

HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL E O
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

CURITIBA

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL E O
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Flávia Piovesan

CURITIBA

2007

HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL E O
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Profa. Doutora Flávia Piovesan
Orientadora**

Programa de Pós-graduação em Direito - PUCPR

Curitiba, ____ de julho de 2007

Dedico este trabalho a Julia – minha mãe, que me alfabetizou e que, assim, iniciou-me nas ciências das letras e da matemática e a Albino – meu pai, que juntamente com ela, ensinou-me sobre ética e respeito.

Às minhas irmãs Célia, que muitos trabalhos ajudou-me a elaborar, Júlia pelas lições de cartilha tomadas e Raquel que por atenção querer, alguns trabalhos meus destruía na véspera da entrega.

A Cláudio – meu querido esposo, que me mostrou como passar tudo isso a limpo para que eu pudesse experimentar o que é viver em paz e com serenidade.

Aos meus sobrinhos João Victor e Ana Luíza porque assumiram os encargos do batismo com profunda devoção e a Luís Felipe por encantar o afilhado dos irmãos com sua contagiante e adolescente alegria.

E a José Antônio – meu amado filho, que chegou depois de todos ensinando o que realmente mais interessava: que o amor é incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter-me concedido as graças de fazer parte deste processo e por conseguir concluí-lo, pois que, particularmente a estas coisas da vida, não acredito puramente em mérito, mas em desígnios.

Agradeço à Professora Flávia Piovesan – que orientou este trabalho, por toda atenção dispensada. A precisão de cada ajuste que promoveu foi fundamental para o resultado.

Agradeço à Professora Cláudia, cujas discussões tanto contribuíram para pontos conclusivos deste trabalho. Especialmente, agradeço-a pela solicitude com que aceitou presidir a sessão da respectiva argüição oral.

Agradeço, também, à Professora Katya Kozicki – seu exercício de cátedra, instigante do questionamento, pôs em evidência primados que redimensionaram a presente pesquisa.

Agradeço às Secretárias Isabel e Eva, pela ternura do acolhimento.

Ao Ministério Público do Estado do Paraná, na pessoa daqueles membros que fazem da ética o princípio e o fim de suas vidas – pelo exemplo nesses anos de carreira.

A Maiza Margraf Althaus, pelo primoroso suporte pedagógico.

A Luiz Antônio Miguel Ferreira, pela contribuição com acervo tão pessoal.

A Cláudio Smirne Diniz, pelo apoio técnico e emocional – ambos desmedidamente, na mesma proporção.

Ao querido José Antônio, por ter aguardado do outro lado da porta fechada do escritório.

RESUMO

A Educação Infantil, ante seu caráter emancipatório e sua essencialidade para a formação individual em seus múltiplos aspectos, emerge na sociedade contemporânea como pressuposto à existência digna, constituindo-se, portanto, sua garantia e promoção, em direito fundamental e dever do Estado. O tema vincula-se à Linha de Pesquisa *Direitos Socioambientais*, em razão de se pretender abordar o direito fundamental em comento frente às políticas públicas setoriais, as quais, não raras vezes, sofrem restrições de cunho orçamentário ou mesmo decorrentes de opções subjetivas do administrador público, violando direitos que, pela sua natureza, apresentam-se irredutíveis. Pretende-se demonstrar que as políticas públicas voltadas à educação infantil não são suscetíveis à ampla discricionariedade dos gestores públicos. Ao contrário, em função do tratamento constitucional dado à questão, vinculam o administrador público e, por conseguinte, sujeitam-se ao controle jurisdicional, não com a amplitude de substituir o governante, mas certamente com a perspectiva de se assegurar, sempre dentro da razoabilidade, o mínimo de prestações positivas do Estado, suprindo-se, dessa maneira, eventuais omissões do administrador.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Educação Infantil. Responsabilidade do Estado em Efetivar os Direitos Fundamentais. Implementação de Políticas Públicas. Limites da Discricionariedade do Administrador Público. Independência e Harmonia entre os Poderes. Controle Jurisdicional dos Atos de Governo e da Administração. Ativismo judicial.

ABSTRACT

Childhood Education, due to its emancipatory character and its essentiality to the multiple aspects of individual development, emerges in our contemporary society as an assumption to a noble existence, enabling, therefore, its guarantee and promotion, in its fundamental rights and responsibilities of the State. The subject of this study concerns itself with the Research Area of Socioambiental Law, because it intends to encompass the fundamental right in relation to the sectorial public policies, which, not rarely, suffers restrictions of financial character or even originary from subjective options of the public administrator, violating rights that are irreducible by nature. The current study seeks to demonstrate that the public politics focused on childhood education is not susceptible to the ample discretionarity of public administrators. Conversely, due to the constitutional treatment given to this issue, the public administrator is linked and, consequently, they subject themselves to jurisdictional control, not with the amplitude of substituting the governant, but certainly with the perspective of assuring, always within reasonability, the minimum of State positive services, compensating, this way, for eventual omissions from the part of the administrator.

Keywords: Human Rights. Childhood Education. State Responsibility in realizing Fundamental Rights. Implementation of Public Policies. Limits of Discretionarity of Public Administator. Independency and Harmony among the Powers. Jurisdictional Control of Governmental and Administrative Acts. Judicial Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL	19
2.1 UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR	19
2.1.1 Aspectos conceituais	19
2.1.2 A importância da educação	33
2.2 TRATAMENTO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL.....	46
2.3 TRATAMENTO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA	59
2.3.1 A educação nas constituições brasileiras anteriores a 1988	59
2.3.2 A constituição brasileira de 1988	75
2.3.3 A educação na legislação infraconstitucional	84
3 O DEVER DO ESTADO DE PRESTAÇÕES POSITIVAS EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS	95
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO.....	95
3.1.1 A posição do Estado frente aos direitos fundamentais	100
3.1.2 A educação infantil é dever do Estado?	102
3.2 IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS	107
3.2.1 Aspectos conceituais de políticas públicas	107
3.2.2 A participação popular	109
3.3 PRIORIZAÇÃO DOS DIREITOS FACE À ESCASSEZ DE RECURSOS. VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE?	111
3.3.1 Discricionariedade administrativa	111
3.3.2 A reserva do possível	116
3.3.3 O respeito ao mínimo existencial	120
3.3.4 A proibição do retrocesso social	126
4 A JUDICIALIZAÇÃO COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	138
4.1 ATOS ADMINISTRATIVOS E CONTROLE JUDICIAL.....	138
4.2 HARMONIA E SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES.....	140
4.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	142
4.3.1 A ação civil pública e o papel do Ministério Público	160
4.3.2 A educação infantil	165
5 CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS	174

Ora de todas estas pobres cabeças mal conformadas, a primeira falta é, com certeza da natureza, mas a segunda da educação. A natureza esboçou mal e a educação retocou mal esse esboço. Voltai as vossas atenções para este lado. Dai uma boa educação ao povo. Desenvolvi o melhor possível essas infelizes cabeças a fim de que a inteligência, que está lá dentro, se possa desenvolver. As nações têm o crânio bem ou mal feito conforme as suas instituições. Roma e Grécia tinham a fronte alta. Abri o mais que puderdes, o ângulo facial do povo. A cabeça do homem do povo, eis a questão. Esta cabeça está cheia de germes úteis, empregai os bons esforços por a amadurecer e fazer compreender o que há de mais luminoso e melhor temperado na virtude. O que assassinou nas estradas, se fora bem orientado, teria sido o mais excelente servidor dos seus concidadãos. Essa cabeça do homem do povo: cultivai-a, preparai-a, fecundai-a, iluminai-a, moralizai-a e utilizai-a, depois, não tereis a necessidade de a cortar.

