direito à educação, não há discricionariedade governamental na escolha de programas que impliquem na sua efetivação.

No segundo capítulo será abordada a democracia deliberativa que surgiu nas últimas décadas do século XX como alternativa às teorias da democracia então predominantes, especialmente em relação àquelas que reduzem a democracia ao processo de escolha dos representantes.

A necessidade de deliberação pública e observância aos princípios da liberdade e da igualdade serão analisados dentro do modelo cooperativo de democracia deliberativa que engloba a síntese dos modelos de democracia deliberativa teoricamente sustentáveis: a procedimental e a substantiva.

No terceiro capítulo, será abordada a pesquisa empírica realizada a partir do *site* do Supremo Tribunal Federal utilizando a análise de conteúdo como técnica de pesquisa, porque terá por objetivo verificar como as unidades de registro “mínimo

existencial”, “direito à educação” e “reserva do possível” mencionadas de forma recorrente na doutrina, foram utilizadas pelo referido Tribunal nos julgamentos que asseguraram o direito às matrículas em escolas.

No quarto capítulo, será ressaltado que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que engloba, por sua vez, o controle concreto de constitucionalidade e o controle difuso de constitucionalidade, contribui para o fenômeno da judicialização da política na atuação da jurisdição constitucional.

Ocorre que a atuação do STF deverá ser balizada de acordo com a teoria da argumentação jurídica, que estabelece as regras a serem observadas pelo intérprete na criação judicial do direito, objetivando a racionalidade na motivação dos julgamentos.

Buscar-se-á, ao final, mediante a apresentação dos resultados obtidos, vinculados à hipótese de investigação, relacionar as informações obtidas no decorrer do trabalho e a hipótese formulada, a fim de responder à indagação suscitada, se a atuação da jurisdição constitucional para garantir a efetividade do direito à educação é legítima, sob o ponto de vista democrático, à luz da teoria da democracia deliberativa.

1 DIREITO À EDUCAÇÃO

1.1 Histórico do direito à educação

O direito à educação passa por um importante momento de transição. Essa transição vem ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/1996)¹.

Inicialmente, é importante destacar como o tema educação foi tratado nas Constituições ao longo do processo constitucional de 1823 a 1988. Verificaremos, desse modo, como o sistema educacional foi previsto nas Constituições Brasileiras de 24/03/1824; 24/02/1891; 16/07/1934; 10/11/1937; 18/07/1946; 24/01/1967; 17/10/1969 e 05/10/1988.

O tema educação esteve presente em todas as Constituições brasileiras, desde a primeira outorgada por D. Pedro I em 1824, até a atualmente em vigor, promulgada em 05 de outubro de 1988, sendo possível perceber, no entanto, os avanços e retrocessos que ocorreram neste período, de acordo com a ideologia predominante e a situação política do país nos diferentes momentos históricos.

O tratamento dispensado à educação na Constituição imperial de 1824 foi bastante reduzido, expressado em dois tópicos do art. 179. Os dois dispositivos citados dispunham que “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos” (art. 179, inciso XXXII) e que a Constituição garantia colégios e universidades, onde seriam ensinados os elementos das ciências, belas-artes e artes (art. 179, inciso XXXIII).

O tratamento reproduziu o entendimento da época em que a educação ficava a cargo, preponderantemente, da família e da igreja.²

A Constituição Republicana de 1891 inaugurou nova fase no Constitucionalismo brasileiro, o da República Federativa. Influenciada pelo positivismo

¹ Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

² MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 21.

jurídico e pelo liberalismo norte-americano, previu a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre o ensino superior (art. 34, nº 30) e não privativa para criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados, bem como prover a instrução secundária no Distrito Federal (art. 35, 2º e 3º).

Além disso, deu ênfase ao caráter laico e descentralizado do ensino, bem como estabeleceu a liberdade de ensino, ao dispor ser leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos, em atenção principalmente à questão religiosa (art. 72, §6º).

A Constituição de 1934 trouxe vários preceitos de natureza social. O direito à educação, em especial o ensino primário integral passou a ser gratuito e de frequência obrigatória até mesmo para os adultos e a implementação da educação por meio da participação dos Estados-Membros deu-se por meio da vinculação de percentuais de impostos a essa finalidade: para a União e Municípios em torno de 10% e para os Estados e Distrito Federal no percentual de 20%, consoante o disposto no artigo 156.

Apenas a educação primária, isto é, da 1ª a 4ª série era considerado como ensino fundamental. Além disso, tal previsão era considerada uma norma programática, a ser inserida no Plano Nacional de Educação, conforme estabelecia o artigo 150, parágrafo único e alíneas. “A responsabilidade pela educação foi atribuída aos poderes públicos e à família”.³

A Carta de 1937, inspirada no modelo fascista, teve como mentor o jurista mineiro Francisco Campos que criou restrições aos direitos individuais e suas garantias. Em relação ao direito à educação, no entanto, continuou a prever a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário. Acrescente-se, ainda, que em razão do dever de solidariedade, havia a previsão de uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar que era exigida daqueles que não alegassem escassez de recursos.

A Constituição de 1946 trouxe vários princípios de cunho social, assim como tratou a educação como direitos de todos a ser ministrada no lar e na escola (art.

³SIFUENTES, Mônica. *O Acesso ao Ensino Fundamental no Brasil: um Direito ao Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 26.

166), sendo o ensino livre à iniciativa particular. Estabeleceu ainda a gratuidade do ensino primário oficial, reservando o ensino posterior em estabelecimento público gratuito para os que provarem a falta ou insuficiência de recursos (art. 168, II). Foi fixado o percentual de 10 % a ser aplicado anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios no ensino para a primeira e 20%, para os demais, da renda resultante de impostos. (art. 169).

A Carta de 1967, apesar de ter sido outorgada e de cunho autoritário, abrigou vários princípios de uma constituição democrática⁴. Manteve a maior parte dos dispositivos da Constituição de 1946, assim como estendeu o ensino primário dos sete aos quatorze anos nos estabelecimentos oficiais e a gratuidade do ensino oficial posterior ao primário para aqueles que não tivessem recursos e demonstrassem aproveitamento (art. 168, §3º, II e III).

A referida Carta, no entanto, foi omissa com relação aos percentuais mínimos de aplicação da renda dos impostos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na educação, apesar de ter contemplado a obrigação da União, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 169, de prestar assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas de ensino nos Estados e no Distrito Federal.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve, no tocante ao direito à educação, as disposições da Constituição anterior. Além disso, de forma inédita foi prevista a educação “como direito de todos e dever do Estado” (art. 176, *caput*).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à educação recebeu um tratamento bastante diferenciado em relação às Constituições anteriores e de fato no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Capítulo II, art. 6º), já se encontra consagrado o tratamento do direito à educação como um direito social.

⁴ A Constituição de 1967 foi antecedida de diversos atos jurídicos anti-democráticos iniciados com o golpe de Estado de 31 de março de 1964. O movimento militar que destituiu o Presidente eleito, em todos os instantes, pregava a existência de uma revolução permanente, com o apoio popular e que vinha para retomar o caminho das instituições e da tradição do povo brasileiro. A tentativa de dar características democráticas aos atos verdadeiramente despóticos foi uma regra na ditadura iniciada em 1964. (MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 32). .

Da leitura do Título VIII – Da Ordem Social, especialmente do art. 205 combinado com o art. 6º, a educação se eleva ao nível dos direitos fundamentais e além disso é de caráter universal, quando afirma que a “educação é direito de todos”. O art. 205 enuncia os objetivos básicos da educação: “a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa para o trabalho.”

Acrescente-se, ainda, que a Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009, estabeleceu que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

1.2 Do direito à educação: direito público subjetivo ou norma programática?

A redação do parágrafo primeiro do art. 208 da Constituição estabelece que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

Na doutrina existe uma divergência, alguns consideram que o direito à educação é um direito público subjetivo, plenamente eficaz e de aplicação imediata, isto é, exigível judicialmente, enquanto que outros doutrinadores o consideram como norma programática que depende da discricionariedade governamental para ser implementado.

É preciso deixar claro que toda norma constitucional é dotada de eficácia ou no postulado de José Afonso da Silva, “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia.”⁵

A controvérsia doutrinária está na aplicabilidade e na eficácia da norma ou das normas que contêm, em sua substância, o direito à educação, que é direito fundamental.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo:Malheiros, 37 ed., 2008, p. 81.

José Afonso da Silva inclui as normas de direito fundamental nas de eficácia contida, ou seja, “aquelas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”⁶.

Como normas de eficácia limitada devem ser compreendidas as de princípio institutivo ou organizativo, que se caracterizam por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação, enquanto que as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade conceituam-se como aquelas que não produzem, como a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

José Afonso da Silva incluiu as normas referentes à educação como normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, ao classificar, especificamente, os arts. 205 e 208 § 2º, da Constituição Federal, como programáticas, apesar da sua afirmação, embora genérica de que tais normas encontram-se no limiar da plena eficácia.⁷

Na doutrina também existem aqueles que criticam a teoria clássica das normas programáticas e o velho chavão de que haveria uma verdadeira intromissão do Judiciário no Executivo.

Canotilho defende a morte das normas programáticas⁸, o que foi endossado por Eros Grau, sob a alegação de que embora a Constituição Federal tenha contemplado de maneira explícita o direito à educação como direito social, conforme previsto nos arts. 6º e 205, há de ser entendido como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, na condição de direito público subjetivo⁹. Nesse

⁶ ⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo:Malheiros, 37 ed., 2008, p. 104.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo:Malheiros, 37 ed., 2008, p. 176-177.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1162-1163.

⁹ GRAU, Eros Roberto. Direito, conceito e normas jurídicas. *Revista dos Tribunais*, 1988, p. 126.

contexto, os referidos autores entendem que o direito à educação é mais do que um direito social de segunda dimensão, é um direito fundamental de suma importância para que o ser humano possa atingir a sua plenitude terrena, no plano material e espiritual.

Até o advento da atual Constituição Federal, embora se reconhecesse a importância da educação como fator de mudança social, não havia, excetuada a obrigatoriedade de matrícula, nenhum instrumento de sua exigibilidade, delegando as normas constitucionais a sua regulamentação às leis ordinárias.

O artigo 176 da Emenda Constitucional de 1969 já estabelecia de forma explícita, a educação como um dever do Estado, mas não constava na referida Emenda Constitucional a vinculação de recursos, o que somente foi (re)introduzido no nosso sistema jurídico em dezembro de 1983, por meio da Emenda Calmon, regulamentada somente em 1985.¹⁰ Em relação à gratuidade universal do então denominado ensino primário oficial, este princípio já estava presente na Emenda Constitucional de 1967, que manteve, neste particular, o disposto na Constituição de 1946.

A Constituição Federal de 1988, antes da redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009, declarou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito é um direito social. Com a Emenda Constitucional nº 59/2009, a educação básica e não apenas o ensino fundamental passou a ser obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, sendo assegurada a sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Mas será que esse direito é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, ou seja, exigível judicialmente se não for prestado pela Administração? “ A Constituição Federal de 1988 ao classificá-lo como direito público subjetivo de acordo com o parágrafo primeiro do art. 208, atribuiu-lhe força vinculativa e conferiu-lhe o correspondente direito de ação”.¹¹

¹⁰ A Emenda Calmon foi incorporada à Constituição como o §4º do art. 176.

¹¹ SIFUENTES, Mônica. *O Acesso ao Ensino Fundamental no Brasil: um Direito ao Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 58.

Diante da previsão constitucional da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV), resulta a adoção de dois sistemas fundamentais de ensino: o público, que é mantido pelos entes federativos e o privado, aberto à iniciativa particular, sendo normatizado e fiscalizado pelo poder público.

Constata-se, ainda, que com a Constituição Federal de 1988 houve uma mudança de perspectiva no tocante ao direito à educação. As Constituições Brasileiras, a partir de 1946, embora tenham previsto a obrigatoriedade do ensino primário, a gratuidade era prevista apenas nos estabelecimentos públicos.

O inciso I do artigo 208 da Constituição Federal vigente, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009, determina que a educação básica é obrigatória e gratuita. Em virtude disso, a norma instituiu um dever correlato a um sujeito determinado: o Estado que tem, por isso, a obrigação de satisfazer aquele direito.

Ocorre, todavia, que como já disse Bobbio, o problema do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, mas de protegê-los. Não se trata de saber quais são os direitos, mas sim “qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados”¹². A questão, então, está em considerá-los de aplicação direta e imediata, passível de satisfação/proteção por meio da interferência do Poder Judiciário.

O conceito de “direito público subjetivo” foi por muito tempo entendido em consonância com o direito de ação, o que significa dizer que a falta do direito de ação implicava na própria inexistência ou inexigibilidade do direito. No entanto, essa visão foi aplicada em relação aos direitos individuais, que, via de regra, para a sua proteção era exigido apenas uma abstenção à autoridade administrativa, sendo, portanto, possível a intervenção do Judiciário. Entretanto, quando se cuida dos direitos sociais, considerou-se inicialmente que eles representavam normas programáticas, em virtude da sua

¹²BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro:Campus, 1992, p. 25.

própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais que nem sempre ele poderia cumprir, por carência ou limitação de meios e recursos.¹³

Os direitos sociais não podiam, segundo a concepção clássica, ser postulados judicialmente, porque apenas “refletiam uma determinação de objetivos estatais, vinculando primeiramente o legislador e não o administrador”.¹⁴

Ocorre que houve uma mudança na concepção dos direitos sociais, conforme o escólio de Paulo Bonavides, já que enquanto as constituições anteriores não previam instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdades, as constituições modernas, dentre elas a brasileira, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e, desse modo, segundo o autor, os direitos sociais acabarão se tornando exigíveis judicialmente tanto quanto os direitos fundamentais da primeira geração¹⁵.

A promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Desse modo, no que concerne aos direitos sociais, a sua eficácia depende de uma ação concreta do Estado, por meio de políticas públicas, e não de uma mera possibilidade de agir em juízo, ao classificá-lo como direito público subjetivo.

José Afonso da Silva considera os direitos sociais como prestações positivas estatais, “enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais”.¹⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os direitos sociais não são meros poderes de agir, mas poderes de exigir. São verdadeiros “direitos de crédito, isto é, têm por objeto uma contraprestação, sob a forma da prestação de um serviço, ou na

¹³SIFUENTES, Mônica. *O Acesso ao Ensino Fundamental no Brasil: um Direito ao Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 60.

¹⁴HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, p. 170-171.

¹⁵BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 518-519.

¹⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 258.

impossibilidade de satisfazer o direito por uma prestação direta, uma contrapartida em dinheiro.”¹⁷

Conforme os ensinamentos de Clarice Seixas Duarte¹⁸ o direito público subjetivo confere a possibilidade do indivíduo transformar a norma que é de caráter geral e abstrata prevista no ordenamento jurídico (direito objetivo) em seu direito (direito subjetivo). Em virtude disso, o direito público subjetivo pode ser considerado como o instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, possibilitando ao titular do referido direito constringer o Estado a executar o que deve.

O importante, contudo, não é o reconhecimento da exigibilidade individual do direito à educação, mas a interpretação do atual sentido de uma figura jurídica (direito público subjetivo) que embora tenha surgido para proteger direitos individuais, a fim de resguardar o cidadão contra as interferências abusivas do Estado na sua esfera de liberdade, está inserida em um novo contexto.

A enunciação da educação básica como direito público subjetivo traz como consequência o reconhecimento da exigibilidade coativa e imediata perante o Poder Judiciário. A teoria clássica das normas programáticas, portanto, não é aplicável no caso do direito à educação.

Com o aparecimento do neoconstitucionalismo, desapareceu a distinção entre normas constitucionais programáticas e normas jurídicas vinculantes. Todas as normas da Constituição são normas jurídicas vinculantes, embora nem todas sejam do mesmo tipo e do mesmo grau¹⁹.

É preciso definir o conceito de políticas públicas, analisar a efetividade das políticas públicas no tocante ao direito à educação e a questão da discricionariedade do Poder Público para efetivar tal direito, por meio de um estudo interdisciplinar, em decorrência das transformações no direito constitucional.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2.ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 51. O citado autor mencionou o caso do seguro-desemprego.

¹⁸ DUARTE, Clarice Seixas. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-268.

¹⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra, 2009, p. 126-127.

1.3 Políticas públicas e direito à educação

1.3.1 Conceito

A partir do momento em que a sociedade tornou-se credora dos direitos consagrados na Constituição, visualizando-se do outro lado desta relação, o Estado, na condição de responsável pela concretização desses direitos, verifica-se que a sociedade passou a exigir do Estado uma postura ativa no sentido de concretizar os direitos previstos na Constituição Federal.

Os denominados direitos prestacionais, conforme terminologia adotada por Robert Alexy subdividem-se em:

1) direitos de proteção, que asseguram ao indivíduo a proteção do Estado frente à atuação de terceiros; 2) direitos à organização e ao procedimento, ligados à instituição de garantias processuais, materiais e normativas, cujo conteúdo deve facilitar o exercício da cidadania por seus titulares, como o acesso à justiça, órgãos de proteção a direitos difusos e coletivos, dentre outros; e 3) direitos a prestação em sentido estrito, que consistem em 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 direitos a prestação em sentido estrito²⁰.

Os direitos fundamentais de caráter positivo, dentre eles o direito à educação, exigem postura ativa do Estado para sua efetivação, por meio da construção de creches, escolas, contratação de professores, dentre tantas outras medidas necessárias à manutenção da vida digna dos indivíduos titulares de tal direito.

Diante de tantos obstáculos para propiciar o exercício dos direitos que impõem um *facere* ao Estado é preciso esclarecer que as normas constitucionais definidoras de direitos às prestações para produzirem efeitos jurídicos, a fim de não se constituírem em mera promessa, dependem, em muitos casos, da formulação e implementação de políticas públicas.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450-503.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci existe uma interligação entre o direito constitucional, diante da formulação de uma Constituição dirigente e a idéia de direito administrativo voltado à concretização, pela Administração Pública, dos ditames constitucionais e, em decorrência, de políticas públicas. Apesar de política pública ser uma locução polissêmica cuja conceituação só pode ser estipulativa, a citada autora formulou um conceito, nos seguintes termos, *in verbis*:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público em sentido lato.²¹

Vivemos em uma época em que as políticas públicas são uma evolução em relação à idéia de lei. Inicialmente a sociedade vivenciou o *government by men*, período em que a vontade dos governantes sempre prevalecia. Ocorre, todavia, que a montagem constitucional do Estado moderno foi feita, inteiramente, com base na substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da lei, o que significou a instituição do *government by law*. No entanto, atualmente, “a função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas públicas, que passa a ser denominado *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*”.²²

Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não competia ao Estado guiar a sociedade para a realização de fins comuns, já que a tarefa do Estado consistia unicamente em propiciar sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. Assim, competia a cada indivíduo fixar as suas finalidades de vida, respeitando as leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais²³.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 252.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. Brasília, 1998, p. 43.

Ocorre que a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade, certos objetivos predeterminados. Neste sentido, é mister transcrever os ensinamentos de Maria Paula Dallari Bucci quando assertoa, *in verbis*:

Na verdade, o paradigma do direito liberal do século XIX, baseado na norma geral e abstrata, na separação dos poderes, na distinção entre direito público e direito privado, típicos do Estado moderno, na denominação de Charles-Albert Morand, dá lugar a uma sucessão de modelos de Estado que se caracterizam por diferentes graus e modos de intervenção sobre as esferas privadas. Morand refere-se a: um direito do Estado-providência, baseado na idéia de prestações do Estado (serviços públicos); a um direito do Estado propulsivo, centrado nos programas finalísticos; um direito do Estado reflexivo, cuja expressão são programas relacionais; e finalmente um direito do Estado incitador, fundado em atos incitadores, que combinam norma e persuasão. Evidentemente, não há um corte temporal separando nitidamente essas fases; o que há são técnicas de intervenção jurídica que vão sendo criadas e modificadas, a ponto de caracterizar novos padrões qualitativos da relação entre o Estado e a sociedade. Essas diferentes técnicas convivem no tempo, sem nunca ter chegado a afastar o paradigma da norma geral e abstrata, a qual, mesmo criticada e contestada, cercada de novas manifestações do fenômeno jurídico, ainda permanece como o grande elemento de identidade do sistema jurídico. As diversas técnicas de intervenção são utilizados ao mesmo tempo. E, mais do que isso, são utilizadas diferentemente segundo a atividade social em questão, fazendo conviver modos de ação do Estado liberal, do Estado intervencionista, do Estado propulsivo num mesmo espaço e tempo. O que ocorre é que determinadas atividades sociais são mais propícias a uma ou outra técnica. Isto explica o uso disseminado dos programas finalísticos nas áreas do direito urbanístico e ambiental, por exemplo, com grande difusão de instrumentos de planejamento e a inadequação dessas técnicas em outras áreas, como a do direito da concorrência, em que o elemento das informações estratégicas das empresas é refratário à subordinação a programas públicos de transparência. O panorama jurídico que se forma, segundo Charles-Albert Morand, é o de “um direito em migalhas gerando uma imensa necessidade de coordenação”²⁴.

O Estado social de direito, que se consagrou nas Constituições do século XX, não é sinônimo do Estado de bem-estar, produto de trinta anos de excedentes capitalistas no pós-guerra. A previsão de direitos sociais nas cartas políticas, dentre elas a brasileira, na condição de direitos constitucionais, passa a ser um dos dilemas do modelo constitucional dirigente, já que a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente os econômicos, escapam ao poder de determinação

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 246-247.

normativo. Acrescente-se ainda que vivermos em um período de economia globalizada, onde os rumos das economias nacionais são diretamente influenciados pelos grandes movimentos financeiros internacionais, o que faz com que a ação cogente do Estado nacional, dentro de suas fronteiras, perca força.

O Estado liberal consagrou o paradigma de Estado legislativo, logo ao Poder Legislativo competia, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. O Poder Executivo, por sua vez, na parte administrativa e o Judiciário, em caso de conflito de interesses, cabia a execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio.

A legitimidade do Estado, no entanto, mudou, passou a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. Nesse sentido, é preciso a reorganização constitucional de Poderes, conforme afirma Fábio Konder Comparato, “a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora de Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.”²⁵

Acrescente-se, ainda, que a distinção entre política e princípio serve para explicar porque as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto que as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva. Ora, de acordo com Fábio Konder Comparato, é preciso também esclarecer que política pública não é uma norma nem um ato administrativo, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões, pois ela aparece como uma atividade, isto é, um conjunto de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Desse modo, a política como um conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. Brasília, 1998, p. 44.

Os termos projeto, programa e plano designam modalidades de intervenção social que diferem em escopo e duração. Tereza Cristina Cotta define programa, plano e projeto, nos seguintes termos, *in verbis*:

O projeto é a unidade mínima de destinação de recursos, por meio de um conjunto integrado de atividades, pretende transformar uma parcela da realidade, suprimindo uma carência ou alterando uma situação-problema. O conjunto de projetos que visam aos mesmos objetivos é denominado programa, que estabelece as prioridades da intervenção, identifica e ordena os projetos, define o âmbito institucional e aloca os recursos a serem utilizados. O plano, finalmente, agrega programas afins, estabelecendo um quadro de referências mais amplo para a intervenção: Um plano é a soma dos programas que procuram objetivos comuns, ordena os objetivos gerais e os desagrega em objetivos específicos, que constituirão por sua vez os objetivos gerais dos programas. Ele determina o modelo de alocação de recursos resultante da decisão política e dispõe as ações programáticas em uma sequência temporal de acordo com a racionalidade técnica das mesmas e as prioridades de atendimento. [...]. O plano inclui, a estratégia, isto é, os meios estruturais e administrativos, assim como as formas de negociação, coordenação e direção²⁶.

As Constituições denominadas dirigentes, conforme expressão utilizada por José Joaquim Gomes Canotilho “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições.”²⁷

Os fins e os objetivos vinculam os órgãos estatais e a sociedade. Tais objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos, obviamente, coordenados àqueles. Na Constituição brasileira, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. No que diz respeito à política nacional da educação, que deve ser objeto de um plano plurianual e os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214.

A implementação dos programas constitucionalmente delineados ou dos sistemas públicos necessários à efetivação dos direitos sociais, faz-se por meio de um conjunto de atos que podem adquirir as mais diferentes formas de expressão jurídica. A

²⁶ COTTA, Tereza Cristina. Metodologias de avaliação de programas e projetos sociais: análise de resultados e de impacto. *Revista do Serviço Público*, ano 49, n. 2, abr./jun. 1998. Brasília:ENAP, 1998, p. 104.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2.ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2001, p. 224.

fim de dar concretude a uma política pública, são tomadas medidas que, embora unidas por objetivos comuns, têm natureza jurídica distinta, tais como: leis ordinárias ou complementares, medidas provisórias, emendas constitucionais, decretos, planos, atos administrativos, regulamentos, dentre outros.

1.4 Discricionariedade governamental e políticas públicas

Quando se aborda a questão da implementação das condições para o exercício dos direitos fundamentais de caráter social é preciso analisar a questão da discricionariedade governamental na escolha de programas voltados à promoção dos direitos fundamentais.

É necessário ressaltar, conforme já foi mencionado anteriormente, que a idéia de manifestação da vontade popular e, conseqüentemente, do que venha a ser bem comum, não se restringe mais àqueles que detêm mandato eletivo ou representatividade eleitoral conferida pelo voto, à medida que se abrem diversas outras oportunidades para o pleito de tais direitos.

No processo de implementação de políticas sociais inclusivas, é possível, conforme restará demonstrado no presente trabalho, a participação da sociedade e do Poder Judiciário, como agentes transformadores da realidade vigente no país.

Um dos argumentos defendidos pelos administradores públicos é o de que a escolha dos destinatários dos recursos orçamentários dá-se de maneira discricionária, não sendo permitido ao Poder Judiciário interferir em tais medidas.

Ocorre que o conceito de políticas públicas se distingue do conceito de ato administrativo, motivo pelo qual considera-se que não é aplicável em relação às políticas públicas os ensinamentos acerca da discricionariedade do ato administrativo, por isso, uma das dificuldades de se trabalhar com a noção de política pública em direito diz respeito à relação entre o direito e o modelo de Estado. Se se concebe a política pública como criação do Estado de bem-estar, expressa sempre como forma de intervenção do Estado e se adota como premissa a exaustão do Estado de bem-estar –

seria discutível definir o Estado contemporâneo como “fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas.”²⁸

As políticas públicas são típicas do Estado de bem-estar, caracterizado pelo forte intervencionismo estatal, pelo planejamento e pela presença do direito público, para a promoção de “programas normativos finalísticos” –, todavia, apesar delas terem sido inventadas sob a égide do dirigismo estatal, será que o esquema conceitual permanece válido para explicar e orientar o processo político-social, em uma época marcada pela coordenação das ações privadas e estatais sob a orientação do Estado?

