

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIR
O DIREITO À EDUCAÇÃO**

EDUARDO SILVA DE FREITAS

Graduação em andamento em Direito na Universidade do Vale do Itajaí (2013-atual), membro do Grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas cadastrado no diretório de grupos de pesquisa do CNPq. Bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica (2013-atual). Itajaí/SC – Brasil.

E-mail: edusfreitaslol@hotmail.com

CLOVIS DEMARCHI

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

RESUMO: O artigo tem como objeto a análise da Judicialização da Educação. O seu objetivo é demonstrar a necessidade e a constitucionalidade da Judicialização da educação como forma de garantir a sua efetivação. A pesquisa está orientada em torno da discussão sobre a Judicialização do Direito à Educação. Observa-se que a Educação encontra previsão na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (CRFB/88) e deve ser garantida, consistindo no direito de se ter acesso ao ensino formal, e neste contexto procura-se responder ao questionamento em torno da necessidade e constitucionalidade da Judicialização como um meio necessário e constitucional para garantir a efetivação do direito à Educação. Destaca-se que a Educação é direito fundamental e a sua efetivação é responsabilidade inicial do Estado. Inicialmente foi tratado sobre a Judicialização e sua importância na concretização de direitos. Em seguida fez-se uma incursão sobre o histórico do direito à educação, inclusive delineando o desenvolvimento de tal Direito nas constituições do Brasil, para então tratar dos Direitos fundamentais e suas dimensões, a fim de caracterizar em qual destas se situa o Direito à educação. Em seguida tratou-se da competência e responsabilidade dos entes federativos no que toca a efetivação do direito à educação para finalmente analisar o que toca à Judicialização no caso específico da questão que envolve o Direito à Educação. Quanto à Metodologia, o relato dos resultados foi composto na base lógica Indutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Educação. Direito Fundamental. Judicialização.

JUDICIALIZATION AS A WAY TO GUARANTEE THE RIGHT TO EDUCATION

ABSTRACT: The article has as object to analyze the Judicialization of Education. Its purpose is to demonstrate the necessity and constitutionality of Judicialization of education in order to ensure its effectiveness. The research is oriented around the debate on the Judicialization of the right to education. It is observed that education is foreseen in the Constitution of the

Federative Republic of Brazil / 1988 (CRFB / 88) and must be guaranteed, consisting in the right to have access to formal education, and in this context we seek to answer the question around necessity and constitutionality of Judicialization as a necessary and constitutional mean to ensure the materialization of the right to education. It is emphasized that education is a fundamental right and its effectiveness is primary responsibility of the state. Initially it was treated on the Judicialization and its importance in the materialization of rights. Then it was made a raid on the history of the right to education, including outlining the development of such a law in the constitutions of Brazil, to then deal with the Fundamental Rights and its dimensions in order to characterize in which of these is situated the right to education . Then was treated the competence and responsibility of federal entities when it comes to ensuring the right to education to finally analyze what comes to Judicialization the specific issue of the case involving the right to education. As for the Methodology, the reporting of results was indited in the Inductive reasoning base.

KEYWORDS: Right to Education. Fundamental Right. Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

A educação consiste em um processo contínuo de aprimoramento do ser humano. Ela é essencial ao desenvolvimento integral do cidadão, bem como a alcance da dignidade da pessoa humana. Na acepção de ensino formal, tem-se que a educação se refere a uma relação de ensino-aprendizagem perpetrada em instituições educacionais¹.

A fim de compreender a amplitude do direito à educação, realizar-se-á uma incursão sobre a história da educação e sua previsão nas Constituições do Brasil. Consigna-se que o direito à educação é um direito fundamental social de aplicação imediata, isto é, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que para sua efetivação requer prestações positivas por parte do Poder Público, o qual não pode se omitir de tais prestações, haja vista ser um direito público subjetivo de fruição imediata².

Como não se pode ficar de rodeios com relação ao tema, há necessidade de fazer um determinado enquadramento, por isso se adota a ideia de Silva³, que afirma serem os direitos fundamentais os conferidos aos integrantes de determinada Sociedade, instituídos e garantidos por eficácia normativa em uma ordem jurídica concreta. Sendo mais específico

¹ DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. São Paulo: Paco Editorial, 2014. p. 112.

² MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 785-787.

³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 182-184
Revista Diálogos Possíveis, Salvador, ano 15, número 2, p. 20-45, jul./dez. 2016

ainda como anota Canotilho⁴: são os direitos do homem positivados por meio de sua incorporação à Constituição de um determinado país, portanto, limitados espacial e temporalmente.

Desta forma entende-se que direitos fundamentais são um conjunto de atributos que garantem e realizam os ideais que se busca em determinado Estado, por isso é que estão positivados em uma Constituição. O direito a Educação se enquadra neste rol com a previsão constitucional no artigo 6º, entre os direitos sociais.

Como problema de pesquisa tem-se o questionamento: a Judicialização é um meio necessário para garantir a efetivação do Direito à Educação haja vista que se encontra no rol de Direitos Sociais?

O objetivo geral consiste em demonstrar se há a necessidade e a constitucionalidade da Judicialização da educação como forma de garantir a sua efetivação.