Victor Hugo

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa proposta preocupa-se notadamente com a efetivação do direito fundamental à educação, mais especificamente com a denominada educação infantil. No entanto, a abordagem acadêmica desse conteúdo – tão vasto, quanto significativo –, descortina-se para um universo de temas estruturais das ciências do direito e do Estado, pelos quais se fez necessário transitar, sem, contudo, dar-lhes o aprofundamento que se pretendia.

Essa ressalva de ordem metodológica apresenta-se oportuna, face à dimensão dos temas, para melhor delimitação do objeto do trabalho, revelando-se, desde o início, a que se propõe a investigação realizada, as instigações que os tópicos propiciam e as premissas das quais se partiu, sem as respectivas demonstrações de suas origens e desdobramentos.

O tratamento dispensado aos fundamentos da pesquisa – frisa-se, dada à amplitude de seus consectários – justifica o recorte epistemológico que se mostrou inevitável, ao mesmo tempo em que permite, a título de apresentação, introduzir o tema sobre o qual se debruçou. É o que se passa a fazer.

A indispensabilidade do direito à educação insere-se na teoria geral dos direitos fundamentais – gênese, conquistas, evoluções, garantias, universalidade e efetivação, sobretudo, para os países em que as promessas da modernidade ainda não foram plenamente atingidas – sendo, portanto, essa teoria, indissociável da investigação. Isso sem falar no aspecto conceitual de educação, trabalhado pela pedagogia e apresentado pelos diversos ramos das ciências humanas como componente propiciador da superação das desigualdades e da dominação.

A efetivação dos direitos, por outro lado, esbarra com o óbice dos custos desses direitos. Partindo daí, aparece uma inter-relação entre os direitos fundamentais e as finanças públicas, surgindo até mesmo o questionamento acerca do objeto da ciência jurídica: consistiria ele, de acordo com o pensamento kelseniano, na aplicação das normas jurídicas ou o integraria também os reflexos das decisões judiciais na ordem econômica e social? Em outros termos: o juiz, ao decidir, deverá estar circunscrito ao ordenamento jurídico ou deverá também

sopelar sua decisão com os aspectos da viabilidade econômico-financeira da sentença?

O exercício do controle jurisdicional sobre a efetivação dos direitos, por sua vez, pressupõe o enfrentamento de aspectos ainda mais basilares da ordem constitucional. Cita-se, por exemplo, o princípio da separação dos poderes, limitando, de certa forma, o ativismo judicial na formulação das políticas públicas. Veja-se, também, o suposto déficit democrático existente nas decisões judiciais que balizam essas políticas. Ainda, os limites do controle de mérito sobre os atos tidos como discricionários do administrador público. Em síntese, está-se a falar de uma plêiade de conceitos que abarcam a organização do Estado, os fundamentos da democracia e a extensão da discricionariedade dos atos administrativos. A sistematização, assim, mostra-se indomável sem um foco mais preciso.

O estudo, motivado inicialmente por curiosidade profissional, foi trazido à academia pela necessidade de aprofundamento científico a respeito do tema, seja pela relevância em função de sua essencialidade, seja pela atualidade que apresenta no meio jurídico. Todavia, por óbvio, não pretende tratar dos fundamentos do tema com o aprofundamento que somente seria possível em um trabalho de maior fôlego, nem tampouco, apresentar respostas definitivas para as questões principais e para aquelas que surgiram no decorrer da elaboração da pesquisa.

Os propósitos são muito menos pretensiosos. Pretende-se, na verdade, em uma visão macro, tratar da importância do direito à educação infantil e de sua condição como direito fundamental. A partir daí, concebendo-o como fundamental e prioritário, identificar, ao menos para fomentar a discussão, os fundamentos jurídicos, existentes na ordem vigente, que permitem o exercício do controle jurisdicional sobre as políticas que visam à sua efetivação.

A oportunidade do objeto da pesquisa, apesar dos recortes dos quais antes se ocupou, parece indiscutível. Defronta-se, diariamente, com a violação de direitos fundamentais dos cidadãos, retrato do aviltamento à dignidade humana – prostituição infanto-juvenil, crianças esmolando, trabalhando precocemente, perambulando, subnutridas, exploração de todas as ordens. Com facilidade, percebe-se que a causa desse estado de fatos, que os faz originarem e que assim os mantêm, deve-se, em muito, à omissão do Estado quanto às políticas públicas que conduzam à concretização dos direitos fundamentais.

A ausência de estratégias públicas – até há pouco menosprezadas pelos operadores do direito – assumiu seu verdadeiro *status* de grande responsável pelo desencadeamento da violência social e da opressão. A promoção do direito social fundamental à educação exerce papel determinante nas estratégias política e jurídica de prevenção social – os recursos tempestiva e adequadamente aplicados, não de evitar a injustiça social que, inevitavelmente, produz marginalização, violência e exclusão.

Em face de seu caráter emancipatório, a educação, ao lado da saúde, é pontuada por Amartya Sen, o Prêmio Nobel da Economia de 1998, como fator de promoção da dignidade. Em seu arrazoado,

a expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social, etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população¹.

Em particular, no que se refere à educação infantil, esta entendida como aquela ministrada a crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade, somam-se os argumentos da comunidade científica – de âmbito multidisciplinar – que investiga o processo de desenvolvimento da criança. Assegura-se que a inteligência se forma a partir do nascimento e menciona-se o que chamam de “janelas de oportunidade” na infância, o que ocorre quando determinado estímulo ou experiência exerce maior influência sobre a inteligência do que em qualquer outra época da vida. Assim sendo, descuidar-se desse período – a infância – significa desperdiçar um imenso potencial humano. Mais que isto, significa comprometer os alicerces individuais e, por conseguinte, as bases do convívio social².

Nesta especial fase de desenvolvimento, a prioridade absoluta dessa clientela justifica-se na medida em que, superado o momento adequado, os investimentos posteriores não produzirão os mesmos resultados que poderiam ser obtidos naqueles períodos cruciais à estimulação.

É preciso, pois, democratizar essa oportunidade, denominada de educação infantil, para que todas as crianças possam gozar plenamente seus direitos em igualdade efetiva de condições. Os argumentos – sejam legais, sociais

¹ SEN, 2000, p. 170 et. seq.

² Disponível em: <<http://folio.mp.pr.gov.br>>. Acesso em: 19.jul. 2006.

ou científicos – implicam em uma educação infantil universalizada. Vale dizer, dirigida às crianças de todas as classes sociais e em qualquer situação de peculiaridade pessoal e ministrada com satisfatório grau de especialidade.

Embora, no Brasil, a educação de crianças menores de 7 (sete) anos conte com uma história de cento e cinquenta anos, seu avanço mais significativo ocorreu a partir da década de 70. Entretanto, a educação infantil somente passou a ser concebida como educação, propriamente, com o advento da Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em 1996 – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Até então, a primeira fase da educação infantil, aquela destinada a crianças entre 0 (zero) e 3 (três) anos de idade, era ministrada em creches, estabelecimentos com perfil nitidamente assistencialista, cuja preocupação precípua repousava nos cuidados físicos, saúde e alimentação, descurando-se da vertente educacional. Era, assim, suprida, em grande parte, por entidades de filantropia e assistencialismo social, ignorando-se a consciência do direito.