Conforme defende Maria Paula Dallari Bucci, a noção de política pública, mesmo assim, continua válida no esquema conceitual do Estado Democrático de Direito, que absorve algumas das figuras criadas com o Estado do bem-estar, dando a elas, no entanto, um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como do próprio Estado.²⁹

As políticas públicas podem ser conceituadas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”³⁰

As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. Como resultado do processo de formação do interesse público, as políticas públicas estão ligadas à questão da discricionariedade do administrador, sendo que “o momento essencial da

²⁸GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 60-61.

²⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 245-247.

³⁰BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

discricionariedade é aquele em que se individualizam e se confrontam os vários interesses concorrentes.”³¹

Desse modo, as políticas públicas se caracterizam como forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício a explicitar e documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos.

Deve ser afastado esse conceito de “discricionariedade técnica” em tema de políticas públicas, até porque há muito tempo a idéia de discricionariedade deixou de ser sinônimo de insuscetibilidade de controle jurisdicional, todavia, o que se verifica atualmente é que permanece vigente a idéia de que em razão da discricionariedade na formulação e implementação de políticas públicas há um obstáculo à participação dos cidadãos na Administração, sendo necessário mudar tal concepção consoante adverte Maria Paula Dallari Bucci, *in verbis*:

Finalmente, o adjetivo ‘pública’, justaposto ao substantivo ‘política’, deve indicar tanto os destinatários como os autores da política. Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade – não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção – mas como realização desejada pela sociedade. Mas a política pública deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo. Nesse sentido, o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja qualidade decisória no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos. O sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com essa qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento³².

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 265.

³² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.

No caso do direito à educação, diante do disposto no inciso I do artigo 208 da Constituição Federal, com a redação determinada pelo artigo 2º da Emenda Constitucional n. 14/1996, foi publicada a Lei n. 9424, de 24 de dezembro de 1996³³ que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, na forma prevista no art. 60, §7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Presidente da República, no entanto, vetou o inciso II, do artigo 2º da referida Lei por entendê-lo contrário ao interesse público³⁴.

Posteriormente, em 20.12.1996, entrou em vigor a Lei n. 9394, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, não havendo, portanto, omissão do Presidente da República e do Ministro da Educação na regulamentação dos preceitos constitucionais referentes à educação. A referida Lei, em seu art. 4º, assim estabelece:

Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

(...)

VII – oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola: (...)

Por meio da Emenda Constitucional n. 53, de 06.12.2006, entrou em vigor o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos

³³ Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, §7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

³⁴ Art. 2º. Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização de seu Magistério.

§1º. A distribuição dos recursos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o Governo Estadual e os Governos Municipais, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas das respectivas redes de ensino, considerando-se para esse fim:

I – as matrículas da 1ª a 8ª séries do ensino fundamental;

II – as matrículas do ensino fundamental nos cursos de educação de jovens e adultos, na função suplência, (inciso vetado).

Profissionais da Educação – FUNDEB, que revogou o FUNDEF e alterou o sistema de distribuição dos investimentos em educação, com a consequente elevação destes.

Enquanto o FUNDEF que vigorou até o fim de 2006 investiu apenas na educação do ensino fundamental, nas modalidades regular e especial, o FUNDEB, ao contrário, propicia a garantia da educação básica a todos os brasileiros, da creche ao final do ensino médio, inclusive àqueles que não tiveram acesso à educação em sua infância.

Sobreleva notar ainda a existência do “Plano de Metas Compromisso de Todos pela Educação”, previsto no Decreto n. 6.094, de 24 de abril de 2007, publicado em 25 de abril de 2007 que prevê a conjugação dos esforços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atuando em regime de colaboração, das famílias e da comunidade, em proveito da melhoria da qualidade da educação básica.

Acrescente-se, ainda, que nos termos da Lei n. 11.494/2007 que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), foi estabelecida a descentralização de competência entre as entidades federativas no tocante à responsabilidade pelo oferecimento do acesso à educação. O referido fundo, que atende desde a creche até o ensino médio, está em vigor desde janeiro de 2007 e se estenderá até 2021.

A preocupação passa a ser a concretização do direito à educação, motivo pelo qual as novas tarefas impostas aos Poderes Públicos não se limitam à produção de leis ou normas gerais, mas abrangem a elaboração e implementação de políticas públicas, que se tornam os grandes eixos orientadores da atividade estatal.

A implantação de um sistema público adequado de educação interessa não só os beneficiários diretos do serviço (alunos), mas também a coletividade como um todo.

É cediço que a educação contribui para o oferecimento de condições de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral, criativo e social do ser humano, bem como proporciona melhores oportunidades de emprego, o exercício

da democracia e cidadania, além de possibilitar o desenvolvimento econômico da nação.

1.5 A educação como liberdade

Segundo assertoa Mônica Sifuentes o direito à educação é “condição para a realização dos ideais da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida, com a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, livre de quaisquer formas de discriminação”.³⁵

Apesar da presente dissertação não ter por objeto discutir a educação do ponto de vista pedagógico é importante trazer à baila alguns dos ensinamentos de Paulo Freire quando propõe a educação como prática da liberdade.

O referido autor aborda a questão da inexperiência democrática do Brasil desde a sua colonização, em virtude de ter sido fortemente predatória, à base da exploração econômica do grande domínio, já que os nossos colonizadores não tiveram a intenção de criar na terra descoberta uma civilização, pois sua intenção era a exploração comercial da terra.³⁶ Em verdade, o que caracterizou desde o início a formação do povo brasileiro foi o poder exacerbado. Isso ocorreu durante toda a vida colonial, motivo pelo qual o povo brasileiro sempre foi esmagado pelo poder, nunca ou quase nunca o homem estava interferindo na constituição e na organização da vida comum.

Paulo Freire entende que não há autogoverno sem dialogação. Em virtude disso, a distância social existente e as características das relações humanas no grande domínio não permitem a dialogação. O clima que favorece a dialogação é aquele em que o homem desenvolve o sentido de sua participação na vida comum, porque a dialogação implica na responsabilidade social e política do homem e isto pressupõe um

³⁵ SIFUENTES, Mônica. *O Acesso ao Ensino Fundamental no Brasil: um Direito ao Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2009, p. 18.

³⁶ FREIRE. Paulo. *A educação como prática da liberdade*. São Paulo:Paz e Terra, 2009, p. 74.

mínimo de consciência transitiva, que não se desenvolve nas condições oferecidas pelo grande domínio³⁷.

A educação como prática da liberdade propõe métodos e condições para que ninguém seja mais excluído ou posto à margem da vida social. Assim, é necessária uma educação que possibilite ao próprio povo a elaboração de uma consciência crítica do mundo em que vive.

³⁷ FREIRE. Paulo. *A educação como prática da liberdade*. São Paulo:Paz e Terra, 2009, p. 78.

ESTUDO SOBRE DEMOCRACIA

2.1 Democracia e regra da maioria

Ressaltada a importância do direito à educação e necessidade de se garantir a sua efetividade conforme previsto na Constituição Federal de 1988, o presente capítulo terá por objeto estudo sobre democracia, para demonstrar que a depender do sentido de democracia adotado é possível demonstrar que o controle judicial do direito à educação não viola, mas reforça o princípio democrático.

Um dos argumentos utilizados para fundamentar a impossibilidade do controle judicial dos direitos sociais, especialmente, do direito à educação, é considerar que tal controle viola a chamada “regra da maioria”³⁸.

A regra da maioria é condição necessária mas não suficiente para o exercício da democracia³⁹.

A regra da maioria apesar de ter sido concebida para agregar o interesse de coletividades e superar as divergências entre os grandes grupos sociais, com as transformações no papel do Estado, ela vê a sua importância diminuída, em virtude da crise do princípio da legalidade com o advento do neoconstitucionalismo⁴⁰.

³⁸ Segundo Celso Fernandes Campilongo a “regra da maioria” pode ser conceituada como técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida.(CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo:Editora Max Limonad, 2000, p. 38).

³⁹ Nesse sentido Renato Stanzola Vieira quando afirma que a regra da maioria não esgota todo o conceito do que é democracia, já que não basta “a regra da maioria e a participação popular na condução das coisas públicas para que se tome por democrático um ou outro regime de governo” (VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 15).

⁴⁰ Com o objetivo de suplantar a noção clássica do Constitucionalismo como mecanismo de restrição ao poder do Estado e de garantia de direitos aos cidadãos, foi lançada pela doutrina européia – sob os auspícios da decisiva obra organizada por Miguel Carbonell, publicada em 2003 na Espanha – a expressão Neoconstitucionalismo. Basicamente, apesar da sua enorme amplitude e relativa ambigüidade, essa alcunha representa um amplo movimento deflagrado em busca da construção de uma revisão nas bases da Teoria do Direito e, conseqüentemente, do Direito Constitucional, tendo em conta os processos de transformação históricos, políticos, sociológicos ocorridos durante o século XX. De maneira sintética, podemos trazer à baila um quadro sintético elaborado por Enzo Bello que faz o comparativo entre as características do Constitucionalismo e do Neoconstitucionalismo, a seguir

Além disso, existem limites à regra da maioria no que diz respeito à sua capacidade de modificar o conteúdo ou as características dos direitos fundamentais. Poderia a regra da maioria limitar os direitos humanos, por exemplo? Assim, resta evidente a insuficiência de uma concepção de democracia identificada exclusivamente com a regra da maioria, porque a democracia também significa proteção às minorias.

2.2 O princípio democrático

A essência da democracia segundo a “fórmula de Lincoln” é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. De acordo com Canotilho esta formulação ainda é considerada a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático e um modo de justificação positiva da democracia⁴¹.

É necessária a análise do princípio democrático como norma jurídica constitucionalmente positivada. Canotilho ressalta que o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa assim como implica, em segundo lugar, a democracia participativa, a seguir transcrito:

Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas teorias complexas da democracia) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia. Em primeiro

transcrito: “(i) o Constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX apresenta compatibilidade com o Positivismo Jurídico (nas suas diversas acepções), não faz uma proposta técnica de conduta ativa do Estado e das Cortes Constitucionais para implementar os direitos fundamentais dos cidadãos e limita-se a restringir o poder do Estado; (ii) por seu turno, o Neoconstitucionalismo engloba o chamado Pós-positivismo, apresenta-se apto para promover a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, representa de certa forma a retomada da ligação entre Direito e Moral, apresenta um tipo novo e específico de Constituição (*Constituzione Mite*), denota um aspecto invasivo da Constituição sobre a lei (Constitucionalização do Direito) através do manejo dos direitos fundamentais e cria uma certa insegurança jurídica devido a possíveis excessos subjetivistas nos processos de interpretação dos princípios pelo Judiciário – podendo gerar um “governo de juizes”. (...) A grande marca do Neoconstitucionalismo é a sua preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais (BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, Democracia Deliberativa e a atuação do STF, In VIEIRA, José Ribas (coord), *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 11-12.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 287.

lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa - órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar dos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2º), a participação democrática dos cidadãos (art. 9º), o reconhecimento constitucional da participação direta e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 109º) e aprofundamento da democracia participativa (art. 2º).

Ainda que o princípio democrático possa ser considerado um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais, os direitos fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático.

O princípio democrático ao pressupor a participação igual dos cidadãos, entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação que passam a ser considerados fundamentos funcionais da democracia. De igual forma, os direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade criam um espaço pessoal contra o exercício do poder antidemocrático, assim como asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática. Por fim, como direitos subjetivos a prestações sociais económicas e culturais, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos⁴².

2.3 A noção de autonomia pública

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 290-291.

A preocupação da democracia deve ser com a participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas. Em seu cerne, está presente a liberdade, entendida como “autonomia pública”.

O ideal de autonomia pública é abordado na obra de Rousseau, cujo desiderato é “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”⁴³.

A teoria política de Jean-Jacques Rousseau visa estruturar uma sociedade dentro dos ideais de liberdade e igualdade. Assim, como justificar o exercício da autoridade numa comunidade formada por iguais (no sentido moral), pois se todos os homens são livres e iguais e nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante? O próprio Rousseau dirá que este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social.

Se todos são iguais, ninguém é legítimo para limitar a esfera privada de outrem. A lei geral passa a ser considerada como o veículo idôneo da expressão da vontade geral, no entanto, a democracia republicana de Rousseau é algo distinto da mera agregação de interesses privados por intermédio da vontade da maioria. Trata-se de um regime voltado à construção do bem comum, o que exige não apenas a transformação do homem em cidadão, por intermédio do processo de participação na coisa pública, mas também a construção da vontade geral que somente poderá ser manifestada por meio da lei geral.

A democracia participativa e republicana proposta por Rousseau demanda uma cidadania muito mais intensa, extremamente ativa e participativa, bem como ética, o que significa dizer que o cidadão é obrigado a demonstrar virtudes cívicas que permitam a construção coletiva do bem comum.

O conceito de democracia direta, com a participação intensa de cidadãos iguais e imparciais na formulação do bem comum será criticada no século XIX.

⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

Schumpeter considera que esta versão clássica da democracia, além de idealizada e inatingível, é também indesejável, pois incompatível com uma sociedade pluralista, em que exista mais de uma noção de bem comum. Em virtude disso, ele considera que o momento de participação cidadã resume-se à escolha eleitoral entre os candidatos preestabelecidos pelos partidos⁴⁴.

A democracia representativa é criticada especialmente nos sistemas constitucionais da América Latina porque se reveste cada vez mais de um teor usurpatório, de confisco da vontade popular e de transmutação da chamada democracia representativa em simulacro de governo popular, conforme ressalta Paulo Bonavides, *in verbis*:

Democracia onde o baixíssimo grau de legitimidade participativa certifica a farsa do sistema, assinalando o máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de governo⁴⁵.

Paulo Bonavides apesar de defender a efetivação de uma democracia participativa em larga escala, com a utilização de instrumentos de democracia direta diante da atual crise da democracia representativa, afirma que a aplicabilidade dessas técnicas participativas a saber: o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular, prevista no parágrafo único do artigo 1º, bem como no artigo 14 da Constituição Federal, teria sido bloqueada e negada ao povo, à nação, à soberania, por obra de um esbulho⁴⁶.

A idéia de manifestação da vontade popular e, conseqüentemente, do que venha a ser bem comum, não se restringe mais àqueles que detêm mandato eletivo ou representatividade eleitoral conferida pelo voto.

⁴⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1984, p. 355.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41.

A autonomia pública pode ser definida como um postulado segundo o qual as normas são legítimas quando os próprios destinatários participam da sua elaboração, quando há identidade entre governantes e governados.⁴⁷

Além disso, a autonomia pública é uma decorrência da conjugação da igualdade com a liberdade na estrutura social que, por sua vez, dependem da presença de determinados pressupostos. Para efetivação desses pressupostos, é possível a participação do Poder Judiciário, como agente transformador da realidade vigente no país, mediante a concretização de direitos⁴⁸.

No presente trabalho, considera-se que a preocupação da democracia não deve ser com a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais, como ocorre no liberalismo, mas com a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas.

A finalidade de organizar o estado e governo em padrões democráticos é possibilitar a realização efetiva do ideal da autonomia pública.

Deve-se partir também de que o núcleo normativo das democracias constitucionais contemporâneas tem como pressuposto a noção de estado de direito e o princípio da soberania popular.⁴⁹

Cláudio Pereira de Souza Neto reconhece que diversos autores consideram democracia e estado de direito ideais divergentes e inconciliáveis, já que em apertada síntese o Estado de Direito fruto do liberalismo e a democracia tem objetivos distintos. Isso porque enquanto o liberalismo quer limitar o poder do estado, não importando se é exercido por um rei ou por uma assembléia eleita pelo povo a democracia, por seu turno, vincula a legitimidade do poder do estado necessariamente à vontade popular⁵⁰.

⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.

⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

⁵⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53-56.

O princípio democrático também requer a realização prática da liberdade e da igualdade que, por sua vez, dependem da presença de determinados pressupostos sociais.

O núcleo da teoria democrática é condensado pelo princípio da soberania popular (ou princípio democrático), reconhecido expressamente na Constituição Federal de 1988 através da fórmula: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. De acordo com os ensinamentos de Cláudio Pereira de Souza Neto, o princípio da soberania popular implica compreender a democracia como forma de estado (“todo poder emana do povo”) e de governo (“que o exerce...”), de modo que tanto a organização do poder, quanto seu exercício efetivo devem ser conduzidos à vontade popular⁵¹.

A realização efetiva do ideal de autonomia pública pressupõe que o conteúdo das decisões estatais se identifique com as aspirações do povo.

Para que as decisões dos representantes correspondam efetivamente à vontade popular é preciso que o povo participe de forma livre e igualitária no espaço público, capaz de influenciar permanentemente, e não apenas no período eleitoral, o processo de tomada de decisões que tem lugar nos fóruns oficiais, sendo que isso corresponde à legitimação material do princípio democrático⁵².

2.4 Democracia deliberativa: conceito

A democracia deliberativa é também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva, mas ocorre que qualquer das opções terminológicas pode ocasionar confusões conceituais. André Ramos Tavares explicita o que não deve ser entendido como democracia deliberativa, conforme abaixo transcrito:

A democracia assim concebida não se circunscreve ao momento de decisão, como seria razoável de se compreender o termo “deliberação” na língua portuguesa: não busca

⁵¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34.

⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

apenas a inclusão de todos exclusivamente no momento da escolha de representantes ou na votação (concepção mais participativa): não pretende, necessariamente, o consenso universal e pleno: nem se satisfaz com a mera abertura ao diálogo (dialógica) ou com algum canal (espaço) comunicativo (discursiva)⁵³.

Segundo André Ramos Tavares, a expressão deliberativa apesar de significar “decisão, ela deve ser compreendida como a democracia que se preocupa com a discussão, mas também não é com toda e qualquer forma de discussão, mas um específico modelo de cunho comunicativo-inclusivo”⁵⁴. Desse modo, a deliberação deve estar baseada na troca dialógica livre e inclusiva, na qual todos os interlocutores oferecem razões, recebem considerações e providenciam respostas uns aos outros.⁵⁵

Isso decorre porque a deliberação conforme concebido pela democracia deliberativa não deve estar limitada ao poder constituinte dos momentos fundantes das instituições, mas deve ser exercida na política ordinária das formas já constituídas do poder político.⁵⁶

2.5 O que é deliberação pública?

De maneira geral, é possível afirmar que os primeiros estudos sobre a noção de deliberação pública tem sua base conceitual marcada pelos trabalhos do filósofo alemão Jürgen Habermas⁵⁷ ao refletir sobre a realidade plural das sociedades altamente complexas.

⁵³ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n.1, jan/mar.2007, p. 79.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n.1, jan/mar.2007, p. 80.

⁵⁵ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 37.

⁵⁶ ⁵⁶ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 31.

⁵⁷ Vale lembrar que durante boa parte do século XX, a teoria constitucional discutiu se as amarras constitucionais ao exercício do poder político, ou, mais especificamente, se o controle de constitucionalidade de leis compatibiliza-se com o ideal de democracia. Tal debate, no entanto, não será objeto de análise no presente trabalho, mas o enfoque será a legitimidade do Supremo Tribunal Federal garantindo a efetividade do direito à educação, pois dessa forma ele atua como guardião da democracia deliberativa.

Em apertada síntese, Jürgen Habermas procurou desenvolver um conceito procedimental de democracia mediante o estabelecimento de princípios formais de interação que possam assegurar a legitimidade das normas e de garantir alternativas capazes de regular os tipos de conflito que surgem nas sociedades pluralistas, marcadas, sobretudo, pela tensão e pelo embate entre várias e diferentes demandas, necessidades e identidades⁵⁸.

A deliberação proposta por Habermas não se restringe a trocas discursivas ou à adequação destas aos princípios normativos de regulação das trocas argumentativas. Ela é um processo social de comunicação através do qual os indivíduos tem a oportunidade de apresentar seus pontos de vista e suas perspectivas diante dos outros, interpelando-os e demandando-lhes a validação de seus argumentos após uma discussão baseada no respeito recíproco. Sob esse enfoque, a deliberação pode ser compreendida como uma atividade discursiva que conecta esferas comunicativas formais e informais, nas quais os atores estabelecem um diálogo para a avaliação e a compreensão de um problema ou questão coletiva.

Segundo James Bohman, as democracias constitucionais modernas abriram espaço para muitas formas de deliberação pública quando estabelecem que determinados direitos precisam ser assegurados tais como: liberdade de fala, expressão, associação e investigação e que esses direitos também devem ser exercidos em práticas partilhadas com outros, incluindo o debate, a discussão e a escrita dirigida para uma audiência na qual todos os cidadãos são livres e iguais⁵⁹. Mas embora esses direitos sejam encontrados em muitos documentos, como a Constituição Americana e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, as instituições que eles criaram são agora bem menos fóruns para a deliberação e mais frequentemente locais para jogos estratégicos.

A deliberação pública é um processo dialógico de troca de razões com o propósito de solucionar situações problemáticas que não podem ser resolvidas sem

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vols I 2.ed., tradução: Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 12.

⁵⁹ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 31.

coordenação e cooperação interpessoais, motivo pelo qual a deliberação é nada mais do que uma forma de discurso ou argumentação, como uma atividade cooperativa e coletiva⁶⁰. A argumentação é deliberativa somente quando ela é dialógica, na troca de argumentos entre os interlocutores.

Os modelos de deliberação apontados por BOHMAN são: pré-cometimento (comprometimento), procedimentalista e dialógico.

O modelo do pré-cometimento dificilmente parece uma opção realista em vista de demandas em processo e conflitos na vida política democrática, porque descreve a racionalidade do processo deliberativo em termos de ele ser governado por constrangimentos irrevogáveis e geralmente incorporados aos direitos constitucionais⁶¹.

O procedimentalismo, por sua vez, embora seja considerada como a única opção desejável em contexto de pluralismo, o seu modelo de deliberação pública concebe as regras procedimentais e os constrangimentos como suficientes para a racionalidade da deliberação. Ele, no entanto, não deve ser adotado porque se satisfaz com a mera seleção de condições ideais de igualdade procedimental sem referência às condições sociais nas quais esses procedimentos operam.⁶²

Em virtude disso, James Bohman é a favor de uma abordagem da deliberação baseada no diálogo, pois é somente com o diálogo com os outros (falando com os outros, respondendo à eles, e considerando seus pontos de vista – que as muitas e diversas capacidades para a deliberação são exercidas conjuntamente. Assim, o sucesso da deliberação pública ocorre quando os participantes da atividade conjunta reconhecem que eles contribuíram para ela e influenciaram seus resultados, mesmo quando não concordam com eles.

Isso decorre do fato de que se os participantes entram na deliberação com recursos, capacidades e possibilidades sociais desiguais, todavia se essas diferenças

⁶⁰ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009, p. 36.

⁶¹ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009, p. 36.

⁶² BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009, p. 40.

forem amplas, elas podem afetar os resultados de forma não democrática, mesmo com garantias formais de aplicação da fórmula “uma pessoa, um voto”.

A deliberação somente será minimamente democrática se os princípios da igualdade e da não tirania forem observados.

Quanto à não tirania, é imperioso ressaltar que qualquer teoria democrática precisa especificar alguns meios para firmar acordos. Isso significa dizer que através de mecanismos que agreguem votos ou através da participação ativa, os cidadãos em uma democracia concordam livremente com as regras e os objetivos de sua vida em comum. Ocorre que esses mecanismos para a produção do acordo precisam ser construídos de forma que as decisões tomadas através deles não sejam tirânicas, ou seja, “que não sejam dependentes da coerção ilegítima ou de vantagens que garantam para alguns grupos uma influência ilegítima”.⁶³

A não tirania estabelece requerimentos institucionais que constroem a distribuição do poder e é tipicamente alcançada via separação de poderes ou via direitos legalmente garantidos. No entanto, para o presente estudo, o princípio da não tirania precisa estar presente no processo da deliberação, tornando-o capaz de fazer com que as decisões sejam tomadas à luz de razões amplamente convincentes, em vez de baseadas em assimetrias de poder.

A observância ao princípio da igualdade requer, por sua vez, que cada cidadão tenha chance igual de falar e igual acesso a arenas relevantes de debate e discussão, assim, como igual consideração e oportunidades no processo de tomada de decisão. Isso implica assegurar os direitos de igual liberdade de expressão, consciência e associação, além de exigir que os votos de todos os cidadãos sejam contados igualmente⁶⁴.

A igualdade precisa, enfim, assegurar a inclusão de todos os cidadãos na deliberação e a exclusão de formas endógenas de influência como o poder, a riqueza e as desigualdades sociais preexistentes.

⁶³ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009, p. 44.

⁶⁴ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009, p. 45.

Por fim, para que a deliberação seja totalmente democrática é preciso a publicidade. A publicidade constitui e governa o espaço social necessário para a deliberação democrática: a esfera pública.

Apesar de existirem questões e domínios da vida que não devem ser submetidos ao escrutínio público, em muitas situações deliberativas, o assunto sobre o qual os cidadãos deliberam é também algo público, o sentido de que diz respeito a problemas sobre o bem comum. Mas não é o conteúdo das questões que determina seu caráter público, pois um problema que é alvo de preocupações coletivas é uma questão que exige deliberação.

A publicidade exige o caráter público das razões endereçadas aos outros na deliberação. Isso significa dizer que as razões oferecidas para convencer os outros precisam ser formuladas de tal modo que todos os interlocutores possam entendê-las e potencialmente aceitá-las.

Segundo Gutmann e Thompson a reciprocidade é amplamente reconhecida como princípio central da democracia e visa assegurar que os cidadãos devem uns aos outros justificativas para as leis e as políticas públicas que os vinculam mutuamente e que eles coletivamente elaboram. O objetivo é auxiliar as pessoas a chegarem a um acordo político na base de princípios que podem ser justificados a outros que compartilham o objetivo de chegar a esse entendimento⁶⁵.

A democracia deliberativa defende que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes, mas deve envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre questões a serem decididas.

Ao se defender o processo deliberativo dialógico, as condições apropriadas de igualdade devem expandir oportunidades e acessos às arenas deliberativas, implementando o tipo de diálogo que permanece livre e aberto e estabelecendo requerimentos e limites necessários para fazer com que as razões de

⁶⁵ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Democracia deliberativa para além do processo. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009, p. 180-181.

cada um sejam contadas no curso da discussão através da expressão efetiva das vozes dos interlocutores.