A realização da pesquisa passou por sete momentos, inicialmente foi tratado sobre a Judicialização e sua importância na concretização de direitos. Em seguida fez-se uma incursão sobre o histórico do direito à educação, inclusive delineando o desenvolvimento de tal Direito nas constituições do Brasil, para então tratar dos Direitos fundamentais e suas dimensões, a fim de caracterizar em qual destas se situa o Direito à educação. Posteriormente tratou-se da competência e responsabilidade dos entes federativos no que toca a efetivação do direito à educação, foram expostos dados que permitem identificar conexões entre projetos de lei relativos à área educacional e as demandas que chegam aos Tribunais Superiores, tecendo-se considerações acerca das correntes substancialista e procedimentalista frente à legitimidade da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos sociais para finalmente analisar a necessidade e constitucionalidade da Judicialização no caso específico da questão que envolve o Direito à Educação. Quanto à Metodologia⁵, o relato dos resultados foi composto na base lógica Indutiva. A pesquisa foi bibliográfica e documental.

2 A JUDICIALIZAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

⁵ Adotou-se as orientações de metodologia de pesquisa de PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

2.1 PARADIGMA DAS CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS

O constitucionalismo moderno apresenta uma ideia de Direito liberal, de liberdade política e de limitação de poder.

Conforme aduz o art. 16º da Declaração de 1789 *in verbis*: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A Constituição então representa a garantia e a direção da garantia. Nesse contexto, o constitucionalismo visa à proteção dos indivíduos, sendo a Constituição um meio para este fim. O Estado constitucional confia à Constituição o prosseguir e a salvaguarda dos direitos dos cidadãos, depositando suas expectativas na observância dos preceitos constitucionais, por serem estes a primeira garantia desses direitos.

No século XX, o fenômeno Constitucional se generalizou, universalizou e perdeu sua referência necessária a um conteúdo liberal, não são mais as liberdades individuais e a separação dos poderes o seu conteúdo principal, a esses se somam direitos sociais, econômicos e culturais. Ou, em outros casos, se acolhem diferentes sentidos de pessoa humana e povo, e diferentes tarefas do poder político, como o Estado marxista-leninista, o fascista e fascizante e o de fundamentalismo islâmico. Contudo, permanece o modelo de descrição e atribuição de funções a cada um dos poderes do Estado, garantindo a representação do povo na atividade política por meio da Constituição⁶.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DA CRFB/88 QUANTO AO SEU CONTEÚDO

Quanto ao seu conteúdo, as constituições podem ser classificadas em Estatutárias e doutrinárias. Constituições Estatutárias ou Orgânicas são aquelas que se ocupam do estatuto do poder, dos seus órgãos e da participação política dos cidadãos, sem disciplinarem os sistemas econômico e social. Já as Constituições doutrinárias são aquelas que, além da organização política, regulam a vida econômica, social e cultural, podendo-se dizer programáticas ou diretivas quando fixam objetivos ou metas a alcançar. Qualquer Constituição possui elementos orgânicos e doutrinários, se diferenciando no grau em que estes

⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 162-166.
Revista Diálogos Possíveis, Salvador, ano 15, número 2, p. 20-45, jul./dez. 2016

estão presentes, no modo como se conjugam, na efetividade que obtêm e no sentido que a doutrina e a jurisprudência lhe conferem⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 3º determina os objetivos fundamentais da República e nos Títulos VII (arts. 170 a 192) e VIII (arts. 193 a 232) trata das ordens econômica, financeira e social.

Desta a forma, pode-se classificar a atual Constituição brasileira como sendo doutrinal e programática.

2.3 DEFINIÇÃO E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Miranda⁸ comenta as posições de alguns autores portugueses e brasileiros quanto à teoria da Constituição e ao fim expõe e explica sua visão. Para o presente trabalho cabe destacar as posições de Canotilho e Streck.

Canotilho se aprofunda na questão da efetividade da Constituição dirigente ao serviço da ampliação dos deveres do Estado e da incorporação de fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política é uma vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos atos e a Constituição é um projeto material vinculativo, cuja concretização compete aos órgãos constitucionalmente mandatados para efetivá-lo. Direção político-constitucional é diferente de direção política de governo. A Constituição condiciona a atividade de direção política, cabendo a esta um papel criativo na seleção e especificação dos fins constitucionais e na escolha dos mecanismos adequados para sua realização.

Em sendo assim, trata-se de evitar a substituição da normatividade constitucional pela economicização da política e a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos.

Streck adapta a visão de Canotilho aos países de “modernidade tardia”, em busca da efetivação dos direitos sociais fundamentais, compreendendo a Constituição como um ente fundante que carrega o status de matriz privilegiada de sentido do ordenamento, unindo o político e o jurídico, sendo aonde se fundamenta o sentido jurídico. Porém, a Constituição é um paradoxo, sendo que é necessário um ponto de partida, mas esta pretensão é frustrada uma

⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 162-166.

⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 198-207

vez que o começo se dá sempre de novo e de várias formas na antecipação de sentido, a partir do modo prático de ser-no-mundo do intérprete. Dessa forma, esse sentido fundante parte de uma manifestação prévia, no qual já existe um processo de compreensão, não se podendo então, conceber a Constituição como uma categoria ou hipótese através da qual se possa fazer deduções.

Em sua visão, não há sentido em se falar na compreensão prévia sem tratar do sentido mesmo da Constituição, no nível do cotidiano e da interação social. Devendo daí ser entendida a Constituição como um existencial, no plano ontológico-existencial, manifestação da própria condição existencial do ser humano, sempre a ela se remetendo.

O texto constitucional, no paradigma antecedente à noção de Constituição programático-dirigente, era entendido como uma terceira coisa posicionada entre o sujeito e o objeto. A linguagem constituinte da ambição de mudança, da emancipação da sociedade, do retorno das metas da modernidade, recusadas a países periféricos como o Brasil, passa a ser condição de possibilidade dessa mudança, sendo que na tradição gerada pela noção de Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo já não é mais de caráter liberal e sim um produto de um constructo que estabelece, em um novo-modo-de-ser instituído pelo pacto constituinte, os limites do mundo jurídico-social.