Contudo, os percalços ainda estão fortemente instalados na realidade nacional. Segundo consta do documento *Educação: Manifesto dos Senadores*, na educação infantil, para um universo de 22 milhões de crianças entre zero e seis anos, acolhem-se nas creches, no segmento de zero a três anos, apenas 1.126.814 crianças e no segmento de quatro a seis anos, somente 5.160.787 alunos.

Os índices desfavoráveis não param por aí. Tomando-se como referência as metas do PNE – Plano Nacional de Educação, chega-se ao número de mais de 800.000 docentes que ainda devem fazer o ensino superior.³

A realidade está a merecer, com a urgência que o tema requer, um posicionamento do direito sobre a questão. A omissão, pelo Poder Público, no estabelecimento e implementação das políticas públicas, em detrimento da efetivação dos direitos sociais, em desobediência à Constituição da República não pode ser justificada, equivocadamente, como uma questão de discricionariedade administrativa, frente à escassez de recursos. Não se está no campo da opção e sim

³ O salário médio dos professores da educação básica, em seus vários níveis, varia de R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais) – na educação infantil, a R\$ 700,00 (setecentos reais) – no ensino médio. Sequer ultrapassa, portanto, o patamar de dois salários mínimos nacionais.

no da vinculação, a qual decorre do princípio constitucional, dentre outros, da prioridade absoluta.

Na gestão de seus poderes-deveres, o Administrador Público atuará de forma vinculada e/ou discricionária. Porém, não é a ele – Administrador Público, a quem cabe estabelecer o que é um e o que é outro. E, ainda que se ingresse no terreno da discricionariedade administrativa, a extensão desta é estabelecida por lei, fonte de toda normatividade, regramento e delimitação da discricionariedade.

Os direitos fundamentais, erigidos constitucionalmente a este patamar, impõem ao administrador público o dever de promovê-los, dando-lhes efetividade. As políticas públicas constituem-se, nesse contexto, no instrumento para a efetivação destes direitos.

As políticas públicas materializam a estratégia do administrador público para se obter a concretização dos direitos. No âmbito de sua implementação, buscará o administrador, dentro das balizas apresentadas pelo ordenamento jurídico, mecanismos de priorização, considerando a realidade inexorável da magnitude dos direitos e a disponibilidade finita de recursos.

Se o estabelecimento de prioridades – privilegiando-se recursos para certos segmentos, em detrimento de outros, menos prioritários – é uma constante nas políticas públicas em geral, o mesmo não deve ocorrer no espaço da educação infantil. Nesse segmento, poucas são as opções a serem feitas, haja vista que a criança – e tudo mais que se revela indispensável para sua formação –, recebeu tratamento constitucional prioritário. A opção, vale dizer, já foi feita pelo constituinte.

Nessa acepção, a discricionariedade ganha conotação de dever, e não de poder. Sendo assim, deve o Administrador Público, no exercício de sua função discricionária, perseguir uma série de finalidades normativamente ordenadas e, obrigatoriamente, alcançá-las.

No entanto, considera-se a hipótese de omissão do administrador. Diante disso, levando-se em conta o caráter fundamental do direito à educação, poderia o controle jurisdicional sobre a administração pública assumir amplitude tal que lhe permita interferir na formulação de políticas públicas, notadamente, no que concerne às omissões que ofendem a garantia constitucional conferida ao direito social à educação infantil, sem ingressar na margem discricionária do administrador?

O objetivo da pesquisa é demonstrar que a educação infantil – direito social fundamental e pressuposto dos demais direitos – constitui-se em obrigação do Estado, devendo o Poder Judiciário exercer controle sobre o administrador público de forma que determinadas políticas públicas destinadas à efetivação desse direito sejam implantadas, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Justifica-se tal possibilidade, em caráter introdutório, pelo fato de a Constituição da República reunir uma série de normas dirigentes⁴, estabelecendo, por meios delas, mandamentos aos Administradores Públicos, sendo exigível destes a implantação de políticas públicas harmônicas com as novas diretrizes constitucionais.

Por outro lado, as restrições orçamentárias levam os administradores a eleger prioridades, valendo-se do poder discricionário – nunca irrestrito – que lhes é conferido. Questiona-se, nesse sentido, se a prestação jurisdicional poderia tutelar matérias atinentes às políticas públicas, notadamente, no que concerne às omissões que ofendem a garantia constitucional conferida ao direito social à educação infantil, sem ingressar na margem⁵ discricionária do administrador.

Assim, o trabalho cingir-se-á a três diretrizes pontuais, que nortearão e delimitarão os estudos: (i) a educação infantil como direito social fundamental; (ii) o dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais, em especial, a educação infantil; e (iii) a possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre o administrador público no que diz respeito à adoção de certas políticas públicas destinadas a efetivar o direito à educação infantil.

Apresenta-se, a seguir, a disposição do trabalho.

O segundo capítulo abordará a educação infantil como direito social fundamental, tratando da conceituação do direito à educação, sua evolução histórica constitucional no Brasil, bem como, os instrumentos internacionais e concepções multidisciplinares que influenciam o entendimento contemporâneo acerca das perspectivas da educação infantil.

⁴ FRISCHEISEN, 2000, p. 61 et. seq.

⁵ A qual já está razoavelmente reduzida pela participação social, popular, conselhos, etc. Nesse sentido, ver FRISCHEISEN, op. cit., p. 62, nota 72.

No terceiro capítulo será tratado o dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais, tendo por foco a obrigação de concretização do comando constitucional, por meio da realização de políticas públicas, de maneira a ofertar, com qualidade, a educação infantil.

Já o quarto capítulo apresentará a possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre o administrador público, especificamente, quanto à adoção de certas políticas públicas destinadas a efetivar o direito à educação infantil. Para tanto, aborda a conceituação de discricionariedade, com especial atenção ao binômio “poder/dever”, se a discricionariedade deve ser do ato administrativo ou de seus aspectos, e o controle jurisdicional da Administração Pública e a separação dos Poderes e, por fim, enfrenta a questão da judicialização como garantia da efetividade dos direitos sociais, notadamente aqueles relativos à educação infantil.

A controvérsia existente sobre o tema é bastante palpitante. Diverge-se quanto à natureza da discricionariedade exercida pelos administradores públicos. É clássica a resistência de grande facção de publicistas em conceituar discricionariedade como um “poder” do administrador público, ignorando o quadro normativo a que foi subjugado o Estado de Direito.

De fato, conforme foi concebido, em parte, por Rousseau – partindo-se da idéia de igualdade, sustentada pela soberania popular – a origem e a justificativa do poder seriam resultantes diretas da vontade dos indivíduos que compõem o todo social, tornando a atividade administrativa nada mais do que o dever em dar cumprimento a essa vontade geral previamente consubstanciada no texto constitucional, bem como, secundada pela lei⁶.

Dessa resistência, surge outra, que é a negação da intervenção do Poder Judiciário nos atos ditos advindos de uma competência discricionária, fruto de um “poder” do administrador e, portanto, segundo aqueles, não sujeitos ao controle jurisdicional, uma vez que daquela resultaria para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe a apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos. Apóiam-se, também, na Teoria da Reserva do Possível, conceito advindo do direito alemão, por meio de decisão da Corte Constitucional no sentido de que “a construção de direitos subjetivos à prestação

⁶ ROUSSEAU, 1989.

material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”⁷.