O modelo dialógico, essencial à democracia deliberativa, prende-se ao pressuposto teórico de que a democracia haveria de incorporar um momento de amplas discussões, capaz de promover um embate e conhecimento profundo de idéias e pontos de vista, ampliando, assim, os horizontes da agenda política, com as convicções e conhecimentos pessoais de todos aqueles que se dispusesse a incorporar um debate franco e racional.

O modelo proposto lembra a proposta de governo democrático assentado em discussões públicas concebido por Aristóteles. Isso porque até mesmo nas instituições democráticas mais rudimentares já havia indícios da necessidade de se promover a consulta e discussão.⁶⁶

Ocorre que a deliberação proposta por Aristóteles pressupõe uma comunidade política pequena e homogênea e também porque a deliberação é sem dúvida facilitada se os cidadãos concordam de antemão com a maioria dos problemas relativos ao valor e à crença⁶⁷.

Nas democracias modernas, o exercício da deliberação se expandiu para diversas comunidades as quais incluem todos como politicamente iguais, independentemente de credo, *status* ou cultura. Além disso, há diferenças entre os teóricos defensores da democracia deliberativa, podendo-se falar em várias versões de tal democracia, conforme mencionado anteriormente. Assim, algumas das posições de certos autores não são adotadas por inúmeros outros que tem se alinhado ao modelo deliberativo de democracia.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n.1, jan/mar.2007, p. 80.

⁶⁷ BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 31.

A democracia deliberativa, no entanto, independente das abordagens diferenciadas, assume como insuficiente os modelos calcados exclusivamente na votação em representantes que decidem.⁶⁸

Segundo André Ramos Tavares a mais adequada forma de decidir seria a dialógica, o que significa dizer que o conteúdo das leis em geral deveria ser realizado em termos deliberativos, em que os cidadãos discutiriam acerca do mais adequado conteúdo das leis ou decisões que os irão vincular⁶⁹.

Os modelos de democracia deliberativas teoricamente sustentáveis são a substantiva, a procedimental e a cooperativa.

A vertente procedimental formulada especialmente por Habermas, critica a possibilidade da justificação imparcial de princípios substantivos de justiça no atual contexto de pluralismo. Na concepção procedimentalista, uma vez respeitado o procedimento, qualquer que seja o resultado ele estaria justificado. Nesse modelo, o constitucionalismo também exerce um papel importante, mas subsidiário em relação à deliberação democrática: sua função é de tão-somente garantir as condições procedimentais da democracia⁷⁰.

No âmbito da teoria constitucional, essa perspectiva procedimental é compartilhada por vários autores. John Hart Ely um dos grandes representantes desta concepção informa que as decisões substantivas devem ser tomadas democraticamente em nossa sociedade e as decisões constitucionais devem, em geral, limitar-se a policiar os mecanismos de decisão e distribuição⁷¹.

Cláudio Pereira de Souza Neto nos ensina que em razão da complexidade e do pluralismo das sociedades contemporâneas, qualquer modelo que dependa de uma concepção material de legitimidade é incapaz de dar conta das expectativas

⁶⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n.1, jan/mar.2007, p. 81.

⁷⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

⁷¹ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 243-244.

inseridas na esfera pública pelos mais diversos grupos plurais, por isso, a fonte de toda a legitimidade só pode repousar no processo democrático de legiferação, o qual garante condições equânimes de inclusão na deliberação pública.⁷²

De acordo com a concepção substancialista, apoiada na filosofia política de Rawls, a deliberação pública se caracteriza como um processo de aplicação de princípios de justiça previamente justificados.

O “uso público da razão” que tem lugar na deliberação pública tem justamente a função de permitir que os princípios possam ser justificados perante todos e aplicados corretamente⁷³.

De acordo com o princípio da diferença de Rawls, elaborado a partir do ótimo de Pareto⁷⁴, uma conjugação ideal entre justiça e eficiência ocorre quando nenhum incremento da igualdade pode resultar em benefício para os menos

⁷² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

⁷³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 273.

⁷⁴ Para podermos examinar o conceito de eficiência econômica e o ótimo de Pareto é possível trazer à baila os ensinamentos de Robert S. Pindyck e Daniel L. Rubinfeld, a seguir transcrito: (...) com base em uma economia de trocas, o comportamento de dois consumidores que podem negociar livremente duas mercadorias entre si (essa análise também se aplica ao comércio entre dois países). Suponhamos que duas mercadorias estejam inicialmente alocadas de tal forma que ambos os consumidores possam ter um aumento de bem-estar se fizerem trocas entre si. Isso significa que a distribuição inicial das mercadorias é economicamente ineficiente. Em uma distribuição eficiente de mercadorias, ninguém consegue aumentar seu próprio bem-estar sem reduzir o bem-estar de alguma outra pessoa. Usa-se às vezes como sinônimo a expressão eficiência de Pareto, em homenagem ao economista italiano Vilfredo Pareto, que desenvolveu o conceito da eficiência nas trocas. (...) O equilíbrio competitivo leva a um resultado Pareto-eficiente que pode ou não ser equitativo. (...) De acordo com os referidos doutrinadores, existem quatro visões sobre equidade. A visão igualitária de Rawls imagina um mundo no qual os indivíduos não sabem qual será sua fortuna. Rawls argumenta que, diante de um mundo em que não sabemos qual será nosso próprio “destino”, optaríamos por um sistema que assegurasse um tratamento razoável para o indivíduo de menor poder aquisitivo da sociedade. Especificamente, de acordo com Rawls, a alocação mais equitativa maximiza a utilidade do indivíduo de menor poder aquisitivo da sociedade. A perspectiva rawlsiana pode ser igualitária – envolvendo o mesmo nível de alocação de mercadorias entre todos os membros da sociedade. Mas isso não é a regra. (...) Como as alocações eficientes não são necessariamente equitativas, a sociedade precisa se apoiar de certa forma no governo para poder redistribuir renda ou mercadorias entre as famílias, de modo que se alcancem os objetivos da equidade. Isso pode ser feito por meio do sistema fiscal. Por exemplo, um imposto progressivo sobre a renda cujos fundos arrecadados fossem usados em programas que beneficiassem as famílias na proporção de sua renda redistribuiria os rendimentos dos ricos para os pobres. O governo também pode oferecer serviços públicos, como atendimento médico para os pobres, ou pode transferir fundos por meio de programas de distribuição de alimentos. (In: *Microeconomia*, 6^o ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005, p. 502-511).

favorecidos, mas, ao contrário, pode prejudicá-los. Por isso, Souza Neto sustenta que a alocação de recursos deve ser feita da maneira mais igualitária possível até o limite em que seja preservada a eficiência alocativa, pois há um momento em que aumentar a igualdade significa prejudicar os menos favorecidos⁷⁵.

O modelo substantivo de democracia deliberativa entende que é possível criticar os resultados da deliberação mesmo em uma sociedade “procedimentalmente perfeita”, já que a deliberação seria capaz de chegar a resultados inaceitáveis mesmo se plenamente respeitadas suas condições procedimentais.

Os argumentos formulados no campo da filosofia política se identificam no âmbito da teoria constitucional, com a concepção dirigente de constituição. Ocorre que para a teoria da constituição dirigente são legítimos os atos que além de praticados de acordo com os procedimentos constitucionais, consistirem na concretização do projeto social fixado na Constituição, motivo pelo qual, sob esse prisma, a teoria constitucional deve se preocupar com a justeza das decisões, com a identidade material de uma ordem política e com a legitimidade normativo-substancial do sistema político.⁷⁶

O papel da deliberação é o de aplicar princípios previamente instituídos, o modelo substantivo encontra-se fechado quanto aos resultados, sem que as restrições que lhes são impostas configurem necessariamente garantias da própria democracia.

Souza Neto propõe uma síntese dos modelos de democracia deliberativa teoricamente sustentáveis. As condições que possibilitam a instauração de um contexto adequado para a cooperação democrática são, por esse motivo, elementos constitutivos da democracia deliberativa, compondo seu núcleo essencial. Embora o modelo proposto denominado de cooperativo também conceba que a deliberação deve se manter aberta quanto aos resultados e considere que qualquer limite em face dela interposto só possa ser apresentado como imamente à própria democracia, ele também

⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 108.

se preocupa quanto ao caráter funcional que a fundamentação das condições da democracia pode assumir em uma versão puramente procedimental.⁷⁷

Para o modelo cooperativo, o núcleo material da Constituição é composto pelas “condições para a cooperação na deliberação democrática”, isto é, pelas condições que permitem a criação de um contexto em que todos se vejam motivados a cooperar objetivando a realização do bem comum.

A liberdade dos cidadãos é uma condição fundamental para efetivo exercício da soberania popular, porque sem liberdade não é possível uma esfera pública autônoma. A liberdade é condição para a democracia, seja a liberdade de expressão, organização e associação.

No modelo de democracia deliberativa proposto por Souza Neto também se atribui fundamentalidade material à liberdade religiosa, embora essa não exerça uma função imediata no processo democrático, mas em um contexto de pluralismo, as pessoas só se sentem partícipes da comunidade política se tal comunidade trata suas opções religiosas como dignas de igual respeito⁷⁸.

A liberdade de expressão também apresenta justificações tradicionais: uma justificação instrumental que considera a liberdade valiosa porque incrementa a racionalidade das decisões públicas e se justifica em razão de seus resultados positivos e a justificação constitutiva entende a liberdade de expressão como uma dimensão essencial de uma sociedade justa, considerada como uma das formas de exteriorização da personalidade humana.

Por meio da troca de argumentos e contra-argumentos se racionaliza e legitima a gestão da *res pública*. Segundo Souza Neto, se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada pelo menos *prima facie*, legítima e racional. Todavia, é necessário que a deliberação ocorra em um contexto aberto, livre e igualitário, em que

⁷⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110.

⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

todos possam participar livre de qualquer coação física ou moral e com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir⁷⁹.

O estado de direito é entendido como condição, requisito ou pressuposto da democracia. Além disso, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais e quando a jurisdição constitucional os garante contra a vontade da maioria ou diante de sua inércia não está violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições de sua plena realização.⁸⁰

A norma só pode ser considerada legítima quando é fundada sobre razões públicas que resultam de um processo de deliberação inclusivo e igualitário, apesar desse caráter inclusivo e igualitário da deliberação ser visto sob um certo ceticismo, em virtude das hierarquias sociais e culturais existentes

Além disso, para garantir a legitimidade e a simetria no processo de deliberação, os participantes devem estar em acordo sobre regras e princípios normativos, os quais são responsáveis por definir a natureza do vínculo entre os participantes e a dinâmica de suas trocas argumentativas, tais como: a) igualdade, b) publicidade; c) reciprocidade, d) reflexividade, e) *accountability* (prestação de contas), f) autonomia, g) ausência de coerção e h) respeito mútuo⁸¹.

É evidente que a presença dos princípios acima mencionados no processo de deliberação faz com que ele se torne uma atividade de difícil realização empírica.

O importante para o presente trabalho, no entanto, é demonstrar que a concepção de deliberação pública deve levar em consideração o desenvolvimento conjunto de embates discursivos, travados também em espaços informais e cotidianos entre cidadãos diferenciados, possibilitando um melhor entendimento de questões que afetam a todos, contribuindo para que cada participante articule melhor e revise seus

⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104-105.

⁸⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

próprios interesses e necessidades, a fim de, ao final, prover uma variedade de alternativas de soluções para essas questões⁸².

Desse modo, Souza Neto estabelece que a democracia deliberativa pode ser adotada sob o ponto de vista substantivo (os direitos que correspondam aos princípios ou aos valores políticos fundamentais de nossa sociedade), procedimental (os direitos que consistam em condições procedimentais da democracia) ou cooperativo (os direitos que capacitem os cidadãos para cooperar na deliberação pública tendo em vista a realização do bem comum)⁸³.

Em virtude disso, como a democracia deliberativa possui um momento comunicativo que é fundamental, essa interação comunicativa só se realiza na prática se os participantes da comunicação se autocompreendem como “dignos de igual consideração e respeito”.

Para isso, a sociedade precisa demonstrar deferência por todos os projetos pessoais de vida, pois somente uma sociedade que os respeita pode nutrir em seus cidadãos o sentimento de pertencimento a uma comunidade, que é fundamental para a cooperação democrática.

A concepção de democracia deliberativa e que serve de marco teórico no presente trabalho é a de que as condições que possibilitam a instauração de um contexto adequado para a cooperação democrática são os elementos constitutivos da democracia deliberativa, compondo o seu núcleo essencial e o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para atuar para garantir que essas condições estejam presentes, o que estará contribuindo para o exercício da democracia deliberativa.

⁸² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

⁸³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12-13.

3. A efetividade do direito à educação

Em virtude do tratamento conferido ao direito à educação na Constituição Federal de 1988⁸⁴ é importante a sua análise à luz dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal durante o período de 2004-2008.

A pesquisa empírica tem por objetivo uma análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência a fim de verificar como o Supremo Tribunal Federal fundamentou os julgamentos que asseguraram a efetividade do direito à educação.

Vale ressaltar que a pesquisa foi iniciada a partir do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, julgada em 29 de abril de 2008 considerada paradigmática em virtude de ter reconhecido a possibilidade de efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal pelo Poder Judiciário.

O referido julgamento, ao abordar as expressões “direito à saúde”, “mínimo existencial” e “reserva do possível”, serviu como precedente para outros julgamentos envolvendo o direito à educação.

Desse modo, as expressões “direito à educação”, “mínimo existencial” e “reserva do possível” foram utilizadas para a pesquisa realizada a partir do *site* do Supremo Tribunal Federal no período entre 2004-2008.

Constatou-se que inúmeros acórdãos tratavam das referidas expressões, por isso, para a análise dos julgamentos foram selecionados aquelas decisões/acórdãos que faziam referência apenas ao direito à educação, a fim de identificar de que forma ocorreu a interferência do Poder Judiciário no direito à educação, para posteriormente demonstrar que a sua atuação contribuiu para o exercício da democracia deliberativa.

⁸⁴ A abordagem foi feita no Capítulo I deste trabalho. Além disso, é mister ressaltar o disposto no art. 205 da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

3.1 Nova hermenêutica: o problema da efetividade

Antes de analisar de que forma as expressões “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “direito à educação” foram utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar os julgamentos que determinaram o acesso ao sistema de ensino é necessário abordar a normatividade da Constituição Federal na atualidade.

É inegável a influência que a Constituição Portuguesa de 1976 exerceu na elaboração da Constituição Federal de 1988, especialmente na positivação de direitos fundamentais sociais e diante da concepção de um Estado Social e Democrático de Direito por meio da atuação do Governo nas matérias que tocam mais de perto os cidadãos.

Neste diapasão, a doutrina da Constituição Dirigente idealizada por J.J. Gomes Canotilho⁸⁵ ascendeu luzes de esperança no constitucionalismo pátrio, bastante desgastado com a omissão do Executivo e do Legislativo no tratamento conferido à Constituição.

Ocorre que Canotilho modificou o seu entendimento⁸⁶ causando estranheza para a doutrina nacional que utilizava os seus ensinamentos para corroborar a necessidade de se garantir a efetividade constitucional. De forma enfática Canotilho proclamou que a Constituição Dirigente estava “morta”, *in verbis*:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania, seria

⁸⁵ A noção de Constituição Dirigente pregada por Canotilho absorvida pela doutrina brasileira como se depreende da obra de Lênio Luiz Streck, a Constituição é compreendida como “norma diretiva fundamental que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais”. (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2.ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2004, p. 101). Vale ressaltar que a doutrina da Constituição Dirigente provocou a superação da noção de Constituição programática, sem eficácia vinculante e determinou uma inversão paradigmática da interpretação das normas constitucionais: elas passaram a ser o fundamento das normas infraconstitucionais, as quais deveriam ser lidas e interpretadas à luz da Constituição e não o contrário. Acrescente-se ainda que atualmente não se recomenda a concepção de Constituição como fundamento de validade a partir da noção Kelseniana de pirâmide hierárquica das normas, mas sim enquanto centro gravitacional do sistema jurídico.

⁸⁶ No prefácio da sua obra intitulada Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição erguendo-se à categoria de “linha Maginot” contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.⁸⁷

Segundo Canotilho, o constitucionalismo não poderia mais ser “autismo, nacionalista e patriótico”, pois deveria se conscientizar da existência de outros mundos, de modo que projetos emancipatórios não poderiam ser implementados à revelia da situação vivida pelos demais países do globo. O direito constitucional, com isso, teria deixado de ser uma disciplina dirigente, capaz de provocar modificações no campo do direito e na própria sociedade, para tornar-se uma disciplina dirigida, desconectada do seu anterior cento jurídico-político, pois ele deveria se adaptar “aos esquemas regulativos das novas associações abertas de estados nacionais abertos.”⁸⁸

Assim, no tocante à relação entre a Constituição e as tarefas outorgadas ao Estado, a nova tese de Canotilho prevê um dirigismo material tênue, de conteúdos essenciais. Em virtude disso, não caberia à Constituição fixar políticas públicas e incumbi-las ao Estado, mas apenas traçar seus fins e objetivos e quando mencionou a questão dos direitos sociais o doutrinador português se manifestou no seguinte sentido:

...sempre entendemos que o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positivação dos chamados “direitos sociais”. Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos da terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, e para dar um exemplo, se é para nós indiscutível a consagração constitucional de um direito de acesso a todos os graus de ensino, não só porque isso pode regidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a constituição nas querelas dos “limites do estado social” e da “ingovernabilidade”⁸⁹.

Canotilho⁹⁰ também criticou a noção de aplicabilidade imediata das normas constitucionais, ressaltando que esta noção não poderia ser veiculada de forma

⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXIX.

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p. X – XII.

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p. XX.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p. XV-XVI.

dogmática (incontestável) e totalizante, pois haveria normas que necessitavam da complementação legislativa e este fator não poderia ser simplesmente negligenciado⁹¹.

O novo entendimento esposado por J.J Gomes Canotilho⁹² gerou discussão na doutrina brasileira e o referido autor foi convidado a prestar esclarecimentos. Assim, ele afirmou que ainda era possível reconhecer “algumas dimensões de programaticidade”, “pois o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes de mover-se dentro do enquadramento constitucional”.⁹³

No entanto, é mister ressaltar que as observações de Canotilho a respeito do dirigismo contratual devem ser contextualizadas com o momento sócio-político vivido à época por Portugal, tendo em vista o ingresso de Portugal na comunidade europeia e a necessidade de uma certa identidade político-econômica entre seus países membros⁹⁴, diferente, portanto, daquele período da promulgação da Constituição de 1976.

Em virtude disso, não parece adequada a importação da referida teoria em virtude da situação sócio-político-econômica vivida no Brasil. Além disso, é mister ressaltar que a nova tese esboçada por Canotilho foi objeto de análise por Lênio Luiz Streck que buscou elaborar uma teoria de constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia.

Segundo Lênio Streck a Constituição embora não possa ser vista como um regulamento totalizante da vida em sociedade, como fundamento último de toda atuação estatal e social, ela não pode perder seu caráter dirigente. Não se trata de conceder proteção ao sujeito até as instâncias finais, tal como concebido no paradigma da filosofia do sujeito, individualista, autônomo e liberal, mas da “proteção e

⁹¹ Para Canotilho, a Constituição deveria se ater ao fornecimento das “exigências constitucionais mínimas (constitucional essencial, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica e intocáveis pelas maiorias parlamentares. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXI).

⁹² Os esclarecimentos foram prestados durante a I Jornada sobre a Constituição Dirigente em Curitiba que mais tarde gerou a publicação da obra Canotilho e a Constituição Dirigente, organizada por Jacinto de Miranda Coutinho e publicada pela Renovar em 2002.

⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15. A manifestação transcrita trata-se da resposta de Canotilho à indagação formulada por Eros Roberto Grau.

⁹⁴ A realidade vivida por Portugal, país inserido no contexto da União Europeia no momento da tese elaborada por Canotilho, não pode ser equiparada àquela vivida no Brasil, onde ainda persiste o quadro de desigualdade social e pobreza.

implementação dos direitos fundamentais sociais até então (e no Brasil até hoje) sonegados pelo paradigma liberal-individualista-normativista⁹⁵.

Conforme os ensinamentos de Streck⁹⁶ o dirigismo constitucional é relevante na medida em que a Constituição procurou gerar uma idéia de estabilidade social calcada no combate a três violências: a) a violência à segurança e à liberdade, mediante a imposição da ordem e do direito; b) a violência oriunda da desigualdade política mediante a instituição da democracia com base na liberdade; e c) a violência decorrente da pobreza que passou a ser combatida com a previsão de projetos de sociabilidade. Além disso, o referido autor informa que o próprio Canotilho reconhece a necessidade da força normativa da Constituição como condicionante da atuação do Estado na sociedade principalmente nos casos de países que ainda se vêem engajados no combate a estas violências – como é o caso brasileiro.

Gilberto Bercovici entende que “o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica”⁹⁷. Assim, não é possível a criação de uma teoria constitucional abrangente e totalitária, pois não existe um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos todos eles ligados às particularidades nacionais de cada Estado. Em virtude disso, a tese da Constituição Dirigente elaborada por Canotilho no início da década de 80 teve sentido para a Constituição Portuguesa de 1976, profundamente compromissária e com projetos emancipatórios ligados inclusive à conversão do regime de governo (para o socialismo).

A realidade que ensejou a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi bastante distinta. Como ressaltou Gilberto Bercovici, a liberdade do legislador não foi tolhida, nem sequer determinada a uma única linha de direção para a atuação das políticas estatais⁹⁸. A Constituição de 1988 forneceu premissas de ordem material a serem observadas pelo Estado e pela sociedade, mas jamais pretendeu uma revolução.

⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125-127.

⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 132.

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, 1999, p. 35.

⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, 1999, p. 40.

Assim, a teoria da Constituição Dirigente adaptada a países de modernidade tardia deve elaborar os mecanismos necessários para resgatar as promessas não cumpridas pela modernidade, através de uma interligação entre teoria do Direito e teoria do Estado. É certo que a Constituição não poderá sozinha trilhar esse caminho e determinar a realização dos ideais de liberdade, igualdade e justiça. A Constituição deve ser dirigente no sentido de vincular o legislador ao substrato material de suas normas, já que o Direito não deixou de ser um instrumento de implementação de políticas públicas⁹⁹.

O Estado brasileiro necessita manter a Constituição como texto aberto e arejado, a ponto de permitir novas leituras e novas atuações, ocorre que a Constituição idealizada pela Teoria da Constituição Dirigente é aquela que mantém sua normatividade a ponto de garantir um núcleo de modernidade tardia não cumprida.

Segundo Lênio Streck, o século XX mostrou-se generoso para com o direito. O direito público assume um lugar de destaque a partir da incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). O Estado Liberal de Direito com viés ordenador e o Estado Social de Direito com nítido caráter provedor, cederam espaço ao Estado Democrático de Direito¹⁰⁰.

O Estado Democrático de Direito pode ser representado por sua função nitidamente transformadora, uma vez que os textos constitucionais, apesar de apresentarem conteúdos compromissórios e dirigentes, a qual a do Brasil é exemplo típico, passaram a assumir relevância ímpar em países de modernidade tardia, onde o *Welfare State* não passou de simulacro.

A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, o que implica, por conseguinte, o crescimento do controle da constitucionalidade das leis.

⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 195.

¹⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 330.

Ao se diminuir o espaço de poder da vontade geral e se aumentar o espaço da jurisdição, para que a autonomia do direito seja preservada é necessário “implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do pólo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais”¹⁰¹. Isso significa discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação das decisões dos juízes e tribunais, conforme será discutido no capítulo 4.

O direito ao assumir um caráter hermenêutico, decorrente da própria característica que o marcou a partir do segundo pós-guerra, acarretou o papel interventivo da jurisdição constitucional. Em virtude disso, a preocupação de qualquer teoria jurídica voltou-se ao enfrentamento das consequências desse fenômeno.

O problema da inefetividade da Constituição- e tudo o que ela representa- não se resume a um confronto entre modelos de direito. O confronto é, pois, paradigmático. É nesse sentido que assume relevância uma análise do problema a partir de uma leitura hermenêutica. As alterações do papel do Estado estão ligadas às transformações do papel do direito, motivo pelo qual não há teoria constitucional sem Estado¹⁰².

Assim, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para a concretização de direitos, porque a Constituição surgiu para superar o modelo de direito de regras liberal-individualista-normativista que fracassou, assim como para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas, exatamente porque a produção democrática do direito e o papel assumido pelo direito não podem ficar à mercê de “procedimentos cognoscitivos” ainda reféns do paradigma representacional.

O Estado Democrático de Direito propiciou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça o caráter hermenêutico do direito.

Essa nova fase do direito se identifica por um conjunto de elementos, dentre eles: textos constitucionais principiológicos, o caráter compromissório e diretivo

¹⁰¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 331.

¹⁰² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 238.

das Constituições e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.

É evidente que essa nova tarefa imposta ao direito não compromete os alicerces da democracia. O grande dilema é construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito.¹⁰³

Aos operadores do Direito caberá formular uma hermenêutica constitucional dotada de estruturas lógicas e mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas constitucionais, sempre tendo em vista que “o Direito existe para realizar-se”, não podendo o Direito Constitucional ser interpretado diversamente, pois “sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja”, devendo, portanto, “encontrar-se em si mesma a própria tutela e garantia”.¹⁰⁴

3.2 A atuação da jurisdição constitucional

O contexto social e político, sobretudo ao longo da última década, possibilitou o avanço ocorrido no país no tocante à efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional, dentre eles o direito à educação.

As intervenções judiciais eram raríssimas e as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais eram vistas como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo, prevalecendo o argumento de violação ao princípio da separação dos poderes e a teoria de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas.

Luiz Werneck Vianna¹⁰⁵ informa que a Carta de 1988 em sua opção de reinterpretar, sob clave democrática, a tradição republicana brasileira e diante da

¹⁰³STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 339.

¹⁰⁴BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Temas de Direito Constitucional*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 87.

¹⁰⁵VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Revista de Ciências Sociais. – DADOS*. Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, p.

falência do paradigma da social-democracia buscou uma gestão harmoniosa do capitalismo.