A título de conclusão, Miranda define Constituição como estatuto da comunidade e do poder político e elemento básico de legitimação e integração; conjunto de normas materiais; quadro institucional da vida do Estado e dentro do Estado; expressão dos valores básicos tanto na vertente subjetiva dos direitos fundamentais como na vertente objetiva das estruturas políticas e sociais; Constituição aberta para uma sociedade aberta e com um poder aberto; Constituição aberta ao pluralismo das ideias, aos conflitos de interesses e à mutação de valores, permanecendo, entretanto, a dignidade da pessoa humana como elemento essencial; conjunto de princípios e regras; conjunto de normas de aplicabilidade imediata, quer por via direta, quer por via sistemática.

Evoca o autor o fato de que o conceito de Constituição se modificou há um século, tornando-se mais flexível afim de incluir conteúdos políticos, econômicos e sociais divergentes e se projetar em tipos constitucionais caracterizados, não podendo ser insuscetível de apreciação pelo jurista.

Por último, acrescenta que mesmo diante dessas modificações, permanecem vigentes elementos do constitucionalismo liberal. As novas Constituições somente garantem

integralmente os direitos individuais e institucionais e modelam sem rupturas o futuro comunitário caso esteja presente o máximo rigor possível nos preceitos relacionados a direitos e liberdades fundamentais, cabendo ao legislador e ao aplicador apenas interpretá-los e os regulamentar; haja abertura, nos limites da sua força normativa, da sua função integradora e incluyente, dos preceitos referentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos aos sucessivos modos de concretização ensejados pelas manifestações de vontade política constitucionalmente organizada; sejam criados mecanismos jurídicos e políticos, procedimentais e processuais, de garantia das normas constitucionais.

2.4 ATIVIDADE PÚBLICO-CONSTITUCIONAL E FISCALIZAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Entre as funções do Estado situam-se as funções administrativa e jurisdicional.

A função administrativa promove a efetivação dos interesses públicos condizentes com as necessidades coletivas prescritas pela lei e na função jurisdicional define-se o Direito em concreto, perante situações do cotidiano, e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de atos jurídicos, donde o interesse público alicerça os atos da função administrativa e o cumprimento das normas jurídicas fundamenta os atos da função jurisdicional. Assim, a administração assume uma postura volitiva e prospectiva, e a jurisdição uma postura intelectual e retrospectiva⁹.

Ainda em Miranda¹⁰, se apresenta a problemática da hierarquia entre inconstitucionalidade e ilegalidade formal e material e é apontado que a questão reside no modo de interpretar a estrutura da ordem jurídica e em atribuir a cada ato um fundamento material ou formal e que, tendo de escolher, a precedência lógica e ontológica tem de pertencer aos elementos substanciais.

“A garantia tem de estar fora da norma, porquanto ela é de alguma norma, não a própria norma garantida”, diz o escritor, a garantia consiste em faculdades de fazer ou de exigir, é um mecanismo a serviço da norma. Qualquer meio de garantia, político ou jurisdicional, não tem realidade senão enquanto prevista numa norma jurídica. A garantia da constitucionalidade deve cotejar com o comportamento de órgãos do poder político ou, de

⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 364-365.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 451-452.

forma mediata, com cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição, isso significa que nesta relação ou situação prevalece o dispositivo constitucional que sobre ela incide. Considerando, devidamente, o papel dos cidadãos, a efetividade deste processo requer órgãos que ultimem a função garantista e “o Estado Constitucional será tanto mais Estado de Direito quanto mais forte e aperfeiçoada vier a ser ação duns órgãos relativamente a outros”¹¹.

A fiscalização trata-se de uma forma institucional de se exercer a garantia, o conceito de fiscalização surge no Direito constitucional se aproximando e se afastando, simultaneamente, do conceito de garantia. Garantia não se resume em fiscalização, e a fiscalização não serve exclusivamente à garantia. Pode existir tanto a fiscalização a serviço da garantia (fiscalização da constitucionalidade) como independente desta, a fim de fiscalizar um órgão sobre o outro. A fiscalização de constitucionalidade incide sobre atos, omissões, comportamentos e atividades do poder público¹².

2.5 INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Para Tribe¹³, Direito constitucional não consiste apenas nas disposições estabelecidas na Constituição, mas também no grande número de pareceres que o Tribunal Superior sustenta e no modo como interpreta essas disposições. Esses pareceres são de certa forma, um segundo conjunto de textos constitucionais e são notáveis, em casos famosos, por suas mudanças de sentido, a exemplo do que acontece nos Estados Unidos da América.

Um texto constitucional que o Tribunal enunciou e aplicou em um determinado contexto tempos atrás, pode posteriormente ser interpretado de forma diferente. “Correções” desse tipo não servem para revisar a disposição constitucional subjacente ou a estrutura em si mesma, elas procuram preservar o significado básico da Constituição, melhorando a interpretação de seus dispositivos. Não são apenas as falhas nas fórmulas judiciais que motivam tais mudanças, os processos sociais - em quaisquer de suas dimensões - são capazes de ensinar lições que vêm a ensejar a leitura do mesmo texto sob uma nova perspectiva. Estas lições levam à conclusão de que a nova leitura - a necessária para que se seja fiel ao significado da Constituição - deveria ter sido feita desde o princípio, e que a antiga estava

¹¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 463-466.

¹² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 463-466.