De outro lado, os defensores do caráter meramente funcional da atividade administrativa pregam a necessária submissão da administração à lei, transformando o chamado “poder discricionário” em, simplesmente, “dever de alcançar a finalidade legal”, ou seja, “dever discricionário”. Como lecionado por Bandeira de Mello, a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca dessas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que “poder”), caracterizando uma *função*, em sentido jurídico⁸. Partindo dessa premissa, toda vez que a finalidade legal não for atingida, exsurge a legitimação do controle pelo Poder Judiciário.

Dessa concepção de discricionariedade, automaticamente, afasta-se a idéia de abstração, já que as hipóteses são previamente estabelecidas pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional, cujos aspectos, igualmente, encontram-se perfeitamente delimitados.

Importante, aqui, invocar a teoria da Separação dos Poderes: quem legisla não executa, quem executa não julga e quem julga não legisla⁹. É o pensamento do Barão de Montesquieu, somando-se ao de Rousseau, completando o modelo do chamado Estado de Direito¹⁰. Logo, não poderia caber ao Poder Executivo, por si, estabelecer quais situações seriam próprias à atividade dita discricionária, porquanto devem estar previamente definidas por outro Poder, o Poder Legislativo.

Partindo-se dessas premissas pretende-se demonstrar neste estudo que o Poder Judiciário deve exercer o controle da Administração Pública na implementação de políticas públicas destinadas a efetivar o direito à educação infantil, sem que isso resulte ou configure ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Por outro viés, a partir da conceituação de políticas públicas é que se estabelece a amplitude da discricionariedade do Administrador, delimitando sua zona de decisão. A preocupação, aqui, repousará nas noções de dever do Estado

⁷ KRELL, 2002, p. 52.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 13.

⁹ MONTESQUIEU, 1993.

¹⁰ QUEIRÓ, 1940, p. 8.

de prestações positivas em virtude dos direitos sociais coletivos; ou seja, demonstrar que inexistente livre arbítrio ao Administrador Público em implementar, ou não, políticas públicas relativas à educação infantil, em favor da coletividade. Isto porque, os direitos sociais coletivos são previstos pela Constituição tornando-se, pois, obrigação para o gestor público.

Consoante registra Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, a constitucionalização dos direitos sociais passa a demandar uma ação positiva do Estado, de promoção de condições, para que tais direitos possam ser efetivamente exercidos, gerando condições de igualdade¹¹.

Essa busca pela produção da igualdade é ensinada por Hannah Arendt, a qual afirma que a igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não é dada a todos, mas resulta da organização humana, porque é orientada pelo princípio da justiça. As pessoas não nascem iguais, adverte, tornam-se iguais como membros de um grupo por força da decisão de se garantirem direitos reciprocamente iguais¹².

A Constituição da República, ao conceber o Estado Democrático de Direito, estabeleceu vários objetivos a serem alcançados como o construir de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais, dentre outros¹³.

Esses *objetivos*, conforme afirma Fernando Facury Scaff, devem ser perseguidos pelos governos que se sucederem no comando do Estado. Toda a estrutura de Estado deve servir à obtenção desses desígnios. Daí que todo o sistema de *planejamento* que a Constituição de 1988 estabeleceu para o desenvolvimento nacional deve estar voltado para a consecução desses objetivos¹⁴.

Em momento posterior, o estudo propõe-se a avançar, das premissas conceituais e possibilidade do controle jurisdicional, para os aspectos concretos da instrumentalização, pela via jurisdicional, da garantia da efetividade desse direito social fundamental que é a educação infantil.

Coroando a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas e em

¹¹ FRISCHEISEN, 2000, p. 58.

¹² ARENDT, 1989, p. 335.

¹³ Art. 3.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴ SCAFF, 2005, p. 213 at. seq.

oponibilidade à cláusula da “reserva do possível”, o Supremo Tribunal Federal tem firmado convencimento no sentido da necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”¹⁵.

Neste contexto de confrontos, a proposta é o estudo do controle jurisdicional das políticas públicas destinadas a efetivar o direito à educação infantil, buscando-se a conceituação de discricionariedade do Administrador Público, seus limites e a possibilidade do controle, sem que isso afronte o sistema de divisão de poderes.

¹⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Decisão Monocrática. Ministro Celso de Mello. Ementa: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘Reserva do Possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

2.1 UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR

2.1.1 Aspectos conceituais

A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais¹⁶.

De acordo com o texto constitucional pátrio¹⁷, a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Inegável, neste passo, a influência exercida pelas disposições e garantias firmadas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁸.

Assim, para se fazer uma interpretação constitucional do direito à educação, importa analisar: (i) educação como direito de todos; (ii) o dever do Estado e da família e a colaboração da sociedade; (iii) o pleno desenvolvimento da pessoa; (iv) o preparo para o exercício da cidadania e (v) a qualificação para o trabalho.

Quanto ao primeiro enfoque – EDUCAÇÃO COMO DIREITO DE TODOS (i), necessária se faz a conjugação de duas abordagens distintas,

¹⁶ Art. 205 da Constituição da República e art. 1º, caput, da Lei n.º 9.394/96 – LDB.

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 205. 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.

¹⁸ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Art. 26. 1. Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos no que diz respeito aos ensinamentos elementares e fundamentais. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve ser assegurado a todos, em plenas condições de igualdade, em função do mérito. 2. A educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Ela deve fortalecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm, por prioridade, o direito de escolher o gênero de educação a dar a seus filhos.

estruturadas sob a ótica de Jean Piaget¹⁹, segundo o qual, o desenvolvimento humano está subordinado a dois grupos de fatores:

os fatores da hereditariedade e adaptação biológicas, dos quais depende a evolução do sistema nervoso e dos mecanismos psíquicos elementares, e *fatores de* transmissão ou de interação sociais, que intervêm desde o berço e desempenham um papel de progressiva importância, durante todo o crescimento, na constituição dos comportamentos e da vida mental.

Desse modo, como registra o autor, falar em um direito à educação é, pois, em primeiro lugar, reconhecer o papel indispensável dos fatores sociais na própria formação do indivíduo.

Demonstrando que as principais condições sociais do homem – os meios técnicos de produção, a linguagem com o conjunto de noções cuja construção ela possibilita, os costumes e as regras de todo tipo – não vêm determinadas, já, do interior por mecanismos hereditários completamente montados, são adquiridas por transmissão exterior, de geração em geração, isto é, por meio da educação, e só se desenvolvem em função de interações sociais múltiplas e diferenciadas, Jean Piaget²⁰ coloca que a primeira tarefa da educação consiste em formar o raciocínio, já que a lógica se constrói²¹, não é natural.

Afasta o autor – quanto às educações intelectual e moral – o entendimento de que compreenderiam apenas o direito de adquirir conhecimentos, ou escutar, e algo mais que uma obrigação a cumprir; trata-se, antes, de um direito a forjar determinados instrumentos espirituais mais preciosos que quaisquer outros, cuja construção requer uma ambiência social específica, constituída não apenas de submissão. A educação, assim concebida, não seria apenas uma formação, mas uma condição formadora necessária ao próprio desenvolvimento natural. Vale dizer:

[...] a educação não é uma simples contribuição, que se viria acrescentar aos resultados de um desenvolvimento individual espontâneo ou efetuado com o auxílio apenas da família; do nascimento até o fim da adolescência a educação é uma só, e constitui um dos dois fatores fundamentais necessários à formação intelectual e moral, de tal forma que a escola fica com boa parte da responsabilidade no que diz respeito ao sucesso final ou ao fracasso do indivíduo, na realização de suas próprias possibilidades e

¹⁹ PIAGET, 1974, p. 35.