Em virtude disso, mesmo diante das sucessivas emendas constitucionais que expurgaram da Constituição as disposições que previam um papel organizador para o Estado em matéria econômica a fim de adaptar o texto constitucional à onda neoliberal, as vigas mestras da Carta de 1988 se mantiveram. Nesse sentido, podemos destacar na nossa tradição republicana a concepção de que a nação conforma uma comunidade solidária, a valorização da esfera pública como instância de promoção de integração social e o papel ético-pedagógico atribuído ao Direito, suas instituições e procedimentos na formação da cidadania e do civismo.

Assim, em que pese uma releitura da nossa tradição republicana, a Carta de 1988 afirmou a herança e as instituições do liberalismo político, recortando com nitidez os direitos civis da cidadania e estabelecendo a configuração de uma plena democracia política, com a criação de mecanismos necessários para uma gestão pública orientada pela eficiência.

É mister ressaltar que o Constituinte previu duas formas de representação, a de voto e a funcional, e duas formas de participação, a representativa, que se assenta no princípio eleitoral e a direta, que compreende a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a ação popular entre outros dispositivos, mas que, salvo no caso deste último, ainda são de existência puramente retórica¹⁰⁶.

777. O autor efetuou uma pesquisa por meio de análise de casos a fim de verificar a atuação do Judiciário e do Ministério Público (levando-se em conta o problema da tensão entre a cultura tradicional e o caráter inovador dos processos que vêm exigindo uma relação criativa dessas instâncias institucionais com a legislação, a jurisprudência e a doutrina, sob a égide da interpretação dos princípios e normas constitucionais), bem como avaliar como a sociedade, em especial, seus setores organizados têm-se relacionado com tais institutos, o que implica considerar o problema da efetividade das decisões judiciais, mediante o seguinte roteiro: "1. análise dos antecedentes do processo, isto é, de como a percepção do conflito social deu lugar à formulação jurídica; 2. análise da sustentação jurídica do pleito, procurando verificar de que maneira os autores das ações mobilizam o direito constitucional e outras fontes do direito, a fim de construir uma argumentação jurídica fundada na perspectiva do cidadão; 3. acompanhamento da construção da decisão, buscando perceber como o juiz lida com a demanda e confere respaldo jurídico e político à sua decisão. No caso do Termo de Ajustamento de Conduta da Ilha Grande, o mesmo vale para os promotores que o elaboraram; 4. avaliação da efetividade da decisão, levando em conta não apenas seus efeitos imediatos e tangíveis, mas também os efeitos simbólicos, incluindo a repercussão na sociedade civil organizada e na luta por novos direitos".

¹⁰⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Revista de Ciências Sociais*. – DADOS. Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, p. 779.

Acrescente-se ainda que apesar do Brasil apresentar uma democracia política em que a população adulta, incluídos os analfabetos, podem se manifestar eleitoralmente, trazendo para o interior do sistema político suas expectativas e interesses, constata-se que a evidente ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo nas tomadas de decisão quanto a questões estratégicas para os rumos da sociedade, motivo pelo qual a gravitação do Legislativo em torno do Executivo provoca a retração da esfera pública e limita suas possibilidades de contato com o mundo da opinião.

Em um cenário limitado, segundo nos informa Luiz Werneck Vianna, as opiniões e o fluxo das opiniões geradas na sociedade civil não encontram caminhos para se traduzirem em vontade na esfera pública, uma vez que a agenda do Legislativo se acha sob domínio do Executivo, o qual impõe nela a supremacia dos seus objetivos estratégicos em matéria econômica¹⁰⁷. Assim, tendo em vista o desmonte do embrião do *Welfare State* brasileiro, o esvaziamento das instituições da vida republicana e da vida associativa vão canalizar para o interior do Judiciário as demandas reprimidas por direitos.

Como bem observou Andreas Krell, se o constitucionalismo português foi estruturado especialmente na participação política dos cidadãos – e foi neste sentido que Canotilho idealizou a efetividade dos direitos fundamentais sociais – não é esta a realidade brasileira, motivo pelo qual os tribunais não podem agir como meros espectadores dos conflitos sociais¹⁰⁸.

Acrescente-se ainda que segundo os ensinamentos de Luiz Werneck Vianna com base nos princípios e valores declarados pela Constituição como centrais à comunidade brasileira, sendo mister ressaltar os da justiça e da solidariedade, a sociedade, de baixo para cima, pode ser parte de uma permanente recriação do direito,

¹⁰⁷VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Revista de Ciências Sociais*. – DADOS. Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, p. 780. O referido autor entende que a própria política social deixa de refletir as expectativas e os interesses da sociedade civil organizada, tornando-se objeto de políticas públicas assistencialistas do Estado e dos seus fins de legitimação, inclusive eleitoral. Daí que a vontade trazida as urnas, em um processo eleitoral livre e aberto à participação da população, perde sua nitidez à medida em que inicia sua trajetória institucional nos caminhos da representação em razão da debilidade do sistema partidário e da ausência de nexos entre representantes e representados. Com isso, o Parlamento vê-se incapacitado de propor uma agenda própria, limitando-se a exercer mero fiscal sobre o que lhe chega do Executivo, naturalmente especializado nos temas da administração e da gestão da dimensão sistêmica.

¹⁰⁸ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 69.

partindo dos seus interesses e expectativas de direitos, quer individualmente por meio das Ações Populares ou dos seus pleitos nos Juizados Especiais, quer coletivamente por meio de sua vida associativa, como nas Adins e nas Ações Cíveis Públicas. Em virtude disso, é possível afirmar que a representação, enfim, generaliza-se, não sendo mais circunscrita apenas à dimensão do voto¹⁰⁹.

A atuação do Poder Judiciário decorre de expressa delegação do Poder Legislativo, com o advento de diversas leis e códigos, tais como: Código de Defesa do Consumidor, Leis da Ação Civil Pública e da Ação Popular e Estatuto da Criança e do Adolescente que possibilitaram uma maior intervenção do Poder Judiciário no campo dos direitos sociais.

A possibilidade do Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro, principalmente com o advento do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Conseqüentemente vieram críticas à idéia tradicional da natureza dos direitos sociais enquanto normas programáticas e passou-se a reconhecê-los como normas auto-aplicáveis¹¹⁰.

A Constituição antes era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos, sendo que a concretização de suas normas estava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Poder Judiciário, no entanto, não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição¹¹¹. Assim, segundo

¹⁰⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Revista de Ciências Sociais*. – DADOS. Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, p. 782.

¹¹⁰ Em 1967, José Afonso da Silva elaborou uma classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia que ficou famosa na doutrina brasileira. O autor foi um dos primeiros a asseverar que todas as normas constitucionais são providas de eficácia e classificou-as com relação à capacidade de cada uma produzir efeitos no mundo real: a) normas constitucionais de eficácia plena, capazes de surtir todos os seus efeitos no mundo jurídico, incidindo diretamente na matéria que constitui o seu objeto; b) normas constitucionais de eficácia contida, as quais correspondem a normas também capazes de produzir seus efeitos, mas que prevêm determinados meios ou conceitos que podem limitar esta eficácia em dadas circunstâncias e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, as quais não produzem todos os efeitos jurídicos a partir de sua entrada em vigor, na medida em que sua normatividade precisa ser determinada pelo legislador ordinário. É neste último grupo que o autor enquadra as normas programáticas, todavia atribuindo-lhes a denominação de normas constitucionais declaratórias de princípio programático (In: *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 136-137).

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.

Luís Roberto Barroso, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica capaz de ser exigível judicialmente.

3.3. A pesquisa empírica

A técnica de pesquisa abordada no presente trabalho será a análise de conteúdo¹¹².

Segundo Jorge Vala¹¹³ a análise de conteúdo foi durante muito tempo apresentada como uma técnica predominantemente útil no estudo da comunicação social e da propaganda política associada a objetivos pragmáticos e de intervenção e também na psicologia, onde se encontra uma velha tradição de recurso aos materiais biográficos como fonte de informação sobre a personalidade, motivação e atitudes dos indivíduos. Assim, a análise de conteúdo é hoje uma das técnicas mais comuns na investigação empírica realizada pelas diferentes ciências humanas e sociais.

A análise de conteúdo é uma técnica de investigação que através de uma descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto das comunicações tem por finalidade permitir que o pesquisador possa fazer inferências válidas e replicáveis dos dados para o seu contexto.¹¹⁴

A finalidade dessa técnica de pesquisa, conforme nos ensina Jorge Vala é efetuar inferências, com base numa lógica explicitada, sobre as mensagens cujas características foram inventariadas e sistematizadas.

¹¹² No início da pesquisa, houve a necessidade de se estudar uma determinada técnica de pesquisa que pudesse ser adotada na investigação empírica, motivo pelo qual foi utilizada a análise de conteúdo em virtude da necessidade de se elaborar um plano de análise. Além disso, a escolha da análise de conteúdo teve como referência o artigo intitulado “Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo” (XIMENES, Júlia Maurmann. *Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo*. Artigo no prelo. Circulação restrita, 2009) e as obras “Análise do Conteúdo” (FRANCO, Maria Paula P.B. *Análise de conteúdo*. Série Pesquisa. Brasília: Líder Livro, 2007) e “Análise de Conteúdo” (BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3.ed., Portugal: Editora 70, 2004).

¹¹³ VALA, Jorge. *Análise de Conteúdo*. In: SILVA, Augusto Santos; PINTO, José Madureira. (org). *Metodologia das Ciências Sociais*. Porto: Afrontamento, 2003, p. 101.

¹¹⁴ BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3.ed., Portugal: Editora 70, 2004, p. 31-34.

A proposta deste trabalho é utilizar a técnica na análise das decisões judiciais¹¹⁵, porque o domínio de análise de conteúdo é o conjunto de técnicas que permitam a explicitação e sistematização do conteúdo das mensagens e da expressão deste conteúdo¹¹⁶.

A utilização desta técnica de pesquisa envolve também diferentes fases que se organizam em três momentos distintos: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados, inferência e interpretação.¹¹⁷

A pré-análise consiste na fase de organização da pesquisa que será feita, com a escolha dos documentos que serão submetidos à análise. Após a exploração do material, surge a necessidade de categorização, ao relacionar elementos do conteúdo coletado com os referenciais teóricos, de forma que as interferências e interpretações possam ser feitas.

É preciso esclarecer ainda que a análise de conteúdo se distingue da análise documental, pois o objetivo da análise documental é a “representação condensada da informação, para consulta e armazenagem” enquanto que a análise de conteúdo é a “manipulação de mensagens (conteúdo e expressão desse conteúdo) para evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem”.¹¹⁸

Definido o objetivo da pesquisa e conhecido o tipo de material a ser analisado, foi necessário definir também as unidades de registro para a escolha dos documentos. A unidade de registro é “a menor parte do conteúdo, cuja ocorrência é registrada de acordo com as categorias levantadas”.¹¹⁹

¹¹⁵ Especialmente do Supremo Tribunal Federal em virtude de ser considerado o guardião da Constituição Federal de 1988 conforme previsto no art. 102, *in verbis*: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...). Além disso, o enfoque dado ao direito à educação é também do ponto de vista constitucional, eventual referência à legislação infraconstitucional é a título meramente ilustrativo.

¹¹⁶ XIMENES, Júlia Maurmann. *Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo*. Artigo no prelo. Circulação restrita, 2009.

¹¹⁷ Laurence. *Análise de Conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3.ed., Portugal: Editora 70, 2004, p. 89.

¹¹⁸ Laurence. *Análise de Conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3.ed., Portugal: Editora 70, 2004, p. 40-41.

¹¹⁹ FRANCO, Maria Paula P.B. *Análise de conteúdo*. Séria Pesquisa. Brasília: Líder Livro, 2007, p. 41.

Os julgamentos que tratavam do direito à educação (excluída a educação superior¹²⁰) foram identificados no período de 2004-2008 a partir da base de dados mantida pelo Supremo Tribunal Federal com acesso por meio da internet¹²¹.

A partir da análise dos julgamentos, foi possível verificar a existência de um padrão nos argumentos utilizados durante o período analisado. Além disso, na seleção dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no período de 2004-2008 verificou-se a incidência de forma recorrente das expressões “reserva do possível”, “mínimo existencial” e “direito à educação”. Em virtude disso, elas foram escolhidas como unidades de registro.

Acrescente-se, ainda, que os argumentos apresentados pelos autores e réus foram conformando a jurisprudência daquela Corte sobre a matéria, conforme restará evidenciado.

3.4 Do período de tempo pesquisado

Conforme ressaltado anteriormente, a pesquisa iniciou no ano de 2004 em virtude da decisão proferida pelo Relator Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, julgada em 29 de abril de 2004.

Na referida decisão discutia-se o veto emanado pelo Sr. Presidente da República que incidiu sobre o §2º do art. 55¹²² (posteriormente remunerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707, de 2003 (LDO), a qual tinha por objeto fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

¹²⁰ A educação superior prevista no art. 208, inciso V da Constituição Federal de 1988 foi excluída porque o objetivo da pesquisa é verificar de que forma o Supremo Tribunal Federal atua para garantir a efetividade da educação básica, adotando-se como definição a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (O art. 21 da Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996 dispõe que a educação escolar compõe de educação básica formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (inciso I) e de educação superior (inciso II).

¹²¹ BNDPJ, www.stf.gov.br

¹²² O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo material: “§2º. Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à erradicação da Pobreza”.

O autor da referida ação constitucional sustentou que o veto presidencial importou desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional n. 29/200 que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

O Sr. Presidente da República após o veto parcial questionado na referida ação constitucional remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que, transformado na Lei n. 10.777, de 2003 restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei n. 10.707, de 2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo.

O Ministro Relator justificou na referida decisão que a superveniência daquele fato relevante era capaz de instaurar situação de prejudicialidade¹²³, no entanto, ele reconheceu que a ação constitucional em referência qualificava-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto constitucional, tal como sucedia no caso (Emenda Constitucional n. 29, de 2000) fossem descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Desse modo, a relevância da decisão decorre dos argumentos utilizados para afastar a omissão do Estado e para garantir a efetividade do direito à saúde, tais como “reserva do possível” e “mínimo existencial”, cujos trechos encontram-se abaixo transcritos:

(...)

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente este contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira

¹²³ A situação de prejudicialidade se configurou em virtude da perda superveniente do seu objeto já que o objetivo perseguido na referida ação constitucional tinha sido inteiramente alcançado com a edição da Lei n. 10.777, de 24 de novembro de 2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à Emenda Constitucional 29, de 2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população, recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços de saúde. (Cf. ADPF 45-MC/DF).

ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (RT 175/1212-1213, rel. Min. Celso de Mello).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

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

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar):

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei)

Em virtude disso, a decisão proferida em 29 de abril de 2004¹²⁴ pode ser considerada paradigmática, pois apesar de ter sido julgada prejudicada a arguição de

¹²⁴ No caso do direito à educação, por meio do Recurso Extraordinário n. 401673 julgado em 26 de março de 2004, rel. Min. Marco Aurélio e o Recurso Extraordinário n. 411518 julgado em 3 de março de 2004, rel. Min. Marco Aurélio, o Poder Judiciário já havia atuado no sentido de garantir a sua efetividade, mas o

descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto, nela restou consignada a possibilidade de efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal pelo Poder Judiciário diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

Além disso, ainda que o objeto da ação de descumprimento de preceito fundamental em epígrafe tenha envolvido o direito à saúde, constatou-se que alguns dos argumentos utilizados na referida decisão, dentre eles o mínimo existencial e a reserva do possível foram utilizados posteriormente nos julgamentos que tiveram por objeto a efetividade do direito à educação, conforme restará demonstrado.

3.5 Da análise dos dados

A escolha das unidades de registro: direito à educação, mínimo existencial e reserva do possível para a coleta e análise, teve como finalidade fazer inferências e interpretações sobre as causas e os referenciais teóricos utilizados na atuação do Supremo Tribunal Federal¹²⁵.

A análise de conteúdo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve por objeto pesquisa quantitativa realizada no *site*¹²⁶ do referido Tribunal. Após a coleta de dados, constatou-se que era necessária uma análise qualitativa, por meio da definição das unidades de registros “direito à educação”, “mínimo existencial” e “reserva do possível” que serviram para a escolha dos documentos posteriormente examinados.

Foram colacionados apenas os acórdãos/decisões monocráticas que continham tais unidades de registro a fim de propiciar uma análise mais criteriosa da dinâmica neles encerrada, restando um número reduzido de julgamentos a serem analisados¹²⁷.

caráter inédito da ADPF 45 está na possibilidade de uma ação constitucional também ser utilizada para suprir uma omissão do Poder Público.

¹²⁵ Apesar da existência de julgamentos onde foram tratadas exclusivamente questões de natureza processual conforme Tabela V, sem a análise de mérito.

¹²⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: julho 2009.

¹²⁷ No início da pesquisa foram utilizadas as expressões “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “direito à educação” de maneira isolada, motivo pelo qual os julgamentos que continham a expressão “reserva do possível” totalizaram 35 julgamentos (que envolviam também o direito à saúde, aos

A coleção selecionada contempla recursos extraordinários, agravos regimentais, agravos de instrumento, suspensões de tutela antecipada, decisões monocráticas e ações direta de inconstitucionalidade.

O objetivo é demonstrar como os referenciais teóricos foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar os julgamentos que asseguraram a efetividade do direito à educação mediante a garantia de acesso ao sistema de ensino e de forma essa atuação interfere ou não no exercício da democracia deliberativa.

Realizado o recorte dos acórdãos/decisões monocráticas no período de 2004-2008 de acordo com os recursos interpostos, excluindo-se as ações diretas de inconstitucionalidade e considerando apenas as unidades de registro anteriormente mencionadas, foi encontrado o seguinte resultado:

TABELA I – JULGAMENTOS SELECIONADOS PARA ANÁLISE

Recursos Extraordinários - RE	410715; 436996; 401673; 402024; 411518; 431773; 384201.
Agravos Regimentais	401023; 431916; 465066; 463210; 410646
Agravos de Instrumento	455802; 475571; 677274; 684829; 564035.
Suspensão de Tutela Antecipada	241; 190
Decisões Monocráticas	254414; 545094; 403609; 401880; 478367; 467255; 554075; 472707; 411332; 431380.
	TOTAL: 29 julgamentos

3.6 A utilização das unidades de registro nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal

Nos acórdãos analisados em sede de recurso extraordinário, a parte autora no ajuizamento da ação civil pública era o Ministério Público¹²⁸, que recorreu ao

benefícios de caráter social), assim como 17 julgamentos que tratavam do direito ao “mínimo existencial” e, por fim, 32 acórdãos/decisões que envolviam o direito à educação, motivo pelo qual apenas esses foram utilizados para fins de análise de conteúdo.

¹²⁸ Em alguns casos, o Ministério Público agiu em favor dos menores conforme RE 401.673 (em favor de Victor Souza Santos e Amanda de Souza Santos), AI 475.571 (em favor de Larissa Cristina Inácio e Ângela Bianca Francisco) e AI 478.367 (em favor de Thais Cristina de Souza), RE 411.332 (em favor de

Poder Judiciário para requerer a efetivação das matrículas dos menores em unidade de ensino infantil, com fundamento no art. 211, §2º, da CF e nos artigos 54, inciso IV e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente e para isso sustentou que as normas que criam o direito à educação infantil (acesso a creches e pré-escolas) são imediatamente aplicáveis às crianças de 0 a 5 anos de idade, não havendo discricionariedade administrativa nesta área, mas sim dever do município de cumprir a Constituição e a lei, motivo pelo qual não se poderia falar em ingerência do Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública.

O Município ao recorrer para o Supremo Tribunal Federal com fundamento no art. 102, III, alínea “a” da CF, alegou violação aos seus artigos 2º, 30, 208, incisos I e IV e 211, § 2º, os quais tratam do princípio da separação e independência dos poderes, das competências municipais, da obrigatoriedade da educação e da atuação prioritária do Município no ensino fundamental.

A Municipalidade nos acórdãos analisados sustentou ainda que a CF, em seu art. 208, I e IV, trataria a educação infantil e o ensino fundamental de forma diversa, impondo somente a obrigatoriedade deste último e permitindo a facultatividade na prestação do primeiro.

As normas constitucionais sobre educação seriam programáticas, de eficácia reduzida, devendo ser acolhidas apenas como programa a ser cumprido pelo Estado, por meio de leis integrativas e outras providências. Além disso, a CF precisaria ser interpretada sistematicamente para se lembrar que o Município deve cuidar de todos os interesses locais, e não apenas da educação, competindo-lhe decidir a ordem de prioridades para a realização desse dever, escolhendo, dentre as alternativas existentes e dentro de critérios de razoabilidade, aquelas a serem resolvidas, direcionando a elas os escassos recursos públicos, com o objetivo de atingir esse fim.

As atividades que envolvem a efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal de 1988 dependem da existência de recursos financeiros, de dotações orçamentárias prévias, executadas segundo o programa de prioridades estabelecido pela própria Administração Pública. Assim, diante da insuficiência de

Henrique Ferreira de Oliveira). Em outros casos, vale mencionar que os menores não foram representados pelo Ministério Público dentre eles: RE 254.414 de Roberta Gonçalves Duia Castello e AG RE no AI 465.066 interposto por Jéssica de Jesus Muniz representada por Claudivia de Jesus.

recursos para atender todas as demandas, cabe ao administrador definir qual serviço e em qual região será efetivado prioritariamente.

Houve ainda a alegação de que não há como se cobrar, somente dos municípios, a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil e justifica que a matrícula de milhares de crianças em algumas unidades de creches envolve questões de orçamento e disponibilidade do Erário, com dotação específica para a implantação de meios à concretização das medidas pleiteadas e que a carência de novos aportes de recursos para financiar a educação infantil limitou o atendimento em todo o Município bem como a possibilidade de sua ampliação.

O inciso I do artigo 208 da Constituição com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996 prevê que “o ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria” e nos termos do parágrafo primeiro do artigo 208, o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. A Constituição Federal de 1988, ao classificá-lo como direito público subjetivo, atribuiu-lhe força vinculativa e conferiu-lhe o correspondente direito de ação.¹²⁹

Ingo Sarlet concebe os direitos fundamentais sociais como verdadeiros direitos subjetivos, apesar de reconhecer que muitas normas de direitos fundamentais sociais poderiam ser equiparadas a normas de “cunho programático” em virtude de sua formulação excessivamente abstrata e definidora de fins a serem cumpridos pelo Estado¹³⁰.

Canotilho ao analisar a Constituição Portuguesa defende que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço

¹²⁹ SIFUENTES, Mônica. *O acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 58.

¹³⁰ Ele fornece como exemplos de normas de “cunho programático” as dos arts. 6º, 7º, inciso II, III, IV, XI, XII e XVI bem como os arts. 194, 196, 205 e 215, já que segundo o autor ainda que se partisse da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão “direito” estaria, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrentes, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente, com base na norma constitucional um direito subjetivo a prestações SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Dimensões da Dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 302.

existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exeqüibilidade imediatas¹³¹. Em virtude disso, afirma o caráter indiscutivelmente subjetivo dos direitos fundamentais sociais, constituindo direitos obrigatórios a prestações sempre que a partir da garantia constitucional for reconhecido o dever do Estado de criar pressupostos materiais necessários ao exercício do direito e a possibilidade de o cidadão exigir judicialmente estas prestações diretamente do Estado¹³².

Os direitos fundamentais constituem um feixe de posições jurídico-fundamentais, estruturalmente distintas. Dessa forma, sempre que uma norma de direito fundamental assume a feição de direito de defesa, a doutrina tende a reconhecer com maior tranqüilidade sua caracterização como um direito subjetivo, na medida em que poderia o seu titular exigir prontamente do Estado que se abstenha de ingerir na esfera de autonomia privada resguardada pela norma. No presente estudo, não é esta a dimensão negativa que nos preocupa, mas sim a dimensão positiva dos direitos fundamentais, ou seja, se pode o titular de um direito fundamental exigir do Estado a realização de uma determinada prestação material abarcada pelo conteúdo da norma. Isso significa investigar se os direitos prestacionais também podem ser considerados direitos subjetivos.

Quando se trata um direito fundamental como direito subjetivo quer isto significar que o titular do direito poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário.

Durante o período pesquisado, a Constituição Federal de 1988 considerava como obrigatório e gratuito o ensino fundamental (art. 208, I, §1º) bem como estabeleceu como dever do Estado a efetividade do direito à educação mediante a garantia de “atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade”. (art. 208, IV, CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 107.

¹³² Ele cita como exemplo de direitos fundamentais subjetivos: o direito à segurança social (CRP, art. 63), o direito à saúde (CRP, art. 64), o direito à habitação (CRP, art. 65), o direito à educação e à cultura (CRP, art. 73), o direito ao ensino (CRP, art. 74), dentre outros.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu a efetivação do direito à educação utilizando-se dos seguintes referenciais teóricos: “direito fundamental à educação”, “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

3.6.1 A noção de mínimo existencial

O conceito de “mínimo existencial” surgiu na Alemanha, especialmente após a II Guerra Mundial. Como bem observou Andréas J. Krell praticamente todos os autores alemães concordam que o Estado Social deve garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, ou seja, um “mínimo social”.¹³³

Diversos autores trabalham com o tema do mínimo existencial. Gustavo Amaral influenciado por Holmes e Sunstein, desconsidera a distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais por partir da premissa de que todos os direitos custam dinheiro. Por isso, ele combina o grau da essencialidade da prestação pública, que “está ligado ao mínimo existencial”, com o de excepcionalidade da ação estatal, de modo que “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”, cifrando-se a justificativa da denegação apenas na existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todas que demandam prestações essenciais¹³⁴.

Gustavo Amaral também expõe que a distinção entre um mínimo existencial exigível dos direitos fundamentais sociais e o âmbito normativo externo a

¹³³ Segundo o referido doutrinador esse mínimo foi extraído do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo I, I da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, da LF), direitos positivados na Lei Fundamental, sendo que a partir daí a jurisprudência alemã tem defendido a existência da garantia a um “mínimo vital”. Esse conceito teve por objetivo superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. A Corte Constitucional Alemã determinou um aumento expressivo do valor da “ajuda social”, valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um “mínimo vital”. (KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002., p. 60-61). Desse modo, a teoria do “mínimo existencial” tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a existência digna. (p. 62).

¹³⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 216.

este mínimo, não diretamente exigível, encerra uma série de dificuldades: “a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente”, motivo pelo qual “haveria uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o não mínimo”.¹³⁵ Se este mínimo somente pode ser obtido mediante a ponderação, a estrutura binária “exigível X não-exigível” acabaria por se sujeitar a gradações, o que não se pode admitir. Segundo Gustavo Amaral, “o resultado desse confronto (...) parece ser a abertura de um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o achismo”¹³⁶.