¹³ TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law**. Tradução livre. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 77-82.

incorreta quando apresentada, ao passo que a nova agora é necessária em face das novas circunstâncias. Outras vezes, conclui-se que a leitura anterior era perfeitamente apropriada em seu tempo, mas dado os novos acontecimentos teve de ser considerada ultrapassada. E ainda, em outras ocasiões, uma interpretação nova reflete uma mistura de ambos - a confissão de um erro no passado e o reconhecimento de uma situação diferente¹⁴.

A cláusula de igual proteção¹⁵ (seção 1 da décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos), por exemplo, como todas as outras disposições constitucionais, é concebida - e não tem como ser de outra forma - a partir do campo de experiência de seus intérpretes, o que o autor de um texto quis dizer não pode ser igualado com o que aquele autor teria previsto que os outros poderiam comentar a respeito do que ele disse, o significado da cláusula de igual proteção não pode ser confundido com as projeções ou expectativas concretas de seus autores ou de seus ratificadores - afinal, todos eles são seus intérpretes originais, a concebendo devidamente dentro de suas próprias experiências e expectativas. A vida que a nação conduz sob o manto da Constituição a altera gradual e continuamente, e muda a percepção do povo sobre ela. Existem, entretanto, limites para este processo aberto e dinâmico, fundados na concepção do caso *Marbury vs. Madison* de que Constituição é lei - “é enfaticamente de competência e dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei”¹⁶.

A ideia de “Constituição como lei rígida, lei escrito em letras maiúsculas (LEI), lei no sentido de lei fidedigna” passou a impressão de ser “de longe o ideal mais importante de Constituição”. Assim “se a Constituição predomina porque é uma lei, sua interpretação deve ser constrangida pelos valores da *rule of law*, [...] os tribunais devem interpretá-la através de um processo de raciocínio que seja replicável, [...] estável [...] aplicado consistentemente¹⁷.

¹⁴ TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law**. Tradução livre. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 77-82.

¹⁵ Dispõe a cláusula de igual proteção: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

¹⁶ TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law**. Tradução livre. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 77-82.

¹⁷ TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law**. p. 77-82; Rule of Law neste ponto entendido como a maioria dos doutrinadores sendo o ideal em que pessoas em posição de autoridade devem exercer seu poder dentro de um quadro restritivo de normas públicas, em vez de exercê-lo com base em suas próprias preferências, sua própria ideologia, ou seu próprio senso individual de certo e errado.

Canotilho¹⁸, ao tratar das bases da compreensão dogmática do direito constitucional, parte da ideia de que o sistema jurídico do Estado de direito democrático é um sistema normativo aberto de regras e princípios, sendo jurídico porque, é um sistema dinâmico de normas; aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; de regras e princípios, porque as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.

O autor menciona que, na teoria da metodologia jurídica tradicional, se fazia a distinção entre normas e princípios e sugere sua substituição pela ideia de que regras e princípios são duas espécies de normas e a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Restando, desta forma, as seguintes questões fundamentais: a função dos princípios, se estes têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta; se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma família e havendo apenas uma diferença do grau, ou se, pelo contrário, os princípios e regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa.

Prossegue que princípios são multifuncionais, podendo desempenhar uma função argumentativa ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo.

Streck¹⁹ aponta a existência de uma diferença ontológica entre texto legal e norma jurídica afirmando que

na medida em que o ser é sempre o ser de um ente, isto é, o ser não flutua no ar, portanto, só ocorre nas coisas, este não pode ser entificado. Portanto, não esqueçamos que sentido é aquilo dentro do qual o significado pode se dar, isto é, o significado é o conteúdo predicado de um enunciado.

Isto posto, a Constituição deve ser interpretada a partir da ideia de que ela é uma Lei rígida e fidedigna, que institui um Estado democrático de Direito portador de um sistema jurídico que consiste em um sistema normativo aberto de regras e princípios e que dirige a

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 165-170.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis, v. 28, n. 54, jul. 2007. p. 32-33. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066/13733>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

produção normativa judicial no sentido dependente “do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou ao encobrimento próprio da existência²⁰”. Portanto, o intérprete não pode atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos.

3 DA IDEIA DE JUDICIALIZAÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 adotou o presidencialismo como forma de governo e um sistema político pluralista, admitindo a coexistência de vários partidos. O governo encontra dificuldades constantes para constituir uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, o que contribui para gerar uma instabilidade política no país e o que vem a se denominar “presidencialismo de coalizão”, termo que define a relação interinstitucional entre os poderes Executivo e Legislativo. Destarte, se forma um cenário político em que o Presidente é eleito por maioria absoluta em sufrágio universal e o Parlamento, detentor da “vontade geral”, para apoiar o governo, negocia para formar a maioria e, ainda assim, há tensões constantes. Tensionamento este que acaba indo para o Judiciário, via de regra para o Supremo Tribunal Federal (STF). Ou seja, quanto mais tensões, mais demandas para o STF, o que o fortalece.

As inércias dos poderes Executivo e Legislativo deságuam no Poder Judiciário, acentuando seu protagonismo no cenário político atual. A exemplo do que acontece nas reivindicações de prestação de saúde via Judicialização, o STF ingressa em um terreno de atendimento a demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e as demandas acabam indo para o STF.

Importante ressaltar que a Judicialização é muito significativa no plano do controle difuso de constitucionalidade, anotando-se que, ainda a exemplo da Judicialização do direito à saúde, em São Paulo, a Secretaria Estadual de Saúde gastou R\$515 milhões em medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011, em torno de R\$90 milhões a mais do que o previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos²¹.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis, v. 28, n. 54, jul. 2007. p. 32-33. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066/13733>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. p. 83-93. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=281&sid=26>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

4 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

4.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

A Educação foi merecedora de expressa previsão constitucional já na Carta Imperial de 1824, que, no seu art. 179, XXXII, previa o direito à instrução primária e gratuita para todos os cidadãos. Embora a supressão de tal direito do texto constitucional em 1891, a contar de 1934 o direito à educação passou a figurar de forma contínua e progressiva em termos quantitativos e qualitativos nas demais constituições, com variação, até alcançar, em termos de quadro evolutivo nacional, o máximo nível de regulação constitucional, na atual CF²².