²⁰ Ibid., p. 36 et. seq.

²¹ Ao tratar da constatação de que a lógica não é absolutamente inata na criança, Piaget constata que um conjunto de pesquisas permitiu evidenciar que certos raciocínios, considerados logicamente necessários a partir de um determinado nível mental, são estranhos às estruturas intelectuais anteriores. (Ibid., p. 37)

em sua adaptação à vida social. Em uma palavra, a evolução interna do indivíduo apenas fornece um número mais ou menos considerável, segundo as aptidões de cada um, de esboços suscetíveis de serem desenvolvidos, anulados ou deixados em estado inacabado. Trata-se porém apenas de esboços, e unicamente as interações sociais e educativas haverão de transformá-los em condutas eficazes ou destruí-los para sempre. O direito à educação é portanto, nem mais nem menos, o direito que tem o indivíduo de se desenvolver normalmente, em função das possibilidades de que dispõe, e a obrigação, para a sociedade, de transformar essas possibilidades em realizações efetivas e úteis²².

É a relevância da contribuição das condições exteriores na aquisição das estruturas mentais mais essenciais – sendo necessário o meio social de formação, pois em todos os níveis (desde os mais elementares até os mais altos) o fator social ou educativo constitui uma condição do desenvolvimento.

Conclui-se, imperativamente, que a educação como direito de todos não se limita em assegurar a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo; deve sim, garantir a todos o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual.

Quanto ao segundo enfoque – O DEVER DO ESTADO E DA FAMÍLIA E A COLABORAÇÃO DA SOCIEDADE (ii), ter-se-á uma longa análise do papel do Estado e outra nem tanto assim quanto à família e à sociedade.

O papel da família tem sofrido, ao longo dos anos, considerável limitação daquela concepção originária (a partir do “clã”, da “gens”, da família patriarcal, etc.); na mesma proporção, percebe-se uma extensão cada vez maior dos poderes/deveres do Estado. O que se busca é uma coexistência entre as duas entidades: Estado e família. Consoante afirma Marcos Augusto Maliska²³: “Em nenhum momento, tal transformação implicou a desconsideração total de um em relação ao outro, mas uma adequação dos métodos educacionais a serem desenvolvidos tanto na escola como na família”.

O que se revela, portanto, em um primeiro aspecto, é o direito prioritário da família (dos pais) de eleger o gênero de educação a dar a seus filhos e, em contrapartida, emerge-se o dever de assegurar a educação a eles. Tal interpretação pode ser alicerçada em precedentes como a Constituição da República

²² Ibid., p. 41.

²³ MALISKA, 2001, p. 158.

portuguesa²⁴ – que faz referência a direito e dever, bem como, e com maior propriedade, na Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁵, da qual o Brasil é signatário. Aqui, não resta margem para a discricionariedade: devem os pais exercer o direito de educar.

A título ilustrativo, ao tratar dos conselhos de pais e mestres, Jean Piaget²⁶ ressalta a importância da aproximação da escola com a vida ou com as preocupações profissionais dos pais, proporcionando-lhes, reciprocamente, interesse pelas coisas da escola, posto que contribui para uma divisão de responsabilidades, sendo que, em alguns países, essa prática constitui a inspiração da pedagogia nova ao realizar a síntese desejada entre a família e a escola.

Em um segundo aspecto do dever da família, emerge o dever jurídico, que se fundamenta na exigência que a Constituição Federal faz aos pais, em variadas disposições²⁷, de educar seus filhos.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho²⁸, são os chamados *deveres fundamentais*, que, ao tratar do dever dos pais de educar os filhos, de acordo com as disposições dos itens 3 e 5 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, classifica-os como deveres diretamente exigíveis.

Importante, também, aqui, lembrar que o conceito de família deve ser aquele extraído da própria Constituição, a qual disciplina, nos artigos 226 a 230, uma visão progressista de entidade familiar, estando aí compreendidos elementos que afastam qualquer interpretação discriminatória quanto aos filhos tidos fora do casamento, que afronte a igualdade entre homem e mulher, o casamento não-oficial,

²⁴ Constituição da República Portuguesa. Art. 36.º [...] 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. Art. 73.º (Educação, cultura e ciência) 1. Todos têm direito à educação e à cultura. 2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva. [...].

²⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Art. 26. [...] 3. Os pais têm, por prioridade, o direito de escolher o gênero de educação a dar a seus filhos.

²⁶ PIAGET, 1974, p. 57.

²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família (...). Art. 208. § 3.º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e selar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, [...] à educação [...]. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...].

²⁸ CANOTILHO, 1993a, p. 550.

dentre outras. Fica em aberto a questão da união homossexual, ainda envolta em muitas discussões e que enfrenta barreiras de cunhos moral e religioso.²⁹

Quanto à colaboração da sociedade na educação, podem-se registrar duas perspectivas: uma primeira, em um sentido mais imediato, como o ensino privado, por exemplo; e, a segunda, num sentido mais mediato, que vê a sociedade como o lugar das oportunidades – na afirmação de Jean Piaget³⁰:

É antes de mais nada, por conseguinte, assumir a obrigação – levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo – de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras.

Quanto ao terceiro enfoque – O DIREITO AO PLENO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA (iii), como destaca Jean Piaget³¹, o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem não se limita a afirmar o direito à educação; especifica, em um comentário de igual importância, em que consiste o objeto essencial dessa educação, não fornecendo, entretanto, qualquer definição da personalidade. Contudo, tal artigo especifica que seu desenvolvimento deve ser acompanhado, em contrapartida, pelo respeito aos direitos e liberdades peculiares às outras personalidades: podendo-se então atribuir uma concepção de personalidade, definindo-a como uma relação de reciprocidade.

Essa constatação implica, segundo o autor, essencialmente, o estabelecimento, sob o ponto de vista psicológico e sociológico, da distinção entre o indivíduo e a personalidade. Para *indivíduo*, reserva a noção do eu centrado sobre si mesmo e obstaculizando, por meio desse egocentrismo moral ou intelectual, as relações de reciprocidade inerentes a toda a vida social evoluída. *Pessoa*, ao contrário, é o indivíduo que aceita espontaneamente uma disciplina, ou contribui para o seu estabelecimento e, dessa forma, submete-se voluntariamente a um sistema de normas recíprocas que subordinam sua liberdade ao respeito por cada um. A *personalidade*, portanto, seria definida para além destes conceitos:

A personalidade é pois uma certa forma de consciência intelectual e de consciência moral, igualmente distanciada da anomia peculiar ao egocentrismo e da heteronomia das pressões exteriores, porque ela realiza

²⁹ MALISKA, 2001, p. 158, nota 310.

³⁰ PIAGET, 1974, p. 40.

³¹ *Ibid.*, p. 59 et. seq.

a sua autonomia adaptando-a à reciprocidade. Ou, mais simplesmente, a personalidade é ao mesmo tempo contrária à anarquia e à coação, porque é autônoma, e duas autonomias só podem alimentar entre si relações de reciprocidade. Admitamos, em resumo, que “visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”, consiste em formar indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos.³²

Nesse passo, observa o autor as variadas implicações da educação intelectual e da educação moral. Para a primeira – a educação intelectual, questiona se, do ponto de vista do pleno desenvolvimento da personalidade, poder-se-á dizer que os métodos da escola tradicional conseguem formar com êxito, na criança e no adolescente, um raciocínio ativo e autônomo. Analisando o exemplo da matemática, porquanto justifica não existir campo em que o “pleno desenvolvimento da personalidade” e a aquisição dos instrumentos lógicos ou racionais que asseguram sua autonomia intelectual sejam mais realizáveis, conclui que, no entanto, os métodos permanecem entravados na prática do ensino tradicional.