Flávio Galdino demonstra que o senso comum está equivocado quando afirma que existem direitos fundamentais que independem de qualquer ação positiva e, portanto, de qualquer custo.¹³⁷

Ingo W. Sarlet defende que o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir importante função demarcatória estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, pois onde faltam as condições materiais mínimas o próprio exercício da liberdade fica comprometido e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias¹³⁸. Esta noção nuclear dos direitos fundamentais sociais é esposada da seguinte forma:

Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito. Assim, todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação dos poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada. Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza

¹³⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213.

¹³⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 213-214.

¹³⁷ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 391.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 374.

eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, §1º, da CF e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.¹³⁹

Ana Paula Barcellos entende que o mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas de existência e corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana. A autora sustenta que uma proposta de concretização do mínimo existencial tendo em conta a realidade brasileira “é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistências aos desamparados e o acesso à justiça”¹⁴⁰. Além disso, reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário¹⁴¹.

Ricardo Lobo Torres em obra específica sobre o assunto, afirma que o direito ao mínimo existencial é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorado nos princípios da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito¹⁴². Isso significa dizer que o Estado não está obrigado a garantir apenas o mínimo existencial, mas que este gera a pretensão às prestações positivas obrigatórias do Estado independentes da vontade da maioria e, por isso, mesmo, suscetíveis de adjudicação até mesmo pela jurisdição constitucional¹⁴³.

Por meio do mínimo existencial se garante a igualdade de chances, possibilitando que os demais direitos sociais, não integrantes do conceito de mínimo existencial, possam ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória.

Ricardo Lobo Torres ressalta que os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela

¹³⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

¹⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 353.

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 258.

¹⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 42.

¹⁴³ O autor na referida obra faz a distinção entre direitos fundamentais e direitos sociais: aqueles são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas, enquanto que os direitos sociais, sujeitos à reserva do possível, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, não justificam a judicialização. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 113.

jusfundamentalidade. Desse modo, a idéia de mínimo existencial coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial.

O “mínimo existencial” também foi utilizado como argumento para a proteção do direito à educação nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁴, conforme julgamentos abaixo mencionados:

TABELA II – ABORDAGEM DA DOCTRINA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”

UNIDADE DE REGISTRO	MÍNIMO EXISTENCIAL
Recursos Extraordinários –RE	410715; 436996
Agravos Regimentais	
Agravos de Instrumento	677274;684829;564035
Suspensão de Tutela Antecipada	241
Decisões Monocráticas	467255;472707
	TOTAL: 8 julgamentos

Constata-se que os acórdãos que identificaram o direito à educação com o mínimo existencial tiveram por objetivo afastar a discricionariedade governamental no tocante à adoção de providências para garantir as matrículas na educação infantil e enfatizaram que embora o Poder Judiciário não possa praticar atos da administração, substituindo os critérios de conveniência e oportunidade do administrador público, não pode se omitir em garantir a eficácia e a integridade da própria Constituição Federal.

Em virtude disso, restou consignado nos referidos julgamentos que não é lícito o Poder Público criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou política administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor das pessoas e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

¹⁴⁴ RE nº 410.715, Relator Ministro Celso de Mello publicado em 03.02.2006; Re nº 436.996, Relator Ministro Celso de Mello, publicado em 03.02.2006 (trechos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 45/DF é transcrita, motivo pelo qual o direito à educação é inserido no conceito de mínimo existencial). De igual forma o AI nº 677.274, publicado em 01.10.2008.

O conceito de mínimo existencial adotado pelo Supremo Tribunal Federal levou em consideração o respeito à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual ele consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade.

Em outros julgamentos, no entanto, a doutrina do mínimo existencial sequer é mencionada, pois o direito à educação foi qualificado como direito fundamental e dever do Poder Público, de acordo com a tabela abaixo:

TABELA III – JULGAMENTOS QUE UTILIZARAM O DIREITO À EDUCAÇÃO

UNIDADE DE REGISTRO	DIREITO À EDUCAÇÃO
Recursos Extraordinários –RE	410715; 436996; 401673; 411518; 431773; 384201; 402024
Agravos Regimentais	463210
Agravos de Instrumento	455802; 475571; 677274; 684829; 564035
Suspensão de Tutela Antecipada	241;190
Decisões Monocráticas	254414; 403609; 401880; 467255; 554075; 472707; 411332; 431380
	TOTAL: 23 julgamentos

Desse modo, a maioria dos julgamentos analisados tratou o direito à educação sem se referir ou sem inseri-lo no conceito de mínimo existencial¹⁴⁵.

Isso demonstra que a teoria do “mínimo existencial” apesar de ser utilizada por diversos doutrinadores (dentre as várias nuances existentes) para justificar a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito à educação, não teve utilidade na prática jurisprudencial, já que a maioria dos julgamentos referente ao direito à educação não teve como fundamento a aplicação da referida teoria.

¹⁴⁵ Essa teoria é encontrada na obra de Ana Paula Barcellos a fim de justificar a ausência de discricionariedade governamental na elaboração de políticas públicas e para legitimar a atuação do Poder Judiciário na implementação desses direitos diante da omissão do Poder Público.

É claro que existe grande dificuldade em se identificar nas normas de direitos fundamentais sociais previstas na Constituição brasileira quais são aquelas que corresponderiam a um mínimo existencial e qual seria esse mínimo. Qualquer catalogação definitiva nesse caso acaba gerando uma minimização dos demais direitos que não pertencessem ao mínimo.

Em virtude disso, infere-se que a utilização da teoria do mínimo existencial desenvolvida por diversos autores na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve por objetivo conferir racionalidade aos julgamentos, a fim de manter os argumentos utilizados no precedente paradigma (APDF-45)¹⁴⁶ bem como para sustentar a exigibilidade judicial do direito à educação.

3.6.2 A cláusula da reserva do possível

Na análise dos julgamentos foi pesquisada de que forma os entes municipais e/ou estaduais abordaram a questão da “reserva do possível”.

Os entes municipais não apresentaram nas peças recursais o impacto econômico-financeiro que decorria do atendimento de ações judiciais nem informaram o volume e a composição dos gastos com a manutenção do sistema de ensino, logo, como não foi disponibilizada qualquer informação sobre os gastos realizados/carência, a questão pertinente à “reserva do possível” foi utilizada como mero argumento pelos entes municipais para justificar o inadimplemento.

A expressão “reserva do possível” foi utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgado em que se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados.

Segundo Robert Alexy, o tribunal no referido julgamento diferenciou um direito abstrato “garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos objetivos de admissão, a ser admitido no curso universitário de sua

¹⁴⁶Além disso, constata-se que a noção de mínimo existencial tem sua valia no momento em que auxilia o juiz a identificar um limite além do qual ele não poderia passar, todavia, isso não significa a impossibilidade de se reconhecer o direito fundamental à educação e o seu caráter de direito subjetivo como restou demonstrado na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

escolha”, direito este submetido à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade e uma “pretensão individual e justificável do cidadão a uma ampliação da capacidade das instituições universitárias”¹⁴⁷. Em virtude disso, o primeiro direito é facilmente reconhecido como um direito *prima facie*, que se torna definitivo somente se outras razões colidentes não exigirem o contrário, isso porque o tribunal considerou que “a todo o cidadão que tenha concluído o ensino médio é conferido em si, ou seja, antes de levar em consideração as restritas possibilidades jurídicas e fáticas, um direito à admissão em um curso superior de sua escolha”¹⁴⁸.

Andreas Krell sustenta que o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais culturais à existência de caixas cheias do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, já que a subordinação aos “condicionamentos econômicos” relativiza a sua universalidade¹⁴⁹. Adiante afirma que a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações não podem ser transpostas de forma absoluta para o Brasil, onde o Estado Social nunca foi implementado.

No caso do direito à educação, há quem sustente, tal como Dirley da Cunha Júnior que nem a reserva do possível, nem a reserva de competência do legislador podem ser invocados como óbices porque a própria Constituição cuidou de assegurar a disponibilidade de recursos suficientes para o Estado cumprir o seu dever

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 439.

¹⁴⁸ No contexto da sociedade alemã, a reserva do possível representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais prestacionais na medida em que não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo seus deveres constitucionais. Na interpretação do caso *numerus clausus*, verifica-se que o Estado fornecia universidades públicas para seus cidadãos e inclusive havia programas de expansão do número de vagas. Todavia, não estava conseguindo conter a demanda de estudantes, especialmente para o curso de Medicina. Diante disso, não se poderia exigir do Estado que fornecesse universidades públicas para absolutamente todos os cidadãos com interesse individual e particular naquele curso superior. Não é razoável exigí-lo. E este limite fático não viola a proporcionalidade, na medida em que o Estado fizera aquilo que efetivamente estava ao seu alcance. (KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 51-52).

¹⁴⁹ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 52-54.

constitucional de garanti-lo ao impor expressamente a aplicação mínima das receitas públicas na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, da CF)¹⁵⁰.

Ricardo Lobo Torres considera que a expressão “reserva do possível” cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão perdeu o sentido originário ao chegar ao Brasil. Segundo o referido autor, a “reserva do possível” não é aplicável ao mínimo existencial que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa¹⁵¹.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior ressalta que os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Como não existe liberdade de expressão sem o direito à educação, este direito quando efetivado proporciona condições para o exercício efetivo da liberdade e da cidadania¹⁵².

Nas decisões,¹⁵³ cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, restou consignado, em apertada síntese, que a educação infantil (o acesso à creche e pré-escola) é um direito fundamental de toda a criança outorgado pelo art. 208, inciso IV da Constituição Federal e que a cláusula da reserva do possível somente pode ser aceita pelo Poder Judiciário quando o Poder Público demonstrar a “ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, mas não pode ser invocada com a finalidade do Estado se exonerar, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Constatou-se que a doutrina da reserva do possível foi utilizada em 7 (sete) julgamentos do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração o universo

¹⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105-106.

¹⁵² SIQUEIRA JÚNIOR. Paulo Hamilton. Cidadania. In: SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado (org.) *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 242.

¹⁵³ É possível fazer referência ao AI n. 677.274 julgado em 11 de julho de 2008, RE n. 472.707 julgado em 14 de março de 2006, RE n. 467.255 julgado em 22 de fevereiro de 2006.

de acórdãos/decisões objeto de análise que totalizaram 29 julgamentos, conforme abaixo evidenciado:

TABELA IV – JULGAMENTOS QUE TRATARAM DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

UNIDADE DE REGISTRO	RESERVA DO POSSÍVEL
Recursos Extraordinários – RE	410715; 436996.
Agravos Regimentais	
Agravos de Instrumento	677274.
Suspensão de Tutela Antecipada	241
Decisões Monocráticas	467255; 472707; 554075.
	TOTAL: 7 julgamentos

Os acórdãos que utilizaram a “reserva do possível”¹⁵⁴ como argumento faziam referência aos fundamentos contidos na ADPF 45. Senão vejamos, conforme trechos abaixo transcritos:

(...) Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). (...) (RE 410715)

¹⁵⁴ Vale ressaltar que a reserva do possível recebe várias denominações na doutrina e na jurisprudência, sendo que alguns a tratam como princípio e outros como cláusula ou postulado. Consideramos inadequado conceber a reserva do possível como princípio tal como sustentado por José Felipe Ledur quando afirmou: “a ampliação e a qualidade dos direitos sociais de caráter prestacional é confrontada também no direito brasileiro, com a denominada cláusula da ‘reserva do possível’. Há decisões do STF que invocam esse princípio. (LEDUR, 2002, p.98). Isso porque a reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Em virtude disso, entendemos que a reserva do possível deve ser tratada como cláusula ou postulado que condiciona e determina a aplicação das normas.

(...) A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas (...). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris). (grifos nossos) (RE 436.996)

Nos julgamentos acima mencionados, o argumento da reserva do possível poderia ter justificado a ausência de vagas em creches e pré-escolas se o Poder

Público tivesse demonstrado a “ocorrência de justo motivo objetivamente aferível”. Em virtude disso, verifica-se que a reserva do possível foi considerada como um dado da realidade capaz de influenciar a aplicação/efetividade do direito à educação.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, fez uma adaptação da expressão “reserva do possível” ao aplicar, em verdade, a cláusula da reserva do financeiramente possível, isto porque prevê a possibilidade do Poder Público justificar o inadimplemento desde que comprove a incapacidade econômico-financeira em alguns julgamentos, apesar de não ter acolhido o referido argumento.

Tendo em vista a importância da investigação empírica no Direito, a análise de conteúdo enquanto técnica de pesquisa na coleta de dados apesar de suas particularidades, foi possível a sua utilização para analisar e interpretar os referenciais teóricos utilizados para fundamentar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que asseguraram a efetividade do direito à educação mediante a garantia de acesso ao sistema de ensino.

O direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. A Constituição Federal à época dos julgamentos contemplava que o ensino fundamental era direito subjetivo público e o STF reconheceu também o direito de acesso a creches e pré-escolas¹⁵⁵, tendo em vista o caráter de fundamentalidade e o fato da Constituição estabelecer como dever do Estado nos termos do inciso IV do artigo 208.

A obrigação estatal não se esgota, no entanto, na garantia do mínimo existencial, mas este gera a pretensão às prestações positivas obrigatórias do Estado, independente da vontade da maioria e por isso mesmo suscetíveis de adjudicação até mesmo pela jurisdição constitucional.

Observou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerou que não era possível conceber os direitos sociais ou a maior parte deles como direitos subjetivos, mas apenas aqueles tocados pelos interesses fundamentais, também denominados direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial, pois deveria ser reconhecida a escassez de recursos e a existência de diferentes formas de

¹⁵⁵ A título exemplificativo o RE 436.996, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, de 22.11.05, DJ 03.02.06.

realização com a primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito.

A reserva do financeiramente possível tal como consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal serviu de argumento para afastar a imposição de adimplemento imediato, ocorre que o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarrava na reserva do possível era do Poder Público, que deveria produzir prova suficiente desta alegação.

Ocorre que nos julgamentos analisados o Poder Público não apresentou dados/provas referentes aos gastos efetuados para garantir a efetividade do direito à educação, assim como o montante previsto na Lei Orçamentária Anual e eventual indisponibilidade financeira¹⁵⁶. Além disso, constatou-se que o referido argumento não foi acatado nos julgamentos ocorridos no período de 2004-2008.

É imperioso ressaltar que Canotilho¹⁵⁷ defende a efetivação dos direitos sociais, econômico e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito¹⁵⁸. Desse modo, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

É claro que a teoria foi trazida ao Brasil por influência da jurisprudência constitucional alemã que defende a idéia de que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da

¹⁵⁶ A distinção entre autorização orçamentária e disponibilidade financeira é importante, pois segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal cujas disposições obrigam a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios conforme o parágrafo segundo do artigo 1º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, não basta a disponibilidade financeira para a geração de despesa, é imprescindível que toda despesa tenha adequação orçamentária e financeira. Além disso, caso seja necessário o aumento da despesa o Poder Público deverá observar os artigos 16 e 17 da citada Lei, *in verbis*:

¹⁵⁷ É importante ressaltar os ensinamentos do Professor Canotilho, pois conforme destaca Giselle Cittadino o constitucionalismo “comunitário” brasileiro é, primordialmente, influenciado pelo pensamento constitucional português e espanhol, especialmente pelas discussões travadas por ocasião dos processos constituintes dos quais resultaram a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978. Estes países atravessaram longos períodos de autoritarismo político e elaboraram Constituições com vistas à implementação e consolidação de regimes democráticos, à semelhança do processo brasileiro e além disso os trabalhos de José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal e Pablo Lucas Verdu e Antônio Enrique Pérez Luño, na Espanha, influenciaram decisivamente o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. (2004, p. 22).

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

disponibilidade dos respectivos recursos. Em virtude disso, esses direitos estariam sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social, mas o contexto aplicado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão foi na recusa da tese de que o Estado seria obrigado a criar quantidade suficientes de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos. Aplicar essa teoria no contexto brasileiro, onde se discute o acesso à educação infantil e ensino fundamental é possível?

Preliminarmente, é imperioso ressaltar que a cláusula da reserva do possível não pode ser aplicada no Brasil tal como foi concebida e aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, pois diferentemente do caso brasileiro, os direitos sociais na Constituição alemã não se encontravam positivados expressamente.

Constatou-se que o argumento da reserva do possível foi abordado em alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre que esses julgamentos acabaram negando por completo a efetividade dos direitos sociais ao mencionarem a possibilidade de o Estado demonstrar judicialmente que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir a Constituição, o que ensejaria a impossibilidade do Judiciário se substituir ao Administrador¹⁵⁹.

Assim, a utilização de conceitos constitucionais transplantados do Direito Comparado ao contexto brasileiro e na prática judiciária brasileira merece críticas porque não podemos aceitar a adoção de soluções estrangeiras que nem sempre são coerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país.

Acrescente-se ainda que na maioria dos julgamentos analisados a questão “da reserva do possível” não foi mencionada. A utilização do referido referencial teórico nos primeiros julgamentos proferidos e por alguns ministros demonstrou a necessidade de fundamentar as decisões mantendo o precedente

¹⁵⁹ Essa ponderação é trazida pelo doutrinador Gustavo Amaral quando recomenda a exigência de que “o estado demonstre, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente a norma constitucional assecuratória de prestações positivas”, “demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador”. (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 110 sss).

existente (ADPF-45), já que este precedente caracterizou uma mudança de entendimento, pois até então o Poder Judiciário considerava indevida a sua interferência em esfera reservada a outro Poder quando a matéria envolvia controle dos gastos públicos, políticas públicas e direitos sociais.

Ocorre, todavia, que, posteriormente, em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio não mencionou a doutrina da reserva do possível para fundamentar o julgamento, mas utilizou a expressão “deficiência de caixa” para se referir à ausência de previsão orçamentária, assim como afastou a possibilidade do referido argumento ser utilizado para afastar o dever estatal de garantir vaga em creches e pré-escolas, a seguir transcrito:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – IMPOSIÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. 2. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município – artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente – artigo 54, inciso IV. 3. Publique-se. Brasília, 15 de setembro de 2004. Relator Ministro MARCO AURÉLIO.

De igual forma, constatou-se que em alguns dos acórdãos da lavra do Ministro Celso de Mello é transcrito o entendimento do Ministro Marco Aurélio esposado na decisão monocrática (RE 431.773/SP), e, ao contrário dos julgamentos anteriormente relatados, o argumento da “deficiência de caixa” é afastado, sem a possibilidade, inclusive, do Poder Público apresentar qualquer justificativa para o inadimplemento do direito fundamental à educação, conforme abaixo demonstrado:

Cumprir destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante

escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (grifei). Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV). Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a conceder o mandado de segurança impetrado pela parte ora recorrente. No que concerne à verba honorária, revela-se aplicável o enunciado constante da Súmula 512/STF. Publique-se. Brasília, 22 de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator¹⁶⁰

Apesar da importância dos dados da realidade, dentre eles a falta de recursos orçamentários e financeiros, constatou-se que a expressão “deficiência de caixa” foi utilizada em substituição à cláusula da reserva do possível, senão vejamos:

TABELA V – UTILIZAÇÃO DA EXPRESSÃO “DEFICIÊNCIA DE CAIXA”

Recursos Extraordinários –RE	401673;411518;431773;384201;
Agravos Regimentais	
Agravos de Instrumento	475571; 684829; 564035
Suspensão de Tutela Antecipada	
Decisões Monocráticas	
	TOTAL: 7 julgamentos

¹⁶⁰ No mesmo sentido o RE nº 410.715, Relator Ministro Celso de Mello publicado em 03.02.2006; RE nº 472.707, Relator Ministro Celso de Mello publicado em 04.04.2006 e RE nº 467.255 Relator Ministro Celso de Mello publicado em 14.03.2006. No entanto, no RE nº 554.075 cuja Relatora foi a Ministra Carmen Lúcia, publicado em 21.08.2009 é mencionada a questão da reserva do possível quando faz referência ao RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 3.2.2006).

Acrescente-se ainda que ao contrário da reserva do possível não restou consignado nos julgamentos a possibilidade do Poder Público se eximir do dever de garantir o acesso à educação.

Desse modo, constatou-se a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do momento em que passou a utilizar a expressão “deficiência de caixa” em substituição à reserva do possível, assim como desconsiderou a alegação do Poder Público de falta de recursos orçamentários para o descumprimento do dever imposto pela Constituição Federal.

O direito à educação é previsto no texto constitucional através de regras e não de princípios que deve ser efetivado. Na pesquisa empírica restou demonstrada a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido ao garantir a efetividade do acesso ao sistema de ensino, seja no caso do ensino fundamental que é tratado como direito subjetivo público, seja no tocante à educação infantil diante do caráter de fundamentalidade.

Decisões monocráticas foram proferidas em sede de recurso extraordinário com fundamento no disposto no art. 557¹⁶¹, §1º-A do Código de Processo Civil que estabelece a possibilidade do “Relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. As decisões monocráticas, de igual forma, sustentaram a ausência de discricionariedade governamental e confirmaram a responsabilidade das municipalidades na garantia de acesso ao ensino, *in verbis*:

4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o art. 208, inc. IV, da Constituição da República assegura à criança de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola, e a não-observância desse

¹⁶¹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

preceito constitucional pelo ente público importa na ação do Poder Judiciário para a proteção desse direito.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

“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” (RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 3.2.2006). “EMENTA: 'CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Cumprido ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional n. 53/2006” (RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 3.8.2007).

E ainda:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido” (RE 463.210-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 3.2.2006).

5. Dessa orientação jurisprudencial divergiu o acórdão recorrido.

6. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Considerando a Súmula 512 deste Supremo Tribunal Federal, deixo de condenar ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Autuem-se novamente estes autos para que a menor figure como Interessada, fazendo-se constar apenas suas iniciais para o resguardo de sua identidade. (RE n. 554075, Relatora Ministra Carmem Lúcia).

Outros julgamentos foram fundamentados com base no art. 557 “caput” do Código de Processo Civil, em virtude do entendimento esposado no acórdão recorrido encontrar-se em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os agravos de instrumento interpostos objetivando a remessa dos recursos extraordinários, porque estes recursos foram inadmitidos no tribunal *a quo*, também não prosperaram. Nesse sentido:

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À CRECHE. CRIANÇAS MAIOR E MENOR 'DE SEIS ANOS DE IDADE. AGRAVO AO QUAL SE CONHECE EM PARTE E, NESSA PARTE, NEGA SEGUIMENTO A ELE. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo: “APELAÇÃO CÍVEL – Sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer, determinando o fornecimento de vagas em creche municipal para crianças menores de seis anos – recurso voluntário visando a reforma integral da sentença, sob o fundamento de ingerência no Poder Executivo. Direito constitucionalmente garantido – norma recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 54) – decisão que não implica em violação à discricionariedade do Poder Executivo – determinação judicial de fazer cumprir dever consagrado do Estado não encerra ingerência do judiciário na esfera administrativa. Recursos desprovidos” (Apelação Cível e recurso ex officio n. 128.258.0/0-00, fl. 197). 3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a ausência de prequestionamento (fls. 245-248). 4. O Agravante alega que teriam sido contrariados os arts. 2º, 165 a 169, 206, incs. I, VI, VII, da Constituição da República. Argumenta que ocorreu “o prequestionamento explícito da questão ensejadora do recurso extraordinário” (fl. 7). Requer o provimento do presente agravo de instrumento. Analisada a matéria posta à apreciação, DECIDO (...) O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que “... consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.” (RE 431.773, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 22.10.2004). 10. O art. 211, § 2º, da Constituição da República estabelece que os Municípios “... atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil...”, não podendo o Agravante – Município de Santo André - dele se omitir, porque assegurada a educação como dever do Estado, a ser efetivado mediante a garantia de “... ensino fundamental obrigatório e gratuito” (art. 208, inc. I, da Constituição da República). Nesse sentido: RE 254.414/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 30.9.2005; AI 545.094/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 27.9.2005; RE 403.609/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 11.2.2005; AI 478.367/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 10.8.2004. E, de minha relatoria: AI 564.035, decisão monocrática, DJ 15.5.2007; AI 564.497, decisão monocrática, DJ 9.5.2007 e AI 616.972, decisão monocrática, DJ 18.5.2007. 11. De se enfatizar que a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos. O acórdão recorrido e agora objeto de cuidado indireto pelo agravo interposto, não dissentiu da pacífica jurisprudência deste Supremo Tribunal na matéria tratada, donde a correta aplicação da legislação processual pelo E. Tribunal a quo ao lhe negar seguimento. 12. Pelo exposto, conheço em parte, do agravo e, nessa parte, nego seguimento a ele (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º do Regimento Interno

do Supremo Tribunal Federal). Reautuem-se os autos para que os menores figurem como Interessados, fazendo-se constar apenas suas iniciais para o resguardo de suas identidades. Publique-se. Brasília, 30 de setembro de 2008. (grifos nossos) Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora (AI nº 684829).

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À CRECHE. CRIANÇAS MAIOR E MENOR DE SEIS ANOS DE IDADE. AGRAVO AO QUAL SE CONHECE EM PARTE E, NESSA PARTE, NEGA SEGUIMENTO A ELE. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo: “APELAÇÃO CÍVEL – Sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer, determinando o fornecimento de vagas em creche municipal para crianças menores de seis anos – recurso voluntário visando a reforma integral da sentença, sob o fundamento de ingerência no Poder Executivo. Direito constitucionalmente garantido – norma recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 54) – decisão que não implica em violação à discricionariedade do Poder Executivo – determinação judicial de fazer cumprir dever consagrado do Estado não encerra ingerência do judiciário na esfera administrativa. Recursos desprovidos” (Apelação Cível e recurso ex officio n. 128.258.0/0-00, fl. 197. (...) O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que “... consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.” (RE 431.773, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 22.10.2004). 10. O art. 211, § 2º, da Constituição da República estabelece que os Municípios “... atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil...”, não podendo o Agravante – Município de Santo André - dele se omitir, porque assegurada a educação como dever do Estado, a ser efetivado mediante a garantia de “... ensino fundamental obrigatório e gratuito” (art. 208, inc. I, da Constituição da República). Nesse sentido: RE 254.414/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 30.9.2005; AI 545.094/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 27.9.2005; RE 403.609/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 11.2.2005; AI 478.367/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 10.8.2004. E, de minha relatoria: AI 564.035, decisão monocrática, DJ 15.5.2007; AI 564.497, decisão monocrática, DJ 9.5.2007 e AI 616.972, decisão monocrática, DJ 18.5.2007. 11. De se enfatizar que a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos. O acórdão recorrido e agora objeto de cuidado indireto pelo agravo interposto, não dissentiu da pacífica jurisprudência deste Supremo Tribunal na matéria tratada, donde a correta aplicação da legislação processual pelo E. Tribunal a quo ao lhe negar seguimento. 12. Pelo exposto, conheço em parte, do agravo e, nessa parte, nego seguimento a ele (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Reautuem-se os autos para que os menores figurem como Interessados, fazendo-se constar apenas suas iniciais para o resguardo de suas identidades. Publique-se. Brasília, 30 de setembro de 2008. Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora (grifos nossos). (AI nº 564035).