4.1.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

Ao refletir um país que se estabeleceria como Império de polo cultural, a Constituição de 1824 traduzia os sonhos jurídico-constitucionais das elites políticas de então, que o Imperador logrou interpretar.

Disto se fez com que fosse consagrado desde então como princípio constitucional clássico em matéria educacional o princípio da gratuidade de ensino, conforme dispunha o texto de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

O constituinte de 1824 limitou tal princípio apenas ao ensino primário, porém, sua inserção em sede constitucional refletiu a preocupação que se tinha na época em formar uma elite política preparada para governar a Nação jovem que conduziu discussões entre os membros da constituinte.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 591.

Prescrever e garantir a presença do poder público na educação é de interesse público, para tanto concorrendo a gratuidade e a presença de estabelecimentos educacionais disseminados pelo território²³.

4.1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição de 1891 se referiu expressamente a dois princípios educacionais: a presença da União nas atividades de incentivo às *letras*, e a laicidade do ensino²⁴.

Conforme ditava o texto de 1891:

Art. 35. Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

[...]

2º Animar, no paiz, o desenvolvimento das letras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilegios que tolham a acção dos governos locaes;

O Ensino Laico, corolário do Positivismo orientador de 1889, gerou discussões, culminando na seguinte redação a seu respeito:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes

[...]

§ 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

4.1.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 foi pródiga diante das suas antecessoras no que tange aos princípios. Antes do capítulo dedicado ao tema, é apontada a presença da União e dos Estados na educação e a eugenia educacional.

Art 10. Compete concorrentemente á União e aos Estados:

[...]

VI - diffundir a instrucção publica em todos os seus graus;

[...]

Art 138. Incumbe á União, aos Estados e aos Municipios, nos termos das leis respectivas:

[...]

b) estimular a educação eugénica;

O primeiro artigo do Capítulo dispensado à Educação afirmaria a presença dos poderes públicos no âmbito educacional, aí incluindo os poderes municipais:

Art 148. Cabe à União, aos Estados e aos Municipios favorecer e animar o desenvolvimento das sciencias, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objectos de interesse historico e o patrimonio artistico do paiz, bem como prestar assistencia ao trabalhador intellectual.

²³ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. p. 43-45.

²⁴ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. p. 51-52

O Constituinte estabeleceu o princípio do solidarismo como fundamento filosófico para a educação.

Art 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcional-a a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite efficientes factores da vida moral e económica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

O Constituinte de 1934 valeu-se das regras pertinentes ao Plano Nacional de Educação para elencar princípios constitucionais da Educação. As alíneas do parágrafo único do artigo 150 contêm as normas às quais o referido plano obedeceria.

- a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;
- [...]
- c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;
- d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras;
- e) limitação da matrícula à capacidade didáctica do estabelecimento e selecção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objectivos apropriados à finalidade do curso;
- f) reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino sómente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.

A Constituição de 1934 reconheceu o princípio da nacionalidade do idioma de ensino, que visava vedar que o poderio privado estabelecesse, em território nacional, propagandista de interesses externos, o respeito à capacidade didáctica de cada estabelecimento, a ideia de concurso para ingresso na rede educacional como aluno, e a estabilidade e condigna remuneração docentes, inclusive como condição de reconhecimento oficial de estabelecimentos privados de ensino²⁵.

4.1.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937 deu atenção especial à consagração de princípios, na qual a liberdade de iniciativa privada abriu o rol de princípios em matéria educacional.

O texto menciona a presença de fomento público aos interesses empresariais em matéria educacional.

²⁵ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. p. 66-70.

Art 128. A arte, a sciencia e o ensino são livres á iniciativa individual e á de associações ou pessoas collectivas publicas e particulares. É dever do Estado contribuir, directa e indirectamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artisticas, scientificas e de ensino.

A seguir é estabelecido o princípio da participação do Estado na Educação:

Art. 129. A infancia e á juventude, a que faltarem os recursos necessarios á educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições publicas de ensino em todos os seus grãos, a possibilidade de receber uma educação adequada ás suas faculdades, aptidões e tendências vocacionaes.

No modelo forjado pelo Estado Novo, o dever do Estado limitava-se apenas aos filhos das classes menos privilegiadas. A Educação Pública, assim, assume a face de estabelecimento de compensação de desigualdades que haveriam de se agravar com a política de exclusão social às avessas então entabulada, pela qual o direito dirige-se inequivocamente às classes menos favorecidas, como mecanismo de ressarcimento destas pelas agruras do sistema econômico²⁶.

4.1.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

A democrática Constituição de 1946, na abertura da seção pertinente à Ordem Constitucional da Educação, traduziria os valores básicos que, norteando todo o Texto Constitucional, ilustrariam também o processo educacional: liberdade e solidariedade, com a participação da família no processo educativo. *Verbis*:

Art. 166. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

A presença do Estado nos domínios educacionais, com a presença da livre iniciativa, também foi aventada na Constituição de 46:

Art. 167. O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos poderes públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem.

A Constituição de 1946 estabeleceu os princípios da obrigatoriedade e nacionalidade idiomática do ensino primário; da gratuidade do ensino primário público; da participação privada no financiamento do ensino; da facultatividade do ensino religioso; do concurso público para provimento de cátedras vitalícias; da liberdade de cátedra e de ciência²⁷.