Isso porque, nada é mais difícil para o adulto do que saber apelar para a atividade real e espontânea da criança ou do adolescente; no entanto, somente essa atividade, orientada e incessantemente estimulada pelo professor, mas permanecendo livre nas experiências, tentativas e até erros, pode conduzir à autonomia intelectual. Inseparável, também, o pleno desenvolvimento, do conjunto de relacionamentos afetivos, sociais e morais que constituem a vida da escola, destacando as mazelas do constrangimento intelectual ou moral:

Na realidade, a educação constitui um todo indissociável, e não se pode formar personalidades autônomas no domínio moral se por outro lado o indivíduo é submetido a um constrangimento intelectual de tal ordem que tenha de se limitar a aprender por imposição sem descobrir por si mesmo a verdade: se é passivo intelectualmente, não conseguiria ser livre moralmente. Reciprocamente, porém, se a sua moral consiste exclusivamente em uma submissão à autoridade adulta, e se os únicos relacionamentos sociais que constituem a vida da classe são os que ligam cada aluno individualmente a um mestre que detém todos os poderes, ele também não conseguiria ser ativo intelectualmente.

Destaca, desse modo, a importância dos métodos a que chama de “ativos”, que privilegiam o desenvolvimento da personalidade intelectual a partir da intervenção de um meio coletivo ao mesmo tempo formador da personalidade moral

³² Ibid., p. 61.

e fonte de trocas intelectuais organizadas (dos alunos entre si, e não somente entre aluno e professor), mediante práticas baseadas nas técnicas de alternância entre o trabalho individual e trabalho de grupo, ações experimentais, autogoverno (descentralização) *versus* disciplina, estímulos recíprocos, controle mútuo, exercício de espírito crítico, cooperação, dentre outras.

No que se refere à educação moral, Jean Piaget estabelece que três espécies de sentimentos ou tendências afetivas capazes de interessar à vida moral se apresentam inicialmente na constituição mental da criança: uma necessidade de amor, um sentimento de medo e o sentimento do respeito.³³

É essencial, todavia, que se compreenda que, tanto a consciência moral, quanto a consciência intelectual se elaboram em estreita conexão com o meio social:

O alcance educativo do respeito mútuo e dos métodos baseados na organização social espontânea das crianças entre si é precisamente o de possibilitar-lhes que elaborem uma disciplina, cuja necessidade é descoberta na própria ação, ao invés de ser recebida inteiramente pronta antes que possa ser compreendida. Nisso é que os métodos ativos prestam o mesmo serviço insubstituível, tanto na educação moral, quanto na educação da inteligência: o de levar a criança a construir ela própria os instrumentos que a irão transformar, partindo do interior, ou seja, realmente e não mais apenas superficialmente.

[...]

No total, quer se trate de uma educação da razão e das funções intelectuais, ou de uma educação da consciência moral, se o “direito à educação” implica que esta tenha em vista “o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o reforço do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais”, o que importa é compreender que semelhante ideal não poderia ser alcançado por qualquer um dos métodos em vigor. Nem a autonomia da pessoa, que pressupõe esse plena desenvolvimento, nem a reciprocidade, que evoca esse respeito pelos direitos e pelas liberdades de outrem, se poderão desenvolver em uma atmosfera de autoridade e de opressão intelectuais e morais; ambas reclamam imperiosamente, pelo contrário, para sua própria formação, a experiência vivida e a liberdade de pesquisa, fora das quais a aquisição de qualquer valor humano permanece apenas uma ilusão.³⁴

Quanto ao quarto enfoque – O PREPARO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA (iv), relevante relatar a abordagem de Luiz Antônio Miguel Ferreira³⁵, ao constatar que o trinômio estabelecido pela junção de lei, educação e cidadania mostra-se como fato recente em nossa história.

³³ Ibid., p. 75, nota 6. Ver PIAGET, Le Jugement Moral chez l' Enfant, Alcan. Na versão traduzida: PIAGET, 1994.

³⁴ Id., 1974, p. 77 passim.

³⁵ FERREIRA, 2004.

As Constituições anteriores, registra o autor, não fizeram referência ao tema educação e cidadania. Algumas, como as de 1946 e 1967, falavam em educação calcada nos princípios “de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”, contudo, especificamente, em relação ao termo cidadania, somente a atual faz referência.

As legislações que se seguiram à atual Constituição Federal, tanto a que regulamentou os direitos da criança e do adolescente – Estatuto da Criança e do Adolescente³⁶, como a que regulamentou o sistema educacional – Lei de Diretrizes e Bases³⁷, também fizeram expressa referência à questão da educação para o preparo do exercício da cidadania.

No que diz respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se certa convergência com o estabelecido na lei e o previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 (art. 29), que reconhece a necessidade de a educação infundir na criança o respeito aos valores nacionais de seu país e a necessidade de prepará-la para assumir uma vida responsável numa sociedade livre.

Quanto à Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9394/96), constata-se adotar os princípios de liberdade e os ideais de solidariedade humana, avançando ao se preocupar com o preparo do educando para o exercício da cidadania, repetindo o que já estabelecia a Lei nº 5.692/71.

De outra parte, historia o autor que a ausência de ligação entre educação e cidadania era perfeitamente compreensível, posto que a escola pública era privilégio de uma elite e a preocupação e os problemas das instituições escolares com a formação moral de seus alunos eram bem mais restritas. Era uma escola seletiva – que aceitava os bons alunos e recusava acolher a maior parte da população – não exercia, enfim, o papel que hoje lhe é reservado, quanto à construção de uma cidadania plena, inclusiva e democrática para todas as crianças e adolescentes. Nessa direção, conclui, a conduta dos educadores assume contornos diferentes, uma vez que, diante do estabelecido na Constituição, toda a

³⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8069, de 13/7/90 estabelece no artigo 53: A criança e o adolescente têm **direito à educação**, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, **preparo para o exercício da cidadania** e qualificação para o trabalho [...].

³⁷ A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394, de 20/12/96 prevê no artigo 2º: **A educação**, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, **seu preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho.

legislação infraconstitucional seguiu essa nova diretriz que precisa ser bem compreendida no que diz respeito ao que se deve entender por cidadania e a sua relação com a educação.

Analisando historicamente, o autor demonstra que a concepção de cidadania sofreu várias mutações, desde o período antigo até os atuais, devido à própria evolução da sociedade e dos direitos do homem. A educação, por sua vez, atrelou-se à evolução, sofrendo ingerências também, quando do relacionamento dos dois termos, tornando-se, na atualidade, marca de ascensão à cidadania. A relação pode resumir-se àquilo que estabeleceu a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente: educar para o exercício da cidadania³⁸.

A cidadania do passado não guarda relação muito estreita com a concepção atual. Porém, a análise histórica do que se entende por cidadania dá sentido à compreensão desse processo evolutivo e facilita a análise do seu significado hodierno e da relação que se estabeleceu com a educação. Alguns períodos históricos representam marcos significativos no processo evolutivo do que se entende por cidadania.