Em sede de suspensão de tutela antecipada, no qual o provimento é baseado em argumentos de lesão às finanças e à ordem públicas, os 2 (dois) pedidos de suspensão: STA 241 (formulado pelo Estado do Rio de Janeiro) e STA 190 (formulado pelo município de Pontal localizado no Estado de São Paulo) que trataram do direito à educação relevaram que houve a mera alegação de lesão à economia estadual e municipal, respectivamente, por ausência de previsão orçamentária,

exigüidade de prazo para efetivação das medidas, ofensa ao princípio da reserva do possível e vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal.

O Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido em ambos os casos apenas para suspender a fixação de multa prevista na decisão proferida pelo juízo *a quo*, sob o fundamento de que a fixação de multa diária em valor demasiadamente elevado, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), “constitui ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade”.

Apesar do número elevado de decisões/acórdãos em sede de controle difuso, foram prolatados apenas 3 (três) acórdãos em sede de controle abstrato que continham como unidade de registro o direito à educação básica, ocorre que enquanto as Ações Direta de Inconstitucionalidade ADI 682/PR e ADI 3098/SP se referem à competência legislativa dos Estados no tocante ao direito à educação, a ADI 820/RS, julgada em 15.03.2007, declarou que a Lei Estadual nº 9.723 do Estado do Rio Grande do Sul de iniciativa da Assembléia Legislativa que determinava a aplicação mínima de 35% (trinta e cinco por cento) da receita resultante de impostos e destinação de 10% (dez por cento) desses recursos à manutenção e conservação das escolas públicas estaduais era inconstitucional por vício formal de iniciativa tendo em vista que de acordo com o artigo 165, III da CF o texto normativo de que se cuida não poderia dispor sobre matéria orçamentária que é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Um ponto bastante importante que deve ser destacado na pesquisa é o número expressivo de julgamentos sem análise de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, conforme tabela abaixo:

TABELA VI – JULGAMENTOS SEM ANÁLISE DE MÉRITO

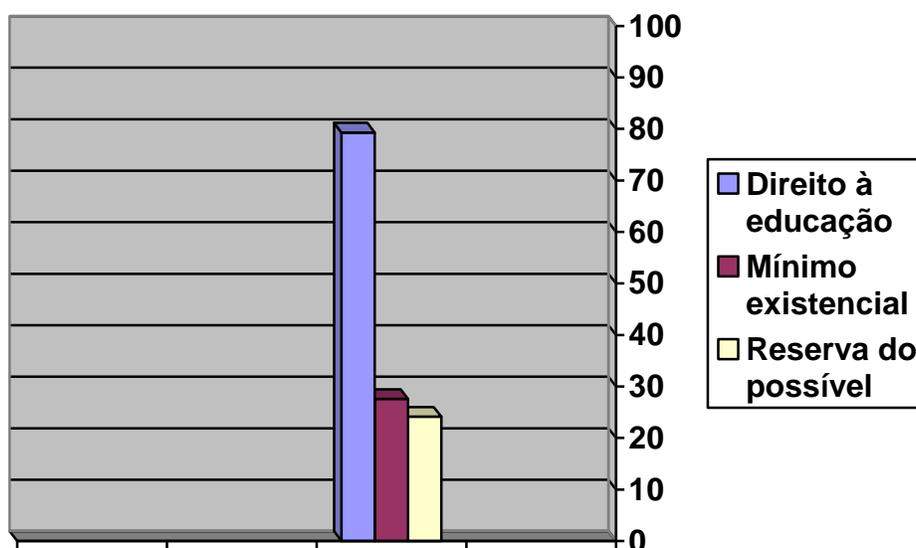
Recursos Extraordinários –RE	410646; 402024; 384201; 431773; 401673; 411518
Agravos Regimentais	401023; 431916; 465066;
Agravos de Instrumento	455802; 475571;

Suspensão de Tutela Antecipada	
Decisões Monocráticas	254414; 411332; 403609; 478367; 431380; 401880;
	TOTAL: 17 julgamentos

Em virtude de questões de natureza processual¹⁶², como falta de prequestionamento (Súmula 282 e Súmula 283)¹⁶³ não houve a análise dos recursos quanto ao mérito pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, tendo em vista as unidades de registro anteriormente mencionadas é possível constatar a predominância do tratamento conferido ao direito à educação como direito fundamental, conforme gráfico abaixo:

GRÁFICO I – ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DAS UNIDADES DE REGISTRO



¹⁶² Todavia, não se pode inferir uma postura defensiva do Supremo Tribunal Federal, pois mesmo sem a análise de mérito, os julgamentos mantiveram a decisão do Tribunal a quo que asseguraram o direito à educação.

¹⁶³ Súmula 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Súmula 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

A maior incidência do conceito do direito à educação em virtude do seu caráter de fundamentalidade pela Primeira Turma e pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal demonstra que a jurisprudência evoluiu na garantia do acesso ao sistema de ensino, em substituição à noção de mínimo existencial sobejamente discutido na doutrina para justificar a exigibilidade judicial do referido direito.

A jurisdição constitucional visa implementar uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que o paradigma do Estado Democrático de Direito foi o marco principal para a validação deste estudo, pois este instituto, como marco responsável pela transição entre uma sociedade oprimida para uma sociedade participativa, fez com que os poderes tivessem que envidar esforços para dar eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme nos ensina Peter Habele, no Estado Constitucional-Democrático, a questão da legitimação coloca-se sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia). Além disso, é imperioso ressaltar que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), nem apenas por meio do último intérprete formalmente “competente”, já que numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, nesse sentido, são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes¹⁶⁴, cujo enfoque será retomado no próximo capítulo.

¹⁶⁴HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 36-37.

A democracia, por seu turno, implica, além da atribuição de poder decisório às maiorias, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais.¹⁶⁵

De acordo com escólio de Cláudio Pereira de Souza Neto, a teoria da constituição da democracia deliberativa entende que atuação da jurisdição constitucional diante das omissões legislativas deve se restringir ao controle daquelas abstenções que impliquem uma não implantação das condições para a cooperação na deliberação democrática.

São considerados materialmente fundamentais os direitos que configurarem condições para a cooperação na deliberação democrática. Com isso, são estabelecidos padrões cooperativos a fim de se definir de que forma as normas jusfundamentais figuram como limites ao poder de reforma e como são passíveis de uma aplicação direta e imediata pelo Judiciário¹⁶⁶.

Além disso, quando as condições para a cooperação na deliberação democrática não estão presentes, o Poder Judiciário exerce um papel de grande importância, ao concorrer para a concretização daquelas precondições, mesmo contra decisões majoritárias.

Constatou-se na pesquisa empírica que o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos proferidos se utilizou das expressões “reserva do possível”, “mínimo existencial” e “direito à educação” considerado como direito fundamental social.

Acrescente-se ainda que a utilização das expressões acima-mencionadas teve como origem a doutrina que buscou referência no direito estrangeiro para defender argumentos em prol da exigibilidade judicial do direito à educação.

De igual forma, restou demonstrado que apesar da noção de escassez de recursos ter sido inicialmente tratada pelo Supremo Tribunal Federal como um dogma

¹⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 301-302.

¹⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 301.

insuperável dependente da comprovação pelo Poder Público, ainda que afastada de sua concepção original: aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado para a satisfação do direito, a própria jurisprudência evoluiu no sentido de afastar tal argumento como justificativa para que o direito à educação não pudesse ser exigido judicialmente.

De mais a mais, a própria doutrina do “mínimo existencial” inicialmente abordada nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal foi substituída pelo caráter fundamental do direito à educação apesar de previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal de 1988 que trata dos direitos sociais.

É evidente que a doutrina do “mínimo existencial” foi desenvolvida pelos doutrinadores em virtude da preocupação com a efetividade das normas de direitos fundamentais sociais, pois a partir de sua equivalência a um mínimo de dignidade que deve ser reconhecido a todo ser humano, elas poderiam ser exigidas judicialmente de seus destinatários, motivo pelo qual o Poder Público estaria obrigado a realizar seu conteúdo através de prestações materiais.

Em alguns julgamentos o argumento utilizado foi o caráter de fundamentalidade que se acha impregnado o direito à educação, o que autoriza a adoção pelo Judiciário de provimentos jurisdicionais que viabilizam a concreção dessa prerrogativa constitucional¹⁶⁷.

Além disso, é mister destacar a importância dessa atuação do Poder Judiciário para garantir as condições para o exercício da democracia deliberativa. Vale ressaltar que um dos princípios básicos da democracia é a igualdade de todos, entendida como igualdade de oportunidades, condição fundamental para a justiça social. Neste sentido, a educação é via imprescindível para assegurar a igualdade de oportunidades, ao permitir o pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e o seu preparo para o exercício da cidadania.

¹⁶⁷ As decisões referentes ao direito à educação são provenientes de ambas as Turmas do STF, o que indica espelharem entendimento majoritário da Corte, em que pese alguns dos julgados terem destacado a existência de fundamento autônomo de porte infraconstitucional utilizado pela decisão recorrida que ou não foi atacado pelo recurso extraordinário ou o foi mediante recurso especial não conhecido ou desprovido, o que inviabilizaria o conhecimento do apelo extremo. (Neste sentido: Ag RE n. 463.210/SP). O fundamento infraconstitucional consiste na disposição do artigo 54, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente segundo o qual “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

Segundo assertoa Mônica Sifuentes, o direito à educação é “condição para a realização dos ideais da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida, com a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, livre de quaisquer formas de discriminação”.¹⁶⁸

Em virtude disso, há a necessidade de se dar à educação prioridade máxima se quisermos o aprimoramento das instituições e o aperfeiçoamento do regime democrático, porque somente em uma sociedade em que haja, efetivamente, o desenvolvimento de uma esfera pública, onde os cidadãos possam discutir e decidir os destinos da nação será possível a realização da democracia.

Vale ressaltar que nas pesquisas empíricas é essencial a delimitação da pesquisa e o controle de variáveis com base no marco teórico previamente definido. Assim, como a investigação foi realizada considerando um curto período de tempo (2004-2008), ela reflete apenas um recorte específico da realidade, sem o objetivo de generalizações quanto aos resultados, já que o objetivo foi obter uma amostra significativa e não representativa.

No entanto, a pesquisa demonstrou a necessidade da atuação da jurisdição constitucional para resguardar e promover as condições da democracia deliberativa, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais que essa pressupõe, como é o caso do direito à educação.

¹⁶⁸SIFUENTES, Mônica. *O Acesso ao Ensino Fundamental no Brasil: um Direito ao Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2009, p. 18.

4. A legitimidade democrática no controle judicial do direito à educação

Neste capítulo será analisada a legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira no controle judicial do direito à educação.

Analisando-se a função dos juízes, no que diz respeito ao chamado “controle judicial de constitucionalidade” como principal meio de exercício dessa específica forma de Jurisdição, defrontar-se-á com a tormentosa questão de suposta ilegitimidade desses juízes para que desempenhem tal função.

Alguns autores pesquisados analisam a temática levando em conta somente eventual intromissão do judiciário na seara afeita ao poder legislativo. Por isso, os estudos se debruçam sobre a suposta “dificuldade contra-majoritária”, por invalidação da vontade popular externada pelos representantes do povo.¹⁶⁹

Restará demonstrado que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional não se dirige a sua origem, mas a sua conformação atual e atuação, na medida em que já se encontra consolidada a necessidade da jurisdição constitucional em sistemas democráticos. A discussão, dessa forma, no que concerne à legitimidade democrática da jurisdição constitucional é quanto ao protagonismo judicial, especificamente em sua relação com os demais poderes da República, quando se pretende suprir a omissão do Poder Público na efetivação especialmente do direito à educação.

4.1 O Estado Constitucional de Direito

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental a partir do final da II Guerra Mundial. Antes vigorava um modelo de Constituição, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador.

¹⁶⁹ A título de exemplificação é possível citar BRITO, J. Sousa [et al.]. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995. Todavia, esse não será o enfoque do presente trabalho, pois não se busca a discussão acerca da origem do controle de constitucionalidade.

Não existia até então, o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, prevalecia a centralidade da lei e a supremacia do parlamento¹⁷⁰.

Em verdade, o texto constitucional, durante muito, tempo, tinha como principal objetivo evitar o uso arbitrário do poder pelo Estado, protegendo as chamadas liberdades “negativas”.

Essa interpretação “liberal” da Constituição apregoava a separação entre Direito e Política, retirando o político da teoria e da prática constitucional.¹⁷¹

Com o Estado constitucional de direito, a Constituição é tratada como norma jurídica, passando a disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, estabelecendo determinados limites para o seu conteúdo e impondo deveres de atuação ao Estado. Assim, passa a vigorar a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial podem ser consideradas “políticas”, em virtude do pluralismo das sociedades contemporâneas, bem como da necessidade de se defender o reconhecimento e a igualdade, razão pela qual o político é reabilitado nos estudos da teoria constitucional.

A idéia de justiça constitucional ensejou a criação de Tribunais Constitucionais em países em processo de consolidação democrática após períodos de autoritarismo, principalmente na Europa.¹⁷²

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf Acesso em 22 de novembro de 2010, p. 5-6.

¹⁷¹ XIMENES, Júlia Maurmann. A Justiça Constitucional – Algumas Ponderações Jurídicas e Políticas. *Direito Público*, ano V, nº 23, set-out-2008, p. 45. Segundo a autora, a Constituição passa a ser vista como uma ordem integradora que expressa valores e princípios, o que ressalta o seu caráter dinâmico e dessa forma “politiza” o texto constitucional.

¹⁷² A jurisdição constitucional no modelo europeu foi inspirada nas idéias de Kelsen. O referido autor idealizou um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, no qual o Tribunal Constitucional pudesse, como última palavra, decidir sobre o que seria ou não afrontoso à Constituição Federal. Além disso, a decisão a ser proferida em sede de fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos seria de cunho constitutivo-negativo, ou seja: declarar-se-ia a anulabilidade dos atos que, ao final, seriam tidos por inconstitucionais. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.)

Segundo os ensinamentos de Vital Moreira na medida em que cresce constantemente o número de países que se dotam de um tribunal constitucional ou que reconhecem aos tribunais comuns o poder de fiscalização da constitucionalidade, a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos¹⁷³.

A expansão do Poder Judiciário é a marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. Segundo Gisele Cittadino, esse protagonismo pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common-law* esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação judicial do direito¹⁷⁴.

A ampliação da ação judicial pode ser analisada à luz das mais diversas perspectivas, consoante os ensinamentos de Gisele Cittadino, abaixo transcrito:

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”: as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem um relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular¹⁷⁵.

Nos países de sistema continental, os textos constitucionais incorporaram princípios e no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, a incorporação de direitos e princípios fundamentais viabilizou a ampliação do controle normativo pelo Poder Judiciário.

4.2 Procedimentalismo X Substancialismo

¹⁷³ MOREIRA, Vital. BRITO, J. Sousa [et al.]. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 178.

¹⁷⁴ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, v. 5, n. 9, jul./dez.2004, p. 105.

¹⁷⁵ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, v. 5, n. 9, jul./dez.2004, p. 106.

A discussão doutrinária acerca da legitimidade do Poder Judiciário e sobretudo das Cortes Constitucionais para controlarem a constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes constituídos¹⁷⁶, Executivo e Legislativo, passa por duas correntes dissonantes: o procedimentalismo e o substancialismo.

A corrente procedimentalista tem na obra de Jürgen Habermas um de seus principais expoentes. O entendimento esposado pelo filósofo alemão procurou superar os paradigmas liberal e social do Estado de Direito a partir da distinção entre política e direito, segundo a teoria do discurso.

O referido doutrinador teceu críticas à politização do Judiciário e embora tivesse reconhecido o conteúdo moral do Direito, ressaltou o caráter exclusivamente deontológico das normas jurídicas (e não axiológico).

Ele defendia um juiz integrado em uma comunidade de homens livres capaz de dizer o direito a partir do agir comunicativo, observando as pretensões de justiça diuturnamente vividas pela comunidade. Afinal, o juiz que diz o direito também é um dos destinatários da norma jurídica¹⁷⁷.

A partir da diferenciação entre o discurso de aplicação e o discurso de justificação do Direito, Habermas critica a prática jurisdicional de uma interpretação construtiva das normas jurídicas, na medida em que ela contraria o princípio democrático¹⁷⁸. Assim, não caberia ao tribunal constitucional decidir sobre a validade das leis, nem determinar o comportamento do Executivo obrigando-lhe a adotar certas

¹⁷⁶ O escopo do presente trabalho não é discutir a legitimidade da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, é possível citar a obra coletiva *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 1995. A discussão é em torno da legitimidade para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais que podem ser considerados como condições para a cooperação na deliberação democrática, como é o caso do direito à educação.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 278 e ss.

¹⁷⁸ Segundo HABERMAS, “o fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores a serem extraídos da constituição são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue sua políticas. O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita” (1997, p. 324-325).

condutas, pois isso significaria uma deturpação do princípio da separação dos poderes e uma invasão do mundo da vida pelo Direito.¹⁷⁹

Em virtude disso, o referido doutrinador entende que compete ao Tribunal Constitucional proceder a uma interpretação procedimental da Constituição, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do Direito, deixando que os próprios cidadãos compreendam quais são os seus problemas e como devem enfrentá-los.

Assim, o Judiciário somente poderia atender às expectativas das minorias (aquelas eventualmente desconsideradas ou vencidas no jogo democrático) garantindo o reconhecimento e a valorização de seus interesses, de modo a possibilitar que todos tenham voz no jogo democrático.

Carlos Santiago Nino também é adepto do procedimentalismo, salientando que o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais deve salvaguardar a pré-existência das condições necessárias ao exercício da democracia¹⁸⁰.

No entanto, o autor reconhece que os direitos das minorias poderiam ser sufocados pelo exercício democrático das majorias e neste contexto é que o controle da constitucionalidade pelos juízes pode assumir alguma relevância¹⁸¹. Observa-se que para Nino, um sistema jurídico desprovido de controle jurisdicional da

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 300-301.

¹⁸⁰ Tradução livre. "Surge, por supuesto, la cuestión de saber quién debe asegurar que las reglas del proceso democrático sean adecuadamente cumplidas. Esa responsabilidad no puede delegarse al proceso democrático mismo, dado que la función de monitoreo sería simplemente influenciada por el incumplimiento de las reglas y condiciones en las que se basea el valor epistémico. Por ello, juristas tales como John Hart Ely, que se toman muy seriamente la dificultad contramayoritaria, conciben al poder judicial una especie de árbitro del proceso democrático. La misión central de este árbitro es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas". (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 273-274).

¹⁸¹ Tradução livre. "A menudo se dice que el proceso democrático no puede ser el último recurso en la protección de los derechos individuales, dado que la principal función de los derechos es contener las decisiones mayoritarias y proteger los intereses de los individuos aislados y de las minorías. La idea de una democracia liberal implica una democracia limitada e insiste em que ciertos derechos no sean violados, incluso por decisiones mayoritarias. Estos derechos pueden ser protegidos por mecanismos tales como el control judicial de constitucionalidad que se encuentra fuera del proceso político. (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 269-270).

constitucionalidade não nega, necessariamente, a supremacia da constituição, pois este controle poderia ser feito por outros meios que não um tribunal.

É importante ressaltar que essa concepção de Nino ainda que defensável não se aplica à realidade social brasileira em que não há sequer o conhecimento das normas constitucionais pela população, o que certamente dificulta o exercício deste controle de forma direta, pois seria necessário primeiramente criar uma consciência constitucional na população, educá-la no sentido de torná-la capaz de realizar análises críticas, para então lhe atribuir esse tipo de competência.

Depreende-se de todas as questões acima analisadas que a visão procedimentalista restringe em elevado grau a atuação da Jurisdição Constitucional colocando-a como um árbitro da legitimidade do jogo democrático.

A corrente substancialista, por sua vez, segundo um dos seus principais defensores¹⁸², reconhece no Judiciário um meio de incorporação no sistema político das teses divergentes, de modo que os marginalizados – sem acesso ao processo democrático possam manifestar suas pretensões.

Segundo Capelletti, a criação do Direito pelos juízes mostra-se inevitável, na medida em que toda interpretação tem uma dose intrínseca de criatividade, a qual, entretanto, não se equipara à arbitrariedade, na medida em que sempre vem acompanhada de limites processuais e substanciais. Além disso, ele reconhece que a atividade criativa do juiz não difere, no aspecto substancial, da atividade legislativa¹⁸³.

Os limites substanciais impostos ao Poder Judiciário, segundo Mauro Capelletti, são variáveis em cada tempo e lugar, pois dependem dos valores que informam o ordenamento jurídico de uma dada comunidade. Eles se relacionam a precedentes judiciais, opiniões de juristas, decisões de assembleias, leis, etc.

184

¹⁸² No presente estudo será abordado os ensinamentos de Mauro Capelletti onde em sua obra intitulada “Juizes Legisladores”, o autor investiga a atuação criativa desenvolvida pelos juizes quando da aplicação do Direito, bem como o aumento da importância desta atividade nas últimas décadas do século XX.

¹⁸³ CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 19-27.

¹⁸⁴ CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 24.

Em virtude disso, surgem limites procedimentais¹⁸⁵ dentre os quais: a regra “nemo iudex in causa própria” (o juiz deve sempre agir de forma imparcial, não podendo decidir sobre relações sociais das quais ele mesmo participe); a regra “audiatur et altera pars” (o juiz, livre da pressão das partes, deve garantir o contraditório do processo, ouvindo a ambas as versões e dando igual oportunidade de defesa) e a regra do “ubi non est actio, ibi non est iurisdictio” (o juiz deve permanecer inerte, não podendo iniciar um processo para sobre ele decidir, pois sem a provocação das partes, o juiz não poderá exercer o controle jurisdicional)¹⁸⁶.

O desenvolvimento do novo direito constitucional ou neo-constitucionalismo no Brasil após a Constituição de 1988 teve como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional que envolve a interpretação e aplicação da Constituição¹⁸⁷.

Tais fatores foram as causas que propiciaram a constitucionalização e judicialização das relações sociais, sendo necessário enfatizar que no caso brasileiro a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, já que todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional. Além disso, existem outros motivos conforme destaca Luís Roberto Barroso nos seguintes termos, *in verbis*:

(...) Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira, em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos e pela circunstância de

¹⁸⁵ Essas barreiras procedimentais garantem a diferença entre a atividade criativa jurisdicional e legislativa, afinal, o legislador pode legislar em causa própria, na medida em que defende os interesses de determinados grupos sociais (não precisa ser imparcial nem ouvir as minorias, pois o jogo democrático se baliza pela regra da maioria e não precisa aguardar a provocação dos grupos que ele representa). Assim, a vantagem dos limites procedimentais está precisamente em não tolher a atividade criativa real e potencial do judiciário, mas implicar uma maior estabilidade e menor sujeição a transformações radicais. Portanto, em princípio, não se pode equiparar a criação jurisdicional com a atividade legiferante. (CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 80).

¹⁸⁶ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 74-76.

¹⁸⁷ Vale ressaltar a crítica contundente feita por Eros Roberto Grau (1985, p. 40-43) à classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva porque entende que afirmar que determinadas normas constitucionais têm sua eficácia dependente da edição de normas pelo legislador ordinário equivaleria a uma “revogação de fato”, sempre que o legislador se omitisse no seu dever de concretizar a norma constitucional.

haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliando a legitimação ativa para tutela de interesses mediante representação ou substituição processual¹⁸⁸.

A via judicial tem sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Segundo o escólio de Paulo Bonavides houve uma mudança na concepção dos direitos sociais, já que enquanto as constituições anteriores não previam instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdades, as constituições modernas, dentre elas a brasileira, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e, desse modo, segundo o autor, os direitos sociais acabaram se tornando exigíveis judicialmente tanto quanto os direitos fundamentais da primeira geração¹⁸⁹.

Questões de larga repercussão política ou social, em virtude disso, passaram a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo (seja pelo Presidente da República, seus ministérios ou a administração pública em geral). Esse processo passou a ser denominado de “judicialização” que envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais.

4.3 A judicialização da política

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 140.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 518-519.

A discussão acerca do grau de interferência judicial no mundo político vem ganhando relevância no mundo acadêmico. Esse fenômeno é denominado pela doutrina de “judicialização da política”.

Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso as causas da judicialização são: a redemocratização do país que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, a constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária e o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil que é um dos mais abrangentes do mundo¹⁹⁰.

Os Tribunais Constitucionais, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, passaram a representar o mecanismo que a sociedade civil encontrou para garantir que os valores e os princípios apregoados no texto constitucional fossem protegidos¹⁹¹. Esse apelo acarretou controvérsias de cunho teórico e inúmeras pesquisas sobre o desempenho dos Tribunais e sua relação com o processo de democratização dos países em que foram instaurados. O motivo é a tensão entre Direito e Política que estes Tribunais descortinam, sendo que é a partir dessa tensão que os estudos sinalizam a ocorrência ou não de um fenômeno conhecido por “judicialização da política”.

No âmbito da Justiça Constitucional passou a ser discutido o seu papel “político”, ao se deparar com a natureza diversa dos atores e com motivação bastante variada para a proposição das Adins, cujo caráter cobre desde a defesa do mais restrito e particular interesse às ações de vocação universalista.¹⁹²

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 22 de novembro de 2010. p. 3-4.

¹⁹¹ XIMENES, Júlia Maurmann. A Justiça Constitucional – Algumas Ponderações Jurídicas e Políticas. *Direito Público*, ano V, nº 23, set-out-2008, p. 46.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 22 de novembro de 2010. Segundo Barroso, A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947, Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of „judicial activism“*, *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a

A judicialização da política no Brasil é resultante do modelo abstrato de constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de intérpretes.¹⁹³

No Brasil, o legislador constituinte estabeleceu que o controle abstrato da constitucionalidade das leis seria exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio das entidades consideradas legítimas para a propositura da ação¹⁹⁴.