²⁶ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. p. 81-84.

²⁷ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. p. 89-92.

Art. 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:
I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;
II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;
III - as emprêsas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos dêstes;
IV - as emprêsas industrias e comerciais são obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitadas os direitos dos professores;
V - o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acôrdo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por êle, se fôr capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável;
VI - para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas. Aos professôres, admitidos por concurso de títulos e provas, será assegurada a vitaliciedade;
VII - é garantida a liberdade de cátedra.
[...]
Art. 173. As ciências, as letras e as artes são livres.

4.1.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967

O tom de uma Constituição de exceção é dúbio, mistura notas de valores autoritários a consagrações de liberdade e da democracia.

Já na enunciação da Ordem Constitucional da Educação, fazem-se presentes os impositivos valores do regime de exceção:

Art. 168. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

O texto propunha no tocante à liberdade científica e artística os seguintes ditames:

Art. 171. As ciências, as letras e as artes são livres.
Parágrafo único. O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

A Constituição de 1967 estabeleceu a lógica da língua nacional e da liberdade de cátedra²⁸.

Art. 168.
§ 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:
I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;
[...]

²⁸ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. p. 100-102.

VI - é garantida a liberdade de cátedra.

4.2 DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.2.1 ENQUADRAMENTO DA EDUCAÇÃO NAS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Silva²⁹, a classificação dos direitos fundamentais que decorre do Direito Constitucional brasileiro é aquela que agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela.

Ao criterizar os direitos fundamentais de acordo com seu conteúdo, o autor apregoa a seguinte classificação: (a) direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; (b) direitos fundamentais do homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do homem-cidadão, que são os direitos políticos; (d) direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º: saúde, educação, seguridade social, etc.); (e) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, que a CF adotou como direitos-coletivos; (f) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário.

A educação então se enquadra no agrupamento dos direitos fundamentais do homem-social.

4.2.2 COMPETÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS

A Constituição distribui as matérias relativas à educação entre as entidades federativas e que passam a compor seu campo de atuação governamental, sua área de competência.

À União compete, no setor social, estabelecer, por lei, o plano nacional de educação e concorrentemente com os Estados, Distrito Federal e Municípios, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

²⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 182-184

A competência legislativa sobre educação é concorrente à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo, porém, privativo à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.

O dever estatal com a educação implica a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cada qual com seu sistema de ensino, em regime de colaboração mútua e recíproca³⁰.

5 CONCEITO DE DIREITO À EDUCAÇÃO

Para Sifuentes³¹, à fórmula “direito à educação” podem-se vincular muitas ideias, como a pretensão do indivíduo ou das coletividades, perante um Estado social e interventor, bem como às ideias políticas de reforma da sociedade, por meio da educação da população jovem.

A autora examina o direito de acesso ao ensino fundamental em dois aspectos: material e instrumental.

- a) material: como o direito a uma educação e formação adequadas, dirigidas ao desenvolvimento da personalidade e ao cumprimento das tarefas sociais, assim como à realização de uma efetiva igualdade de todos os cidadãos;
- b) instrumental: como a legitimação do cidadão em face do Estado para exigir uma prestação positiva em matéria educativa.

A partir destas premissas, a autora define que o objeto desse direito é a “recepção da educação”.

Pode se encontrar ainda na própria Constituição Federal, a caracterização do direito à educação como direito público subjetivo, conforme aduz o art. 208, § 1º *in verbis*: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e afirma ainda que o seu não-oferecimento pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, inc. I, parágrafos 1º e 2º, CF/88), logo, o legislador constituinte, ao atribuir ao direito ao ensino fundamental a característica de público subjetivo, além de atribuir expressamente responsabilidade à autoridade que não o fornecer, deu-lhe maior relevo que todos os outros direitos sociais.

³⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 841-844.

³¹ SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais. 2 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 45-48.

6 AS CORRENTES SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA FRENTE À LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Ao discorrer sobre a questão procedimentalismo-substancialismo Streck³², citando Habermas, aponta inicialmente que este critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Para o referido autor, o paradigma procedimentalista “pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso”. Este paradigma parte da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, “nas democracias de massas dos Estados sociais”, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito.

Assim, no Estado Democrático de Direito, muito embora Habermas reconheça a importância da tarefa política da legislação, como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada por que têm que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação³³

Contudo, Streck rejeita o paradigma procedimentalista, argumentando que, ao adotá-lo, de certa forma negligenciar-se-ia a força normativa da Constituição e sua direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos valores substanciais previstos na Lei Maior, correndo-se “o risco de entender o Direito – no que se relaciona aos valores substantivos constitucionais – como um mecanismo (meramente) redutor de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito” e desta forma, “transformar o Direito Constitucional em um Direito Constitucional simbólico, frustrando as expectativas exsurgentes do contrato social”³⁴.

³² STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 8, n. 2, ago. 2003. p. 257-301. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>. Acesso em: 4 out. 2015.

³³ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 8, n. 2, ago. 2003. p. 257-301. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>. Acesso em: 4 out. 2015

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 8, n. 2, ago. 2003. p. 257-301. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>. Acesso em: 4 out. 2015

Fazendo seu contraponto às teses procedimentalistas, Streck³⁵ replica que se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, “locus do sentido hermenêutico do direito”.