O primeiro período estabeleceu-se na Grécia e em Roma, e se constitui na fase embrionária do processo. A seguir, os alicerces da cidadania delinear-se pelas revoluções inglesa, americana e francesa. Posteriormente, o conceito de cidadania continuou se desenvolvendo de acordo com a evolução da sociedade (direitos sociais, luta das mulheres e das minorias, meio ambiente, etc.) até se chegar ao estágio assumido nos dias de hoje.

Assim, o que hoje se entende por cidadania liga-se, visceralmente, ao mundo greco-romano, com a idéia de democracia, de participação popular nos destinos da coletividade, de soberania do povo e de liberdade do indivíduo. As cidades-estado (Estados nacionais) constituíam-se em espaços públicos comunitários, onde se contemplava a prática da cidadania.

Na Grécia, constatou-se uma relação extremamente importante entre educação e cidadania. Os gregos estabeleciam, de modo consciente, um ideal de cultura como princípio formativo do homem. Mediante a constituição da *paideia*,

³⁸ FERREIRA, 2004, p. 116 et. seq.

buscavam imprimir, nos membros da sociedade, o *areté*³⁹, para que “estes membros se reconhecessem como responsáveis e realizadores dos valores de sua sociedade”⁴⁰. O homem grego era educado para a virtude, de modo a praticar ações virtuosas na sociedade. É nesse período que se estabelece a origem da relação entre educação e cidadania.

Em Roma, por força da unidade do Império, ocorreu a diminuição da participação política, restringindo-se o espaço público. A cidadania transformou-se em fonte de reivindicações e de conflitos em face dos diferentes grupos que compunham a sociedade da época. A luta pela participação no poder e a igualdade jurídica e econômica foram os sustentáculos dos conflitos, pois a cidadania romana garantia alguns privilégios legais, como firmar contratos, testamentos, casamentos, direito de propriedade e também privilégios fiscais. Esse período deixou como legado de extrema relevância a questão do voto secreto e da forma das antigas assembleias (hoje comparadas ao Senado e à Câmara).

No período greco-romano, no entanto, a comunidade cidadã não era igualitária, mas sim excludente. Excluía-se as mulheres, os jovens e velhos, os escravos, os estrangeiros e os não-proprietários. Ser cidadão constituía privilégio de poucos e, muitas vezes, obtinha-se tal distinção por hereditariedade, alforria ou concessão.

Aliás, exclusão de determinados segmentos da sociedade era a regra, não só neste período como em outros. Neste particular, afirma L. Karnal⁴¹ que a inclusão total é uma leitura contemporânea.

A seguir, ultrapassando parte da história, pode-se centrar os alicerces do que hoje se entende por cidadania, pela:

- a) Revolução Inglesa – 1640 -1688 – Séc. XVII – cujos princípios e conseqüências buscaram a inclusão dos despossuídos e o tratamento dos iguais com igualdade e dos desiguais com desigualdade;

³⁹ Segundo Chauí, *areté* significa “mérito ou qualidade nos quais alguém é o mais excelente: excelência do corpo, da alma e da inteligência. Virtude é a tradução costumeira” (1994, p. 343, apud FERREIRA, op. cit., p. 121, nota 55).

⁴⁰ SANTOS, 1999, apud FERREIRA, op. cit., p. 121.

⁴¹ KARNAL apud FERREIRA, op. cit., p. 122.

b) Revolução americana – 1776 – pioneira na formulação dos direitos humanos. A declaração da independência americana trouxe consigo idéias ligadas à cidadania como o direito à vida, à liberdade, à felicidade e à igualdade entre os homens;

c) Revolução Francesa - 1789 – Séc. XVIII – a qual constitui-se dentro dessa evolução do conceito de cidadania um marco de extrema importância, diante dos princípios adotados: liberdade, igualdade e fraternidade. É a fundadora dos direitos civis e tem como destaque significativo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Durante o processo evolutivo, pode-se constatar que na cultura burguesa, a concepção de cidadania amarrou-se à propriedade, tratando-se de uma cidadania mais formal que serve à dominação. Em consequência, divide-se a educação proposta entre os proprietários e os não-proprietários, sendo que a dirigida a estes últimos tem por função discipliná-los para a produção.

Seguiram-se a essas concepções, outras que vinculavam a educação à cidadania, sendo certo que esta última centrava-se, sobretudo, na idéia de direitos, como proposto por John Locke (1632-1704 – Segundo Tratado sobre o Governo), Rousseau (1712-1778 – O Contrato Social) e Kant (1727-1804 – Da Paz Perpétua⁴²).

Situando a questão no âmbito do direito interno, o autor observa que, no Brasil, educação e cidadania sofreram, também, mutações, sendo que, antes de 1980, pouca relação se estabeleceu. Com a concepção de cidadania restrita ao direito de votar e ser votado e de ser alfabetizado para exercer tais direitos, a educação se prestava a si mesma, a partir do momento em que possibilitava, ao homem, atingir o *status* de eleitor ou candidato. O foco principal da educação era o preparo para o trabalho e não para a cidadania, já que deveria formar o trabalhador e não o cidadão.

Seguiu-se, a este pensamento, a relação da educação com a cidadania, envolvendo concepções como participação política e consciência crítica.

⁴² Para Kant, o papel da educação era o de esclarecer o povo ensinando-lhe seus deveres e direitos frente ao Estado (VAIDDERGORN apud FERREIRA, op. cit., p. 123, nota 57).

M. Arroyo⁴³ apresenta essa evolução, afirmando que a cidadania, em certo momento da história, apresentava-se como sinônimo de participação política, sobretudo, porque a “função da educação era levar consciência para os que não têm consciência, para que, tendo consciência, participem politicamente”. A seguir, a idéia relacionou-se à consciência, com uma postura intelectual, evidenciando-se que, para ser cidadão, haveria a necessidade de se passar pela escola.

No entanto, esclarece J. M. Carvalho⁴⁴ que a ligação entre educação e cidadania, vai muito mais além dessas concepções. Na verdade, esta ligação resulta no fato de que:

[...] historicamente tem sido definida como um pré-requisito para a expansão de outros direitos. (é a educação) que permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política.

Desse modo, chega-se, afinal, à atual Constituição, em que a relação educação/cidadania resulta explícita, ou seja, um dos objetivos da educação é o preparo do aluno para o exercício da cidadania. A Constituição Federal ainda concebe a educação como um direito social do cidadão. E diante dessa relação, duas questões se firmam: o que vem a ser cidadania e como a educação pode preparar o aluno para exercê-la.

Quanto à definição de cidadania, constata-se que é extremamente complexa vez que não se trata de um conceito estanque, mas histórico, variando seu sentido no tempo e no espaço. Ser cidadão na época do Brasil – colônia, durante o período da escravatura ou dos regimes militares, em comparação com a situação de hoje é completamente diferente. Da mesma forma, é diferente a concepção de cidadania que se tem na Alemanha, Estados Unidos ou no continente europeu em relação ao Brasil. Assim, pode-se conceituar cidadania diante de uma situação contextualizada, porém não de modo perene e definitivo.

No sentido moderno, cidadania é “um conceito derivado da revolução Francesa (1789), para designar um conjunto de membros da sociedade

⁴³ ARROYO apud FERREIRA, op. cit., p. 124.