As ações diretas de inconstitucionalidade (Adins) foram reconhecidas como instrumento de significativa importância para o processo de judicialização da política, uma vez que a iniciativa dos intérpretes da Constituição, constante no recurso às Adins, induziu uma atitude mais favorável por parte do Supremo Tribunal Federal no que se refere à assunção de novos papéis¹⁹⁵.

Na pesquisa efetuada por Luiz Werneck Vianna foi ressaltada a percepção de que o STF era muito cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais poderes. No entanto, a referida investigação também indicou a tendência, dada a pressão das ações interpostas por intérpretes da sociedade civil, a uma maior adesão

utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”.

O fenômeno do “ativismo judicial” não será objeto de abordagem específica no presente trabalho, pois o tema é trazido apenas para distinguir do conceito “criação judicial do direito” que adotamos para definir a atuação do Poder Judiciário, conforme restará demonstrado. Além disso, o pressuposto não é ativismo mas a judicialização que é inerente ao exercício da jurisdição constitucional.

¹⁹³ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.

¹⁹⁴ De acordo com o art. 103 da Constituição Federal podem propor a ação de inconstitucionalidade: O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁹⁵ Castro estudou as Adins dos partidos políticos entre outubro de 1988 e fevereiro de 1993, comparando-as com as de iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e das confederações sindicais. O foco do seu trabalho foi restrito às ações dos partidos que tinham o “propósito de modificar políticas econômicas adotadas pelo governo federal sob a Constituição de 1988”. CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Economia no Judiciário: As ações diretas de inconstitucionalidade dos Partidos Políticos*. *Caderno de Ciência Política da UnB*, nº 7, Brasília, 1993, p. 3. Teixeira, por sua vez, restringiu sua pesquisa às Adins propostas pelos partidos políticos, confederações sindicais ou entidades de classe nacionais e OAB no período compreendido entre 1990 e 1996. (TEIXEIRA, Ariosto. *A Judicialização da Política no Brasil: 1990-1996*. Dissertação de Mestrado, Brasília, UNB, 1997, mimeo)

daquela Corte ao novo papel de guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana que lhe foi destinado pelo legislador constituinte¹⁹⁶.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal passou a apreciar demandas envolvendo questões que não se restringem às partes em conflito e nas quais o ente legitimado busca a intervenção judicial para a aplicação de direitos sociais, envolvendo conflitos coletivos.

Se antes a abordagem do texto constitucional traduzia a visão liberal do Estado: a Constituição-garantia é minimalista e seu objetivo é limitar a atuação do Estado na esfera privada, proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder estatal (em virtude das liberdades negativas). Em um segundo momento, diante da influência do *Welfare State*, o texto constitucional passou a se preocupar com as liberdades positivas, razão pela qual a atuação do Estado deveria ser a de diminuir a desigualdade e alcançar a igualdade prevista nos textos legais.

O governo, a partir desse momento, deveria ter um cunho intervencionista capaz de garantir a liberdade positiva, por meio da promoção dos direitos sociais especialmente voltados aos menos favorecidos.

A análise do fenômeno da judicialização da política também deve levar em consideração a seguinte problemática: a distinção entre o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso.

No controle de constitucionalidade concentrado, o controle judicial não se restringe às partes do processo e sim a toda a sociedade e não é apenas retrospectivo, versando sobre eventos passados, mas interfere na atuação do Poder Público na efetivação/implementação dos direitos previstos no texto constitucional, motivo pelo qual o fenômeno da judicialização da política deveria ser abordado à luz do controle concentrado, e não do difuso, cujo processo é controlado pelas partes, a quem caberia

¹⁹⁶ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48. Na pesquisa, o referido autor informou que foram compulsadas todas as 1935 Adins ajuizadas até o final do ano de 1998, atentando-se, em cada uma delas, para o ano de distribuição, os requerentes, os requeridos, os dispositivos legais questionados, a fundamentação constitucional, o julgamento quanto a pedidos de liminar e ao mérito da ação. Além da consolidação dessas informações, originalmente disponíveis no banco de dados do STF, o autor procedeu uma classificação das Adins, segundo a área de direitos afetada pelas leis supostamente inconstitucionais. A pesquisa também foi antecedida pelos trabalhos de Marcus Faro de Castro, *Política e Economia no Judiciário* e de Ariosto Teixeira, *A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)*.

a responsabilidade de definir as principais questões submetidas a juízo, e o julgamento ficaria circunscrito a elas.

Ocorre que na pesquisa efetuada no presente trabalho apesar do uso reduzido do controle de constitucionalidade concentrado nas questões envolvendo o direito à educação, o controle difuso utilizado em larga escala especialmente pelo Ministério Público possibilitou uma discussão sobre as políticas públicas educacionais dos municípios demandados¹⁹⁷.

As ações propostas por meio do controle de constitucionalidade difuso pleitearam o direito à matrícula nas escolas, mediante a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Desse modo, constatou-se que a procedência das demandas de certa forma interferiu nas políticas públicas educacionais formuladas pelos municípios demandados, já que os argumentos alegados pela municipalidade, em especial, a falta de recursos orçamentários e financeiros não logrou êxito perante o referido Tribunal¹⁹⁸.

A previsão de direitos sociais na Constituição Federal de 1988 e a possibilidade de propositura de ações judiciais tornou a atuação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal como um novo espaço para a reivindicação de direitos, conforme os ensinamentos de Luiz Werneck Viana, abaixo transcrito:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico 'sociedade civil – partidos- representação – formação da vontade majoritária', consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação, cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos [...] em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo

¹⁹⁷ Apesar do número de decisões/acórdãos em sede de controle difuso (29 julgamentos), foram prolatados apenas 3 (três) acórdãos em sede de controle abstrato que continham como unidade de registro o direito à educação básica. As Ações Direta de Inconstitucionalidade ADI 682/PR e ADI 3098/SP se referiam à competência legislativa dos Estados no tocante ao direito à educação, a ADI 820/RS, julgada em 15.03.2007, declarou que a Lei Estadual nº 9.723 do Estado do Rio Grande do Sul de iniciativa da Assembléia Legislativa que determinava a aplicação mínima de 35% (trinta e cinco por cento) da receita resultante de impostos e destinação de 10% (dez por cento) desses recursos à manutenção e conservação das escolas públicas estaduais era inconstitucional por vício formal de iniciativa tendo em vista que de acordo com o artigo 165, III da CF o texto normativo de que se cuida não poderia dispor sobre matéria orçamentária que é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

¹⁹⁸ É mister ressaltar que o objetivo do presente trabalho não é discutir a efetividade das decisões judiciais, ou seja, se elas foram realmente cumpridas pela Municipalidade, mas o teor do julgamento que garantiu o direito de matrículas nas escolas.

passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo.¹⁹⁹

Ocorre que as decisões judiciais não se circunscrevem apenas aos autos e às partes, já que o controle de constitucionalidade seja no modelo concentrado, seja no modelo difuso, pode ser um importante instrumento para a interferência no Poder Executivo objetivando a implementação de direitos sociais, especialmente o direito à educação.

O Judiciário que antes era um poder periférico, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, passou a ser uma instituição importante na democracia brasileira, quer no que se refere a sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito a sua intervenção no âmbito social, por meio da implementação do direito à educação.

O fato é que ao proferir uma decisão judicial o juiz pode assumir um papel ativo e autônomo da elaboração do direito, o importante é analisar de que maneira e em que limites se dará essa colaboração. Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho ressaltar que “toda lei precisa de consistência judicial, vale dizer, de uma espécie de validação do Judiciário para que se tenha como efetivamente em vigor, sendo certo que a participação dos juízes na criação do direito varia, significamente, conforme o tipo de norma que se trata de interpretar, aplicar e desenvolver²⁰⁰”.

Segundo Mauro Cappelletti, os efeitos da grande transformação sobre a função jurisdicional foram: a legislação social, direitos sociais e o papel transformado da magistratura²⁰¹.

É mister ressaltar que a legislação com finalidade social é muito diferente, usualmente, da legislação tradicional. Se antes as leis eram elaboradas de acordo com a técnica legislativa tradicional, e, por isso, prescreviam regras de conduta sobre vários temas, como o da segurança e higiene das fábricas, da proibição do trabalho das crianças.

¹⁹⁹VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro:Renan, 1999, p. 22-23.

²⁰⁰COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? Palestra proferida no V Congresso de Direito da FAETE – *Ativismo judiciário: um diálogo com o Professor José de Albuquerque Rocha*, realizado em Teresina – PI, nos dias 12 a 14/05/2010.

²⁰¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 40.

Esse método, porém, se mostrou inadequado quando se tratou de formular esquemas de segurança social ou leis em matérias de investimentos e de concorrência. Nesses casos, as leis fixavam regras de conduta, mas também dispuseram sobre a criação de entes sociais e instituições e concederam ao poder executivo ou a outras entidades, em determinados casos, certos poderes de decisão e também de regulamentação e delegação legislativa.

Acrescente-se ainda o aumento do âmbito e da intensidade das intervenções públicas e a tônica da atividade legislativa que se deslocou progressivamente das regras de conduta para as medidas e acomodações institucionais. Em virtude disso, surgiu um novo tipo de legislação: as leis passaram a indicar certas finalidades e princípios, deixando a especificação a normas subordinadas, a decisões de ministros ou autoridades regionais ou locais, ou aos cuidados de novas instituições, como agências, comitês, tribunais administrativos, etc.²⁰²

A legislação social ou de *Welfare* conduziu o poder público a superar os limites das funções tradicionais de proteção e repressão, passando a prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica entre certo e errado.

Os direitos sociais pedem para a sua execução a intervenção ativa do estado, diversamente dos direitos tradicionais, cuja proteção requer apenas que o estado não permita sua violação. Eles exigem permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.

Os tribunais não criaram o *Welfare State*, a criação deste tipo de estado deveu-se na origem, principalmente, à atividade do legislador. Segundo Mauro Cappelletti, exatamente em razão do enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução da função legislativa que se tornou

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 40.

típica característica dos estados modernos, pelo menos daqueles com regime não autoritário e pluralístico-liberal.²⁰³ E em virtude do Poder Legislativo estar empenhado em questões e tarefas tão numerosas e diversas que para evitar a paralisia, encontraram-se obrigados a transferir a outrem grande parte da sua atividade, como por exemplo, ao Executivo e aos seus órgãos e derivados.

Devemos mencionar o número expressivo de países que proclamaram catálogos de direitos fundamentais do homem ou *Bill of Rights* que foram elevados a nível constitucional, tornando-se assim vinculante para o legislador e para o executivo. Esses catálogos de direitos fundamentais passaram a constituir o elemento central de quase todas as constituições do século XX, especialmente das promulgadas como reação aos abusos e perversões dos regimes ditatoriais que conduziram à segunda guerra mundial. Por isso, a denominada justiça constitucional das liberdades, ou seja, a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais tornou-se parte importante e em rápida expansão do fenômeno da justiça constitucional.²⁰⁴

De igual forma, as Constituições também utilizam inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. No caso brasileiro, calamidade pública, relevância e urgência ou crime político são conceitos que transmitem uma idéia inicial de sentido, mas que precisam ser integrados à luz do caso concreto.

O fenômeno se repete com mais intensidade quando se trata de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, em que também não é possível falar em sentido claro e unívoco. Por isso, na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete²⁰⁵.

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 43. O autor cita o exemplo da França em que a Constituição inspirada pelo general De Gaulle, em fins de 1958 limitou a função legislativa do Parlamento às matérias enumeradas na própria Constituição, deixando todas as demais ao poder “regulamentar” do executivo, estabelecendo, dessa forma, amplo poder autônomo deste, substancialmente legislativo.

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 62.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao democracia e supremacia judicial 11032010 .pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao%20democracia%20e%20supremacia%20judicial%2011032010.pdf) Acesso em: novembro 2010 p. 24.

Essas novas áreas do fenômeno jurídico geram implicações à atividade judicial. Em face da legislação social, por exemplo, que se limita a definir a finalidade e os princípios gerais e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país poderiam assumir a posição de negar o caráter preceptivo ou *self-executing* de tais leis ou direitos ou contribuir para tentar tornar efetivos tais direitos, exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.

O caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária é manifesto na interpretação da legislação e dos direitos sociais. De acordo com Mauro Cappelletti, a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo e mais uma vez é importante repetir que em alguma medida toda interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade da atividade jurisdicional²⁰⁶.

A justiça constitucional, especialmente na forma de controle da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova realidade. Em virtude disso, a autoridade judiciária não cabe exercer apenas as funções de proteção aos cidadãos e da sociedade em geral por meio da repressão aos abusos. É inevitável que os juízes assumam novas responsabilidades e lhes sejam atribuídos novos poderes.

Na árdua tarefa de interpretar as normas constitucionais o Poder Judiciário é muitas vezes desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores, o que requer uma atitude criativa, nada obstante os seus inegáveis limites e riscos.

Mauro Cappelletti aponta as “debilidades” ou “enfermidades” práticas na criação judicial do direito.²⁰⁷

A primeira “enfermidade” do direito de criação judiciária é, em apertada síntese, a dificuldade do cidadão normal ter acesso à informação adequada do direito

²⁰⁶CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 46.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 82-92.

jurisprudencial se comparado com o direito legislativo, especialmente quando este é codificado, o que significa dizer que o direito judiciário é casuístico e dependente da sorte de determinados casos concretos. No entanto, com o propósito de atenuar ou eliminar esse defeito do direito jurisprudencial, utiliza-se de regras e mecanismos de vários gêneros como o princípio do vínculo dos precedentes (*stare decisis*), a assistência jurídica gratuita aos menos privilegiados e eficiente sistema de coleções sistemáticas das decisões judiciais que hoje são computadorizadas. Acrescente-se ainda que a aplicação não demasiadamente rígida da regra dos precedentes permite flexibilidade e adaptabilidade do direito jurisprudencial às circunstâncias imprevisíveis do caso, maior em princípio do que o do direito legislativo.

A segunda limitação consiste no fato de se atribuir eventualmente eficácia retroativa às decisões judiciais, mesmo quando criativas, aplicando-as, portanto, a fatos e situações ocorridas anteriormente o que implica em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade.

A terceira “debilidade” decorre da possível incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito. Isso porque o juiz não tem a possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, mas envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos que requerem recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, as comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos. Essa suposta debilidade é atenuada, conforme os ensinamentos de Mauro Cappelletti, mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou perícias, à intervenção de terceiros no processo – também com finalidade informativa, a exemplo do *amicus curiae brief*²⁰⁸.

²⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 89. Vale ressaltar que para o presente estudo, não serão abordadas as debilidades anteriormente mencionadas, elas foram trazidas apenas à título de ilustração, pois o enfoque será no alegado caráter não-majoritário e portanto antidemocrático da criação judicial do direito.

Outro ponto que é relevante e de suma importância para o presente estudo é o eventual caráter não-majoritário e, portanto, antidemocrático da criatividade jurisprudencial do direito, cuja discussão será oportunamente retomada.

A falta de representatividade dos juízes que não são nomeados de forma política ou eletiva²⁰⁹ não é óbice para a criação judicial do direito, no entanto, os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional não podem ser totalmente eliminados.

Conforme Luís Roberto Barroso, a Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política²¹⁰.

Não se pode olvidar que interpretação realizada pelo Poder Judiciário é uma tarefa jurídica, motivo pelo qual está sujeita aos cânones da racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo referência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes.

4.4 A Construção das decisões judiciais: a racionalidade

A judicialização da política trouxe alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

É preciso inicialmente analisar a argumentação nas decisões judiciais e para isso é importante o estudo da teoria da argumentação jurídica.

A teoria da argumentação jurídica tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema

²⁰⁹ Vale ressaltar que no presente trabalho é analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle judicial do direito à educação e os ministros do referido Tribunal conforme o disposto no artigo 101, parágrafo único da Constituição Federal de 1988: Os ministros do Supremo Tribunal Federal será nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Desse modo, ainda que haja participação política na nomeação dos ministros do STF, ela se esgota após a posse, pois a permanência no cargo não dependerá de qualquer novo juízo político.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: novembro 2010, p. 18.

não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto.

As cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípios e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete, por isso, nessas hipóteses o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: “a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional”.²¹¹

A análise da atividade jurisdicional tendo como base a teoria da argumentação jurídica é importante porque toda a decisão judicial é resultante de um processo argumentativo.

Segundo Robert Alexy “os debates diante dos tribunais e as deliberações judiciais estão institucionalizados”²¹². O estudo da teoria da argumentação jurídica, que se caracteriza pela vinculação ao direito vigente, é trazido à baila, para a análise das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante ressaltar que não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado²¹³, motivo pelo qual é exatamente isso que se buscará demonstrar nas decisões proferidas pelo STF que garantiram o acesso à matrículas em escolas.

A submissão do magistrado à lei tem sua base no imperativo de segurança jurídica e na repartição de funções dentro do Estado. Assim sendo, a tarefa do juiz não seria, a princípio, a de criar normas, mas somente a de aplicá-las. No entanto, apesar da tarefa legislativa ser exercida primordialmente pelo Poder Legislativo, não pode hoje falar em um monopólio absoluto da atividade legislativa pela assembléia ou parlamento²¹⁴.

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 386-387.

²¹² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 209.

²¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 212.

²¹⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 138.

Conforme ressaltado anteriormente, é evidente que o magistrado possui um inegável poder de buscar novas soluções para os casos concretos, a partir do enunciado genérico e abstrato dos textos legislativos, assim como da vagueza, ambigüidade das normas jurídicas.

A interpretação, integração e aplicação do direito são tarefas diretamente ligadas à técnica jurídica, no entanto, a atividade do aplicador do direito não se pode restringir à sua dimensão puramente técnica, negligenciando a importância do dado valorativo presente em todo esse processo.

O direito continental, desde a Revolução Francesa, adota a exigência da motivação nas decisões judiciais. Com a supremacia de um fundamento popular para o exercício do poder, em substituição a um poder de origem imaterial, tradicional, torna-se necessário também explicar os motivos e os procedimentos adotados na tomada das decisões pelos órgãos públicos²¹⁵. Essa exigência se manifesta de maneira mais intensa em relação ao Poder Judiciário, que não somente deve explicitar o mecanismo de formação da convicção do juiz e sua base legal, como também deve motivar as suas decisões, através de argumentos aceitáveis socialmente e compreensíveis fora do meio jurídico.

A mera aplicação mecânica do direito positivo pode proporcionar decisões judiciais que apresentam divergências com os valores predominantes naquele auditório. Assim, em termos processuais, a motivação representa o mecanismo retórico de que lança mão o juiz com a finalidade de obter respaldo institucional para sua decisão. No entanto, não basta uma motivação coerente, é necessária que a mesma seja ao menos passível de compatibilização com os valores dominantes socialmente, para que seja passível de aprovação pelas próprias partes em litígio e da opinião pública em geral.²¹⁶

Sobreleva notar a vinculação entre o Poder Judiciário e a Constituição, uma vez que a organização e delimitação de funções dos órgãos jurisdicionais têm

²¹⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 139.

²¹⁶ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 140.

matriz constitucional, inclusive no que às garantias dos magistrados, previstas no art. 95 da Constituição Federal²¹⁷.

Ocorre que a maioria dos estudos sobre legitimidade do poder no Estado negligencia o papel do Judiciário, focalizando apenas a questão da representatividade dos poderes Executivo e Legislativo.

Em primeiro lugar, é imperioso ressaltar que a motivação de uma decisão judicial é mais do que uma pura exigência do Estado de Direito, sendo, na prática, um discurso direcionado a um auditório determinado, do qual se busca a adesão.

A motivação responde a uma necessidade de aceitação da decisão pelas partes envolvidas em um litígio e não se trata apenas de pura submissão à decisão proferida por um órgão do Estado, mas de existir uma fundamentação com base em elementos materiais, de natureza probatória e também a partir da base legal.

A fundamentação das decisões judiciais depende de uma justificação interna e de uma justificação externa. Na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação, enquanto que o objeto da justificação externa é a correção destas premissas.

De acordo com Robert Alexy, as regras da justificação interna são as seguintes:

“(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

(J. 2.1) e (J.2.2), justamente como o princípio de universalidade, não devem ser superestimadas. Não estabelecem como deve ser a norma universal e tampouco excluem que a norma universal seja mudada, por exemplo, mediante a introdução de uma cláusula de exceção. Porém, esta cláusula de exceção tem novamente de valer universalmente.

É de grande importância que (J.2.1) e (J.2.2) valham tanto nos casos em que se pode utilizar para a fundamentação uma norma do direito positivo, como

²¹⁷ Segundo o artigo 95 da Constituição Federal, os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

também nos casos em que haja tal norma no direito positivo. Se não pode extrair nenhuma regra da lei, então se deve construí-la²¹⁸.

É evidente que o esquema da fundamentação é insuficiente em casos complicados, que se apresentam, por exemplo, quando uma norma contém diversas propriedades alternativas do fato hipotético, quando sua aplicação exige um complemento através de normas jurídicas explicativas, limitativas ou extensivas, quando são possíveis diversas conseqüências jurídicas ou quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações²¹⁹.

Nos casos mais complicados necessita-se de uma série de premissas, que não podem ser deduzidas de uma lei, para a fundamentação das decisões judiciais. Em virtude disso, as premissas não extraídas do direito positivo aparecem explicitamente em toda a sua extensão. Esse é talvez o aspecto mais importante da exigência de justificação interna. Segundo Robert Alexy, “fundamentar essas premissas não extraídas diretamente do direito positivo é tarefa da justificação externa”²²⁰.

O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna que podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo.

As formas de argumentos e as regras de justificação externa podem classificar-se em seis grupos, conforme os ensinamentos de Robert Alexy, abaixo transcrito:

(...) regras e formas (1) de interpretação; (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral e (5) da argumentação empírica, assim como (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Para designar estes grupos com uma só palavra, pode-se eleger as palavras: (1) lei, (2) Ciência do Direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos

²¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 219.

²¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 220.

²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 224.

jurídicos²²¹. É de grande importância que (J.2.1) e (J.2.2) valham tanto nos casos em que se pode utilizar para a fundamentação uma norma do direito positivo, como também nos casos em que haja tal norma no direito positivo. Se não pode extrair nenhuma regra da lei, então se deve construí-la²²².

É mister esclarecer o que significa dogmática jurídica ou Ciência do Direito. O sentido mais estrito e próprio é uma mescla de, ao menos, três atividades: (1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos, motivo pelo qual a dogmática jurídica é uma disciplina pluridimensional²²³.

A dogmática tem 3 (três) tarefas: a análise lógica dos conceitos jurídicos, a recondução desta análise a um sistema e a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões jurídicas.²²⁴

No capítulo anterior quando tratou da análise de conteúdo das decisões do Supremo Tribunal Federal, constatou-se que foram inseridas inúmeras citações de obras doutrinárias na motivação dos seus arestos para garantir as matrículas em escolas²²⁵.

Isso demonstra que a dogmática jurídica pode ser utilizada como argumento para a decisão de questões que não poderiam ser resolvidas apenas com argumentos empíricos.

É relevante ainda registrar que uma teoria da argumentação que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais. Segundo Robert

²²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 227.

²²² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 219.

²²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 244.245.

²²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 247.

²²⁵ Com o propósito de recapitular é possível citar a doutrina do mínimo existencial, a cláusula da reserva do possível assim como o direito à educação como um direito fundamental quando envolvia o direito à educação infantil.

Alexy, “a importância, pelo menos fática, que têm os precedentes também no Direito europeu-continentaI é hoje destacada em todos os aspectos.”²²⁶

O fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade. De acordo com Robert Alexy, há, no entanto, dificuldades no uso dos precedentes, senão vejamos:

O fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual. Com isso se evidencia imediatamente uma das dificuldades decisivas do uso dos precedentes: nunca há dois casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. O verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças. Porém, antes de entrar nele, é importante outra questão. É possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso. A satisfação da carga da prova somente pode ser constatada pelos participantes, reais ou imaginários, do discurso²²⁷.

O uso dos precedentes é utilizado com uma frequência cada vez maior nas decisões judiciais envolvendo casos análogos. Verifica-se que o próprio Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de dar provimento ao recurso com base na jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores²²⁸.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 264. O próprio autor informou no seu trabalho que a sua exposição quanto ao uso dos precedentes na teoria da argumentação jurídica se limita a duas considerações: (1) o papel da observância dos precedentes do ponto de vista da teoria do discurso jurídico, e (2) a relação dos argumentos baseados em precedentes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico.

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 265. Conforme enfatizado pelo autor e para o objetivo do presente trabalho não se pretende apresentar as técnicas de divergência que são parte constitutiva do uso de precedentes e tampouco as numerosas teorias elaboradas com tal finalidade.

²²⁸ Art. 577 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Esse artigo é um expressivo exemplo do

Conforme os ensinamentos de Robert Alexy, o uso dos precedentes se mostra como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional.²²⁹

Nos julgamentos que asseguraram o direito à educação, em muitos casos, a motivação trouxe à baila os números de acórdãos proferidos sobre o tema, o que significa dizer que o uso dos precedentes pelo STF pode ser considerado como um procedimento racional de argumentação.

Por formas de argumentos jurídicos especiais, Robert Alexy considera que são os argumentos que se usam especialmente na metodologia jurídica, como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*²³⁰.

Em verdade, é mister esclarecer que a racionalidade da teoria da argumentação jurídica não decorre da observância de um procedimento que necessariamente visa garantir a segurança do resultado.

As Ciências Naturais que foram, com freqüência, contrapostas à Ciência do Direito como paradigma de verdadeiras ciências, pode-se falar da formação de uma segurança definitiva. Em virtude disso, o simples fato de não se poder alcançar segurança dificilmente pode ser visto como razão suficiente para se negar à Ciência do Direito o caráter de uma ciência ou de uma atividade racional²³¹.

O grande mérito da teoria da argumentação é a descrição de uma série de regras a serem seguidas e formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como racional. Além disso,

reconhecimento e da inexorabilidade da força normativa dos precedentes judiciais. Vale ressaltar que o relator também pode, pelo mesmo fundamento, prover recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com tais paradigmas.

²²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 268.

²³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 268-269.

²³¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 279.

as regras e formas do discurso jurídico constituem um critério de correção das decisões jurídicas²³².