De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E isso quer dizer controle da atividade da jurisdição. Na hermenêutica, há um efetivo controle da interpretação a partir da tradição (da autoridade desta), da obrigação da integridade, da coerência, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais que podemos chamar aqui de virtudes soberanas³⁶

Entendemos que esta ideia de Streck se coaduna também com a já exposta acima posição de Miranda, para quem no modo de interpretar a estrutura da ordem jurídica e em atribuir a cada ato um fundamento material ou formal, a precedência lógica e ontológica tem de pertencer aos elementos substanciais, uma vez que, para Streck, a materialidade principiológica do paradigma pós-positivista tem seu fundamento na Constituição e deve possibilitar sua normatividade concreta por intermédio dos princípios constitucionais que o autor chama de virtudes soberanas.

7 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO DE CONTROLE

A Lei n. 7.347, de 23-7-1985, reconheceu a ação civil pública como mecanismo de defesa dos interesses difusos e coletivos. A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. Seu objeto é amplo, e sua utilização é condicionada à definição do conceito jurídico relativo aos “interesses difusos e coletivos”³⁷.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 40, n. 132, dez. 2013. p. 185-208. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/254/189>>. Acesso em: 4 out. 2015

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 40, n. 132, dez. 2013. p. 185-208. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/254/189>>. Acesso em: 4 out. 2015

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1143-1146.

Para Mendes³⁸, é visível que a ação civil pública não se confunde com, pela própria forma e natureza, com os assim denominados “processos subjetivos”, porque, nesse processo, a parte não atua na defesa de interesse próprio, e sim, interesse público devidamente caracterizado. Dessa forma, é difícil se conceber que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

O constitucionalista observa que a ação civil pública aproxima-se de processo sem partes ou de processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com o escopo de garantir a tutela do interesse público, por isso o legislador disciplinou a eficácia da decisão proferida em sede de ação civil, determinando que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”. Dito isso, uma vez utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a Constituição Federal, terá eficácia similar à das ações diretas de inconstitucionalidade, ou seja, eficácia geral e irrestrita.

Em se tratando especificamente do direito à educação, temos o seguinte precedente neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA -AÇÃO CIVIL PÚBLICA -ENSINO FUNDAMENTAL - MATRÍCULA DE CRIANÇAS COM SEIS ANOS INCOMPLETOS - I. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO, EM RAZÃO DE NÃO SER A AÇÃO CIVIL PÚBLICA VIA PROCESSUAL PARA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO QUE NÃO SE DESTINA A SUBSTITUIR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRELIMINAR AFASTADA - II. COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE DA CRIANÇA, MEDIANTE AVALIAÇÃO PSICOPEDAGÓGICA, EM CURSAR O ENSINO FUNDAMENTAL - POSSIBILIDADE - RECURSO E REEXAME IMPROVIDOS.

I. A ação civil pública pode ser ajuizada para se declarar a inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo, mormente quando os efeitos da declaração de invalidade da norma são restritos a grupo determinado.

II. Havendo a comprovação de a criança com seis anos incompletos estar apta para cursar o ensino fundamental, impõe-se-lhe garantir o acesso à educação, direito fundamental.³⁹

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1143-1146.

³⁹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. AC: 948 MS 2003.000948-5, Relator: Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, Data de Julgamento: 03/02/2004, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 30/03/2004

8 NECESSIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

Também em sede de Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público de Santa Catarina em face do Município de Biguaçu/SC, foi deferido o pleito que exigia a implementação de 500 vagas pré-escolares, bem como a manutenção dos respectivos estabelecimentos que as receberiam.

Em seu voto, o então Desembargador Relator Ricardo Roesler⁴⁰ assim discorreu:

[...] É fácil notar que, cada vez mais, há a *necessidade* de intervenção judicial para a solução de políticas públicas. Daí tanto se questionar, de um lado, o que se procura ordinariamente tarifar como certo ativismo judiciário indevido, e de outro a eventual limitação do Poder Público de fazer frente àquelas exigências por vezes mais elementares. Tenho que o poder judiciário está legitimado para controlar, determinar e formular as atividades desenvolvidas pelo Estado. O princípio da separação dos poderes, corretamente interpretado no Estado Democrático de Direito (que incide sobre a realidade social, para modificá-la), significa que o Estado, único, atribui constitucionalmente o exercício de suas funções a determinados órgãos, que as exercem primariamente, sem interferência dos outros em suas atividades; mas, sobre essas atividades, paira o controle dos atos dos demais "poderes" pelo Judiciário. Por outro lado, admite-se hoje até mesmo o eventual controle do Judiciário sobre o mérito do ato administrativo. Não há mais atos discricionários que escapem à fiscalização. E quais são essas circunstâncias- Em tema de políticas públicas, o Poder Judiciário pode interferir para implementá-la, na omissão do poder público, ou para corrigi-las, se não se adequarem aos objetivos constitucionais. [...]

Pelo que se observa de notícia publicada no sítio da Prefeitura do Município de Biguaçu/SC, a decisão está sendo devidamente cumprida e as vagas implementadas⁴¹.

Barroso⁴², ao tratar da capacidade institucional do judiciário e seus limites aponta duas ideias: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos.

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Por exemplo, o judiciário pode não ser a fonte mais adequada da solução de lides envolvendo aspectos técnicos ou científicos complexos, por falta de informação ou conhecimento específico. Porém, de acordo

⁴⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC: 2012.080501-2, Relator: Des. Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 27/11/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/12/2014 (sem grifo no original). Disponível em: http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/apelao-cvel-20120805012. Acesso: 3 out. 2015.

⁴¹ BIGUAÇU. Prefeitura Municipal de Biguaçu. Obras possibilitam a abertura de 500 vagas em Centros de Educação Infantil em Biguaçu. Notícias de Biguaçu. Secretaria Municipal de Educação, Biguaçu, 26 fev. 2015. Disponível em: <http://www.bigua.sc.gov.br/obras-possibilitam-a-abertura-de-500-vagas-em-centros-de-educacao-infantil-em-biguaçu/>. Acesso em: 04 out. 2015.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso: 3 out. 2015.

com o autor, “formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo”. Sem embargos, segue mencionando que em situações como as exemplificadas, deveriam estes magistrados respeitar os pronunciamentos dos outros dois poderes.

A segunda ideia, por sua vez, impõe cautela e deferência por parte do Judiciário em relação à possibilidade efeitos sistêmicos imprevisíveis, uma vez que:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas⁴³.

O autor acrescenta que, concorrente às necessárias intervenções meritórias, estaria havendo uma “profusão de decisões extravagantes ou emocionais [...], que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas [...], desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos”.

Deduz destas premissas então que, mesmo podendo, nem sempre o Judiciário deve intervir. “Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui”.

Sendo assim, denota-se que, frente à necessidade de intervenção judicial em matéria de prestação educacional, o Poder Judiciário é limitado legal e materialmente quanto à reponsabilidade pelos efeitos de seu pronunciamento, devendo, portanto se ater à sua capacidade institucional como poder habilitado, ou não, a decidir sobre a questão posta, a fim de dar a resposta adequada diante a discussão.

9 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro, pós-constituição de 1988 passou a concretizar os princípios e direitos fundamentais consagrados pelo estado democrático estabelecido a partir de então.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 3 out. 2015.
Revista Diálogos Possíveis, Salvador, ano 15, número 2, p. 20-45, jul./dez. 2016

Esta nova postura é resultado do processo democrático que se estabeleceu no Brasil conferindo outras atribuições que em outros tempos não seriam imaginados, onde revisões e decisões judiciais interferiram no contexto dos demais poderes constituídos, estabelecendo a ideia de Judicialização. Seria então um aumento da extensão de atuação do Poder Judiciário objetivando a efetivação dos direitos fundamentais.

A Judicialização é sem dúvida um fenômeno eminentemente político, e também contingencial que decorre da necessidade de se fazer cumprir pelos poderes constituídos os direitos fundamentais bem como das diversas normas presentes no ordenamento jurídico.

Desta forma, cada vez mais demandas e conseqüentemente, aumento de litígios com a esperança de que o Poder Judiciário decida pelo cumprimento de direitos que deveriam ser exigidas pela organização ou participação popular. Sendo assim, mais fácil ingressar judicialmente e aguardar uma decisão do que organizar a Sociedade para exigir que os poderes competentes façam a sua parte. Passa-se a imaginar que o Poder Judiciário é o local adequado e legítimo para concretizar as questões que, de fato, deveriam ser discutidas e tratadas pelo legislativo e executivo.

O direito à educação, direito fundamental social de aplicação imediata, que se constitui como um direito subjetivo de todos os cidadãos, encontra-se explicitamente delineado na Constituição, estando o Estado incumbido como principal responsável para essa efetivação, nos termos do §2º do artigo 208 da referida lei.

O Judiciário é uma via cada vez mais acessível à população para demanda de proteção e garantia do direito à educação.

No modo de interpretar a estrutura da ordem jurídica e em atribuir a cada ato um fundamento material ou formal, a precedência lógica e ontológica tem de pertencer aos elementos substanciais, na forma da materialidade principiológica do paradigma pós-positivista, que tem seu fundamento na Constituição e deve possibilitar sua normatividade concreta por intermédio dos princípios constitucionais e suas virtudes soberanas.

O Brasil é regido por uma Ordem Constitucional de caráter programático-dirigente que vincula materialmente as instâncias políticas e jurídicas. Nesse contexto constitucional-legal encontram-se positivados direitos fundamentais de caráter social, dentre os quais o direito à educação, o que torna o cidadão legitimado para exigí-lo frente ao Estado. Tendo em vista a questão do presidencialismo de coalizão e a conseqüente inércia dos poderes executivo e legislativo que daí decorre, as demandas que versam sobre liberdades públicas

desaguam no judiciário, o que acentua seu protagonismo no cenário político contemporâneo, situação que, por sua vez, impõe que seja necessária a concretização de direitos fundamentais sociais, categoria na qual se encontra o direito à educação, por via judicial.

Isto posto, e retornando ao problema da pesquisa, entende-se que a Judicialização é um meio necessário para garantir a efetivação do Direito à Educação frente a inércia, principalmente do poder executivo que não concretiza o que lhe compete em termos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) **thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 3 out. 2015.

BIGUAÇU. Prefeitura Municipal de Biguaçu. Obras possibilitam a abertura de 500 vagas em Centros de Educação Infantil em Biguaçu. Notícias de Biguaçu. Secretaria Municipal de Educação, Biguaçu, 26 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bigua.sc.gov.br/obras-possibilitam-a-abertura-de-500-vagas-em-centros-de-educacao-infantil-em-biguaçu/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação: a regulação da educação superior no contexto transnacional**. São Paulo: Paco Editorial, 2014

HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. AC: 948 MS 2003.000948-5, Relator: Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, Data de Julgamento: 03/02/2004, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 30/03/2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC: 2012.080501-2, Relator: Des. Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 27/11/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/12/2014. Disponível em: http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/apelao-cvel-20120805012. Acesso: 3 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais. 2 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 28, n. 54, jul. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066/13733>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 8, n. 2, ago. 2003. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>. Acesso em: 4 out. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 44, jun. 2014. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=281&sid=26>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 40, n. 132, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/254/189>>. Acesso em: 4 out. 2015

TRIBE, Laurence Henry. **American Constitutional Law**. Tradução livre. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.