Na análise de conteúdo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao direito à educação constatou-se que o dever de motivação ocorreu mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, de acordo com as regras previstas pela teoria da argumentação jurídica.

Primeiramente, conforme ressaltado no capítulo anterior, foi utilizada a doutrina do “mínimo existencial” para fundamentar a exigibilidade judicial do direito à matrícula em creches e pré-escolas, até mesmo para utilizar a argumentação/justificação contida no acórdão paradigma, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada em 29 de abril de 2004, considerado como precedente.²³³

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar na motivação dos acórdãos o caráter de fundamentalidade do direito à educação infantil a fim de justificar a sua justiciabilidade.

Essa mudança na justificação das decisões importa no reconhecimento da atuação dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à educação como “condições para a cooperação na deliberação democrática.”

4.5 O controle judicial do direito à educação à luz da teoria democrático-deliberativa

A jurisdição constitucional e a atuação do Judiciário tem recebido críticas de natureza política que questionam a sua legitimidade democrática diante da sua interferência na proteção dos direitos fundamentais.

²³² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 280.

²³³ É oportuno ressaltar que o referido julgamento, apesar de fazer referência ao direito à saúde, serviu de precedente para considerar como exigível judicialmente o direito à matrículas em creches e pré-escolas, uma vez que de acordo com o disposto no parágrafo primeiro do inciso I do artigo 208 da Constituição Federal de 1988, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 14/1996, apenas o acesso ao ensino obrigatório e gratuito era considerado direito público subjetivo que no caso era o direito ao ensino fundamental.

Há críticas no que sentido de que a possibilidade de as instâncias judiciais sobrepuem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária.

Segundo os ensinamentos de Vital Moreira na medida em que cresce constantemente o número de países que se dotam de um tribunal constitucional ou que reconhecem aos tribunais comuns o poder de fiscalização da constitucionalidade, a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos.²³⁴

O princípio da maioria, desse modo, não tem hoje o mesmo sentido que nos primórdios da era constitucional, ele sofreu importantes modificações quanto ao seu alcance e funções constitucionais.

É mister ressaltar que antes a Constituição era o regulador da formação dos órgãos do poder e das suas competências e relações recíprocas, definia nos Estados federais as relações entre a federação e os estados-membros, assim como continha a carta dos direitos e garantias individuais.

Entretanto, desde a Constituição de Weimar (1919) que a constituição deixou de conter apenas as duas componentes acima mencionadas, passando a integrar também os princípios fundamentais da ordem econômica, social e cultural. E se nos tempos mais recentes se gerou um movimento de retração quanto aos excessos de constitucionalização da ordem econômica e social, a verdade é que muitas constituições deste século contêm uma regulação constitucional mais ou menos densa dessas matérias.

A soberania do legislador cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juizes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. Em virtude disso, o poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, que é por definição originário.

²³⁴ MOREIRA, Vital. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 178.

A jurisdição constitucional, neste aspecto, supõe a prevalência do princípio da constitucionalidade, ou seja, a submissão de todos os poderes do Estado à Constituição, a começar, pelo Legislativo. Acrescente-se ainda que o princípio da maioria deixou de ser motivo de rejeição da jurisdição constitucional, segundo os ensinamentos de Vital Moreira, *in verbis*:

A relação princípio da maioria com o princípio da constitucionalidade é essencialmente ambivalente. Por um lado, o princípio da constitucionalidade é, obviamente, um limite do princípio da maioria, isto, é da maioria legiferante ordinária; por outro lado, porém, o princípio da constitucionalidade também é ele mesmo expressão do princípio da maioria, ou seja, da maioria fundante e constituinte da comunidade política²³⁵.

O referido autor, no entanto, sustenta que o princípio da maioria é relevante para definir os parâmetros e delimitar os poderes do juiz constitucional, sendo que dele decorre o entendimento de que o exercício da jurisdição constitucional consiste em não usurpar o papel do legislador ordinário.

No Brasil, adota-se o controle misto de constitucionalidade, o controle abstrato e concentrado exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e o controle concreto e difuso exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário.

A Jurisdição Constitucional no Brasil tem lugar reconhecido desde o início do nosso constitucionalismo republicano, logo, não se deve questionar a legitimidade democrática inaugural da nossa Jurisdição Constitucional.

A Jurisdição Constitucional além de frear vontades majoritárias ocasionais, também se prestou a ser nova forma da prática democrática, pois o respeito aos direitos catalogados na Constituição é pressuposto para o desenvolvimento da democracia. Neste particular, é mister destacar os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, quando asserção:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária

²³⁵ MOREIRA, Vital. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 192.

de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da Jurisdição Constitucional²³⁶.

De acordo com a democracia deliberativa, o processo democrático não se restringe à prerrogativa popular de eleger representantes, mas também deve envolver a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre questões a serem decididas. Isso porque a troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res pública*, pois se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional.²³⁷

No entanto, para que essa função se realize, a deliberação deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário. A participação deve ocorrer livre de qualquer coerção física ou moral, motivo pelo qual todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do estado de direito, que é entendido, portanto, como condição, requisito ou pressuposto da democracia²³⁸.

O conceito que norteia a concepção democrático deliberativa aqui defendida é o de “condições para a cooperação na deliberação democrática”. As duas principais condições para a cooperação na deliberação democrática são liberdade e igualdade.

Conforme ressaltado anteriormente, a liberdade dos cidadãos é uma condição fundamental para o exercício da soberania popular porque sem liberdade não é possível uma esfera pública autônoma.

As decisões políticas para serem consideradas racionais e legítimas dependem de uma troca livre e igualitária de argumentos e contra-argumentos que não ocorrem, portanto, em contextos de desigualdade e censura.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte:Del Rey, 2006, p. 57.

²³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In:BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro:Renovar, 2007, p. 44.

²³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In:BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro:Renovar, 2007, p. 44.

A liberdade é uma condição procedimental da democracia. Isso é claro quando se trata das liberdades como as de expressão, organização e associação, pois é evidente que sem a garantia de tais liberdades não há, efetivamente, deliberação pública.²³⁹

No entanto, a imbricação entre liberdade e democracia se torna mais complexa no tocante às liberdades que não cumprem uma função imediata no sistema democrático. É exatamente na fundamentação de tais liberdades que a noção de “condições para a cooperação na deliberação democrática” tem um papel decisivo.

A liberdade de expressão, em sua concepção puramente procedimental, pode restringir a sua fundamentalidade material apenas à dimensão imediatamente política. No entanto, entende-se que deve ser protegida a liberdade de expressão também na dimensão privada, a fim de que todos possam desfrutar do respeito e da consideração dos demais membros da comunidade. Assim, a justificação da liberdade de expressão se dá, desse modo, também a partir do princípio democrático, configurando-se o escopo da liberdade de expressão através da noção “de condições para a cooperação na deliberação democrática”.

O exercício da democracia deliberativa pressupõe que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito. Tais pressupostos devem ser institucionalizados através do Estado de Direito e garantidos contra a ação erosiva das maiorias eventuais.

Destaque-se que a liberdade requerida pela democracia deliberativa não é, portanto, meramente formal, pois atribuir formalmente ao indivíduo a prerrogativa de escolher uma profissão e não fornecer condições materiais para que cada um possa efetivamente exercer esse direito, equivale a negá-lo na prática.

No Brasil, existem diversos projetos de vida (como se tornar advogado ou médico) que estão fechados às parcelas mais pobres da população, pois em um contexto de escassez de recursos, a liberdade para que cada um possa escolher e levar a cabo o seu projeto pessoal de vida depende da distribuição igual de oportunidades.

²³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os direitos fundamentais como condições para a cooperação na deliberação democrática. *Revista Ajuris*. Ano XXXV, nº 110, 2008, p. 101.

A democracia deliberativa exige a instauração de um contexto de garantia da liberdade real e positiva. A mera instauração de um sistema de liberdades negativas, sob uma retórica de prevenção contra os abusos do poder político não permite que todos realizem, de fato, seus projetos pessoais de vida, assim como não é capaz de criar uma predisposição generalizada para a cooperação democrática²⁴⁰.

Segundo os ensinamentos de Cláudio Pereira da Silva Neto, a igualdade também é requerida pela democracia deliberativa e tal como ocorre com a liberdade, deve ser entendida como aquela necessária à instauração de um contexto propício à interação cooperativa.

A igualdade deve ser sob o ponto de vista formal (igualdade de possibilidades de participação política) e material (que não se restringe à dimensão econômico, pois envolve também a dimensão cultural)²⁴¹.

Para a democracia deliberativa, essa dimensão cultural da igualdade democrática não se confunde com qualquer tendência à “homogeneização” cultural. Pelo contrário, pressupõe o pluralismo. A democracia deliberativa sustenta apenas que uma adesão mínima à estrutura básica democrático-constitucional é necessária para que a cooperação possa prosperar em um contexto de pluralismo. O que é incompatível com a democracia deliberativa é a imposição de padrões culturais “particulares, porém dominantes”.²⁴²

A igualdade exigida pela idéia de “igual respeito” como condição para a cooperação na deliberação em contextos de pluralismo é também a igualdade de possibilidades de manifestação das diferenças.

A democracia deliberativa pressupõe a inserção dos cidadãos no processo de tomada de decisões coletivas. Além disso, a jurisdição constitucional pode ser considerada como arena de debates e deliberações sobre assuntos públicos e

²⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 57-58.

²⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 62.

²⁴² RICHE, Flávio Elias. Revisitando a deliberação pública. In: VIEIRA, José Ribas (org.) *Temas de constitucionalismo e democracia*, 2003, p. 13.

coletivos, ensejando a participação dos atores sociais no processo decisório mediante a apresentação de argumentos racionais.²⁴³

A jurisdição constitucional deve funcionar como guardiã do procedimento democrático deliberativo e dos direitos fundamentais, tendo por tarefa “garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos”, bem como restringir o poder da maioria quando se atente contra direitos fundamentais, funcionando como um elemento contramajoritário.

A atuação contramajoritária quando visa garantir as condições para a cooperação democrática se dará a favor e não contra a democracia.

A utilização da doutrina do mínimo existencial serviu como argumentação racional nas decisões judiciais que ensejaram a mudança do entendimento do STF no sentido de garantir a efetividade do direito à educação, já que uma decisão judicial deve ser cumprida não só em virtude de sua autoridade intrínseca, mas especialmente porque ela é capaz de convencer seus destinatários. Precisamente na medida em que existe essa preocupação com o convencimento, a decisão adquire legitimidade²⁴⁴.

Nas situações em que o Supremo Tribunal Federal atuou no sentido de garantir o direito ao acesso à educação, considerando-o principalmente, como um direito fundamental, capaz de ser exigido judicialmente, é justificada à luz da teoria democrático deliberativa pois a fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os meios de subsistência, mas também a igualdade de meios para agir.

O Supremo Tribunal Federal ao garantir a efetividade do direito à educação exerceu a função de guardião da Constituição compreendendo a de garantidor do procedimento deliberativo democrático e de receptor de demandas das minorias (mediante a proteção dos direitos fundamentais), o que justifica a sua legitimidade democrática.

²⁴³ BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, Democracia Deliberativa e a atuação do STF, In: VIEIRA, José Ribas (coord.), *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 27-28.

²⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 98.

CONCLUSÃO

O direito à educação deve ser tratado no Brasil de acordo com a importância que ele representa na Constituição Federal.

Verifica-se que o direito à educação pode ser mensurado como um valor de cidadania e de dignidade da pessoa humana, itens essenciais no Estado Democrático de Direito, quando disciplinado e interpretado em consonância com os fundamentos do Estado brasileiro.

No primeiro capítulo restou demonstrado que o direito à educação sempre foi contemplado nas Constituições brasileiras ao longo do processo constitucional de 1823 a 1988.

Se antes apenas o ensino fundamental era considerado direito público subjetivo, com a Emenda Constitucional nº 59, de 2009, a educação básica, que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, passou a ser considerada obrigatória e gratuita.

O direito à educação impõe um *facere* ao Estado. Em virtude disso, apesar das normas constitucionais definidoras de direitos às prestações para produzirem efeitos jurídicos dependerem da formulação e da implementação de políticas públicas, constatou-se que o Poder Judiciário pode garantir a efetividade do direito à educação ao considerá-lo como direito fundamental.

O fato de vivermos em uma sociedade pluralista e complexa com ordens de valores e interesses diferenciados, o estudo da democracia, especialmente da democracia deliberativa, no segundo capítulo, serviu para demonstrar que a preocupação de democracia não deve ser com a regra da maioria, mas sim com a participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas.

A regra da maioria é condição necessária, mas não é suficiente para o exercício da democracia, pois ela não pode violar as condições para a cooperação na deliberação democrática, assim como não pode deixar de implementá-las.

A regra da maioria teve a sua importância diminuída em razão da crise do princípio da legalidade com o advento do neoconstitucionalismo. Isso porque conforme ressaltado no segundo capítulo o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo busca

promover a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles que podem ser considerados como condição para a cooperação democrática.

Sobreleva notar que um sistema público adequado de educação interessa não só os beneficiários diretos do serviço (alunos), mas também a coletividade como um todo, já que a educação proporciona melhores oportunidades de emprego, possibilitando o desenvolvimento econômico da nação.

Na definição de uma técnica de pesquisa para análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre 2004-2008 foi escolhida a análise de conteúdo em virtude da necessidade de se buscar fazer inferências sobre os julgamentos que foram inventariados e sistematizados por meio da escolha das unidades de registro “direito à educação” “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Dentre as opções políticas estruturantes contempladas na Carta de 1988, o direito à educação fundamental foi considerado uma parcela indissociável da existência digna de todos aqueles que vivem em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de “mínimo existencial” de acordo com a abalizada doutrina defendida por autores como Ana Paula Barcellos, Ricardo Lobo Torres, Gustavo Amaral, Flávio Galdino e Ingo W. Sarlet.

As opções políticas do Constituinte, no entanto, não têm o condão de engessar o contínuo desenvolvimento de uma sociedade democrática e nitidamente pluralista. Em virtude disso, no terceiro capítulo do presente trabalho, constatou-se que apesar da doutrina do mínimo existencial estabelecer que o direito à educação seria apenas exigível em relação ao ensino fundamental, o Supremo Tribunal Federal reconheceu também o direito à creches e pré-escolas, isso ocorreu, vale ressaltar, antes da alteração do inciso I do artigo 208 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009.

Na pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal restou constatado que na motivação dos julgamentos que asseguraram o direito à educação foi utilizada como fundamento a doutrina do mínimo existencial e, posteriormente, o caráter de fundamentalidade no acesso à creches e pré-escolas.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a reserva do possível é no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal utilizou o argumento da reserva do possível sob o ponto de vista fático, o que significa dizer que o STF não abordou a razoabilidade do direito exigido judicialmente, mas a ausência de previsão de recursos orçamentários e financeiros.

No que concerne aos aspectos orçamentários envolvendo a efetividade do direito à educação, constatou-se que a reserva do possível foi substituída pela expressão “deficiência de caixa” na fundamentação dos julgamentos, o que reforça a idéia de que a reserva do possível adotada no Brasil é de natureza meramente fática e não corresponde, portanto, à doutrina utilizada pela jurisdição constitucional alemã.

Cada direito carrega consigo o seu custo. Desse modo, para se viabilizar a máxima eficiência de um direito deve se observar o seu aporte econômico e o seu impacto orçamentário para a sua efetivação. A utopia cede lugar ao pragmatismo, pois mesmo os direitos sociais mínimos possuem o seu custo.

A pesquisa empírica realizada por meio da análise de conteúdo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstrou também que a utilização da expressão “deficiência de caixa” a fim de abordar os aspectos orçamentários e/ou financeiros na efetivação do direito à educação não constituiu óbice para a exigibilidade judicial do direito à matrícula em creches e pré-escolas.

A doutrina da reserva do possível foi utilizada como mero argumento pelo Poder Público para justificar o seu descumprimento, uma vez que ele não apresentou dados/provas referentes aos gastos efetuados para garantir a efetividade do direito à educação.

Outro aspecto importante da pesquisa foi a constatação de que na existência mínima social há de se considerar a formação de um direito subjetivo a ser declarado e imposto pelo Judiciário, ao passo que no tocante ao excedente a esse mínimo existencial, observa-se a geração de um direito subjetivo “prima facie”. É aqui,

neste último direito subjetivo e somente nele, onde o argumento da reserva do possível pode ser acionado.

Acrescente-se ainda que não se pode admitir a abrangência da fundamentalidade material do direito à educação a partir de uma visão minimalista do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é indigno exercer profissões que exijam pouca educação formal, no entanto, para a democracia deliberativa, garantir a dignidade implica também implementar iguais condições para que as pessoas possam realmente escolher como querem viver suas vidas, elegendo, por exemplo, a profissão que irão exercer e para isso é necessário um sistema de igualdade de oportunidades.

Conforme ressaltado no quarto capítulo, o modelo cooperativo de democracia deliberativa, a exemplo da teoria do “mínimo existencial” também parte do pressuposto de que o verdadeiro problema está em definir em até que medida se pode atribuir fundamentalidade material aos direitos sociais e não em negar ou afirmar taxativamente tal fundamentalidade.

A democracia deliberativa, no entanto, busca afastar a cristalização do minimalismo a que leva o conceito de “mínimo existencial” cuja própria locução sugere que apenas as condições de subsistência estariam garantidas.

À luz da teoria democrático-deliberativa, a fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os “meios de subsistência” mas também a “igualdade de meios para agir”. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma “ajuda para a auto-ajuda”.

O Estado não pode negar o direito à educação, inclusive, com relação ao ensino médio, pois, caso contrário, não estará atribuindo a todos os projetos pessoais de vida o mesmo valor e tratando-os com a mesma dignidade.

Neste sentido, os juízes, enquanto intérpretes e aplicadores da Constituição devem perquirir no sistema normativo constitucional todas as possibilidades que se coadunam em prol da efetivação do direito à educação.

A Constituição Federal de 1988 durante a realização da pesquisa empírica estabelecia que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito era direito público subjetivo²⁴⁵. Com a Emenda Constitucional nº 59/2009, houve a constitucionalização da educação básica (compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o médio) que passou a ser obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, sendo assegurada a sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Vale ressaltar que passou a ser obrigatório e gratuito também o ensino médio, o que demonstra a importância da educação para a realização dos princípios da liberdade e igualdade.

A deliberação pública apesar de ser aberta quanto aos resultados, ela depende das condições que permitam a instauração de um contexto propício à cooperação, o que pressupõe que todos sejam considerados como dignos de igual proteção e respeito.

A liberdade é uma das condições fundamentais para que se instaure esse contexto que não pode, todavia, ser restringida à que exerce uma função imediata no processo democrático, como é o caso da liberdade de expressão política. A liberdade também deve ser respeitada na sua dimensão não política para que os cidadãos se vejam motivados a cooperar.

A igualdade também é outra condição fundamental para a deliberação pública. No entanto, a igualdade requerida pela democracia deliberativa exige não apenas iguais possibilidades de participar da deliberação, mas também iguais capacidades para fazê-lo de forma efetiva. Em virtude disso, a igualdade exhibe uma dimensão econômica e cultural, o que significa dizer que os cidadãos só se motivam para a cooperação quando são beneficiados pela riqueza produzida socialmente e quando os seus projetos pessoais de vida são tratados como dignos de respeito.

²⁴⁵ De acordo com o inciso I do artigo 208 da Constituição Federal de 1988 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996 apenas era considerado direito público subjetivo o ensino fundamental.

Assim, garantida pelo Estado de forma obrigatória e gratuita a educação básica que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, o acesso ensino superior depende da capacidade de cada um, bastando somente que vigore um sistema de seleção capaz de fazer jus à igualdade de oportunidades.

Além disso, deve-se afastar a idéia de que a democracia esteja ligada apenas ao princípio majoritário, mas também à promoção da liberdade-igual e de proteção de minorias que ficam fora do processo político democrático.

Deve-se buscar uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios da liberdade, da igualdade, do direito à vida e da dignidade da pessoa humana em todas as suas interpretações.

Os direitos das minorias poderiam ser sufocados pelo exercício democrático das majorias e neste contexto é que o controle da constitucionalidade pelos juízes pode assumir alguma relevância.

Como a democracia implica, além da atribuição de poder decisório às majorias, também a instauração de um contexto de diálogo é justamente na promoção desse contexto e por meio da garantia dos direitos fundamentais que o Judiciário desempenha um papel primordial e possui legitimidade democrática.

O controle jurisdicional da constitucionalidade não nega, necessariamente, a supremacia da constituição, pois este controle poderia ser feito por outros meios que não um tribunal.

No entanto, a concepção acima não se aplica à realidade social brasileira em que não há sequer o conhecimento das normas constitucionais pela população, o que certamente dificulta o exercício deste controle de forma direta. Para que isso ocorresse, seria necessário criar uma consciência constitucional na população, educá-la no sentido de torná-la capaz de realizar análises críticas, para então lhe atribuir esse tipo de competência.

No presente estudo restou demonstrado que o conceito de condições para a cooperação na deliberação democrática funciona como critério para se atribuir aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata, especialmente o direito à educação, objeto de análise do presente trabalho, para que todos possam ser tratados como dignos de igual consideração e respeito.

É necessário ressaltar que a transparência das decisões judiciais pressupõe a publicidade dos motivos que levam o magistrado a optar por uma determinada decisão. De igual forma, a fundamentação das decisões judiciais depende de uma justificação ainda que baseada na dogmática jurídica ou no uso dos precedentes. Em virtude disso, verificou-se que a citação de obras doutrinárias e dos precedentes na motivação conferiu racionalidade nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que asseguraram a efetividade do direito à educação.

Nos julgamentos também foi possível perceber a coerência, uma vez que nas decisões judiciais foi constatado tratamento semelhante em situações semelhantes por parte do Supremo Tribunal Federal, já que em todas as decisões o direito à educação foi efetivado.

Ante o exposto, a regra da maioria não pode servir de obstáculo para a intervenção judicial especialmente quando ela impede ou se queda inerte na efetivação dos direitos que são indispensáveis para promover as condições para a cooperação democrática. Se isto ocorrer, está legitimada a ação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, não estará violando a soberania popular, mas sim contribuindo para o aprimoramento das práticas democráticas, possibilitando a instauração de um contexto de diálogo e, por conseguinte, o exercício da democracia deliberativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÓN, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. 3.ed. Portugal: Ed. 70, 2004.

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

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. rev.. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-39.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Temas de Direito Constitucional*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf Acesso em 22 de novembro de 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: novembro 2010.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, Democracia Deliberativa e a atuação do STF, In VIEIRA, José Ribas (coord), *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

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

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRITO, J. Sousa *et alli*. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) *A deliberação pública e suas*

dimensões sociais, políticas e comunicativas. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009, p. 31-84.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo:Editora Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2.ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. Política e Economia no Judiciário: As ações diretas de inconstitucionalidade dos Partidos Políticos. *Caderno de Ciência Política da UnB*, nº 7, Brasília, 1993.

CHAMBERS, Simone. Deliberative democratic theory. *Annual Review of Political Science*, n. 6, 2003.

_____. Democracy, popular sovereignty and constitutional legitimacy. *Constellations*, v. 11, n. 2, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, v. 5, n. 9, jul./dez.2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? Palestra proferida no V Congresso de Direito da FAETE – *Ativismo judiciário: um diálogo com o Professor José de Albuquerque Rocha*, realizado em Teresina – PI, nos dias 12 a 14/05/2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. Brasília, 1998, p. 39-48.

COTTA, Tereza Cristina. Metodologias de avaliação de programas e projetos sociais: análise de resultados e de impacto. *Revista do Serviço Público*, ano 49, n. 2, abr./jun. 1998. Brasília:ENAP, 1998, p. 103-122.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. São Paulo: Renovar, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010

ESTEVES, Maria da Assunção. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

FRANCO, Maria Paula P.B. *Análise de Conteúdo*. Séria Pesquisa. Brasília: Líber Livro, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2.ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

FERREIRA, Renata Tereza da Silva. *O direito educacional na Constituição Federal e LDB*. 2.ed. São Paulo: Lawbook, 2008.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. *Educação como prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Maria. Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 64-67, 1996.

GARCIA, Emerson (Org). *Efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Direito, conceito e normas jurídicas. *Revista dos Tribunais*, 1988.

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Democracia deliberativa para além do processo. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (org. e trad.) *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 177-206.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vols I e II. 2.ed., tradução: Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander. In: *O Federalista*, nº 78, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Editora Russel: Campinas, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando R.N.M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

KROL, Heloísa da Silva. Democracia deliberativa e jurisdição constitucional. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 151-165, abr./jun. 2007.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul Ltda, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2.ed., Chicago: Univ.Chicago Press, 1965.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Edis (org.). *Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. (org. e trad.). *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas – textos fundamentais*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1908.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3.ed., rev e atual. Rio de Janeiro:Renovar, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Saraiva, 2007.

MOREIRA, Vital. In: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINDYCK, Robert. S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6.ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra, 2006.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. João Sedas Nunes. Lisboa: Editorial Presença, 1997.

_____. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pissetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RICHE, Flávio Elias. Revisitando a deliberação pública. In: VIEIRA, José Ribas (org.) *Temas de constitucionalismo e democracia*, 2003.

ROMERO, Luiz Carlos. *Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal*. Texto para Discussão n. 41, Brasília: maio/2008, Consultoria Legislativa do Senado Federal.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHIS, Luís Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel; Galdino, Flávio (org.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SEIXAS, Clarice Duarte. In: *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SIFUENTES, Mônica. *O Acesso ao Ensino Fundamental no Brasil: um Direito ao Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 37 ed., 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 1994.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania. In: SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado (org.) *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 43-82.

_____. Os direitos fundamentais como condições para a cooperação na deliberação democrática. *Revista Ajuris*. Ano XXXV, nº 110, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (em crise) – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed., rev. e atual. Porto Alegre: 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n.1, jan/mar.2007, p. 79-103.

TEIXEIRA, Ariosto. *A Judicialização da Política no Brasil: 1990-1996*. Dissertação de Mestrado, Brasília, UNB, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALA, Jorge. Análise de Conteúdo. In: SILVA, Augusto Santos; Pinto, José Madureira. (org). *Metodologia das Ciências Sociais*. Porto: Afrontamento, 2003, pp. 101-128.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Revista de Ciências Sociais – DADOS*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, pp. 777-843.

VIANNA, Luiz Werneck [et. all.] *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

XIMENES, Julia Maurmann. Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo. *Artigo aguardando publicação. Circulação restrita*. 2009.

_____. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.