⁴⁴ CARVALHO apud FERREIRA, op. cit., p. 124.

que têm direitos e decidem o destino do Estado”⁴⁵. Pinsky define cidadão da seguinte forma:

Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. 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. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.⁴⁶

De maneira resumida, pode-se afirmar que ser cidadão implica o reconhecimento e a concretização de seus direitos civis, políticos e sociais. A cidadania resulta na efetivação de tais direitos e na luta incessante para alcançá-los, independente da condição pessoal ou social do indivíduo. Também implica o cumprimento de seus deveres.

Resta compreender, adverte, por derradeiro, Luiz Antônio Miguel Ferreira, que o papel da educação é, inclusive, o preparo dos alunos para o integral exercício da cidadania, posto que quanto mais educados, mais serão capazes de lutar e de exigir seus direitos e cumprir seus deveres e conclui, citando J. Vaiddergorn, que a “cidadania, ou melhor, a posse dos direitos de cidadania, é a marca da emancipação do homem na sociedade”.⁴⁷

Oportuna, nesse passo, a correlação estabelecida por Konrad Hesse⁴⁸ entre democracia, cidadania e educação:

Em tudo, democracia é, segundo seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionados, sobre a questão de seu próprio destino, é deixada na obscuridade.

A democracia, conforme menciona Marcos Augusto Maliska⁴⁹, tem na cidadania sua base. O legítimo poder democrático é exercido quando a sociedade é composta por cidadãos ativos, cidadãos que exercem plenamente a sua cidadania, que não deve ser compreendida em um sentido formal e abstrato, mas

⁴⁵ FUNARI apud FERREIRA, op. cit., p. 126.

⁴⁶ PINSKY, J; PINSKY, C. B. apud FERREIRA, op. cit., p. 126.

⁴⁷ VAIDDERGORN apud FERREIRA, op. cit., p. 128.

⁴⁸ HESSE apud MALISKA, 2001, p. 161.

⁴⁹ Ibid., p. 161.

como um conjunto de fatores que possibilita o controle do poder pela participação ativa dos envolvidos.

E esse exercício – tal como posto, todavia, só é possível se garantida prévia e concretamente, uma condição essencial: a educação. Ana Paula de Barcellos⁵⁰, a propósito, considera:

Não é preciso repisar que a educação constitui, modernamente, pressuposto básico para a participação no âmbito do Estado, para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado produtivo. A decisão consciente a respeito do voto em cada eleição, a informação acerca dos direitos mais elementares – e.g., direitos do consumidor, e até mesmo o direito de ação –, o acesso ao mercado de trabalho, tudo isso depende hoje, em boa parte, da educação formal.

Conclui a autora que a ausência de educação não apenas afasta a população dos postos de trabalhos, até mesmo daqueles de baixa qualificação, como também a aliena das prerrogativas mais singelas da cidadania.⁵¹

O quinto enfoque do direito à educação – A QUALIFICAÇÃO PARA O TRABALHO (v), consubstancia a educação como elemento indispensável ao preparo profissional, sobretudo nos dias atuais em que o preparo intelectual é condição até mesmo para aquelas tarefas tidas como “não-intelectuais”, colocando em questionamento, inclusive, essa classificação. Assim, o direito ao trabalho pode ser compreendido, também, como direito às condições de qualificação para o trabalho.

Neste particular, é necessário que se atente para uma das mais enfáticas preocupações de uma educação para o desenvolvimento e para a democracia, havendo de ser, segundo Paulo Freire⁵², aquela que

⁵⁰ BARCELLOS, 2002, p. 260 et. seq.

⁵¹ Ibid., p. 262 et. seq.

⁵² FREIRE, 1984, p. 89. Neste sentido, também, na mesma página, nota 54 do autor: “A produção em série, como organização de trabalho humano é, possivelmente, dos mais instrumentais fatores de massificação do homem no mundo altamente técnico atual. Ao exigir dele comportamento mecanizado pela repetição de um mesmo ato, com que realiza uma parte apenas da totalidade da obra, de que se desvincula, “domestica-o”. Não exige atitude crítica total diante de sua produção. Desumaniza-o. Corta-lhe os horizontes com a estreiteza da especialização exagerada. Faz dele um ser passivo. Medroso. Ingênuo. Daí, a sua grande contradição: a ampliação das esferas de participação e o perigo de esta ampliação sofrer distorção com a limitação da criticidade, pelo especialismo exagerado na produção em série. A solução, na verdade, não pode estar na defesa de formas antiquadas e inadequadas ao mundo de hoje, mas na aceitação da realidade e na solução objetiva de seus problemas. Nem pode estar na nutrição de um pessimismo ingênuo e no horror à máquina, mas na humanização do homem”. [ortografia original]

oferecesse ao educando instrumentos com que resistisse aos poderes do 'desenraizamento' de que a civilização industrial a que nos filiamos está amplamente armada. Mesmo que armada igualmente esteja ela de meios com os quais vem crescentemente ampliando as condições de existência do homem.

Essa educação, continua Paulo Freire⁵³, também há que possibilitar ao homem a discussão corajosa de sua problemática e de sua inserção nela. Que o advirta dos perigos de seu tempo e, consciente deles, ganhe força e coragem de lutar, ao invés de ser arrastado e submetido às prescrições alheias. Educação que leve em consideração o problema do desenvolvimento econômico, o da participação popular neste mesmo desenvolvimento, o da inserção crítica do homem brasileiro no processo de "democratização fundamental" e que não descure as marcas de nossa inexperiência democrática de raízes histórico-culturais. Uma educação para a decisão, para a responsabilidade social e política, sobretudo, uma educação como um esforço de libertação do homem e não como um instrumento a mais de sua dominação.

2.1.2 A importância da educação

Nesse compasso complexo de finalidades às quais deve atender a verdadeira educação, constata-se sua relevância e indispensabilidade como direito pressuposto da conquista e exercício dos demais direitos fundamentais.

É importante que não se perca de vista que esta educação concebida pelo legislador constituinte originário obedeça à formulação de Jean Jacques Rousseau⁵⁴ quanto ao processo de desenvolvimento do ser humano, em sua obra *Emílio ou Da Educação*: "Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes, nos é dado pela educação".

⁵³ Ibid., p. 85 passim.

⁵⁴ ROUSSEAU, 1999, p. 8.

Essa educação como processo transcende o indivíduo, sendo fator fundamental de formação da própria sociedade, como via Thomas Hobbes⁵⁵, para quem não é pela natureza que o homem se torna capaz de formar a sociedade, mas pela educação. De modo que, a ausência de educação que impossibilite o ser humano de evoluir em suas potencialidades, permanecendo como um projeto prematuramente interrompido, em razão da falta dos meios necessários à sua realização é profundamente lamentável e vergonhoso para uma sociedade, consoante fixa Sérgio Alves Gomes⁵⁶.

Se esta sociedade se propõe democrática, é premissa que seus cidadãos sejam capazes de construí-la permanentemente e vivê-la como tal. Para tanto, a finalidade da educação, de acordo com Maria Garcia⁵⁷, consiste em

[...] formar para a liberdade que vem pelo conhecimento, pela possibilidade de opções ou alternativas; formar para a cidadania, a plenitude dos direitos e, por último, formar para a dignidade da pessoa, princípio fundamental do Estado brasileiro, conforme estabelece o art. 1.º da Constituição.

Ao correlacionar as noções de educação e democracia, propõe Sampaio Dória⁵⁸ que, tendo proclamado, no artigo 1.º da Constituição, para si, o regime democrático, cumpre ao País tudo fazer para o povo se educar na escola da liberdade, na consciência de seu destino e na capacidade para o trabalho. A educação, conclui o autor, é o problema básico da democracia.

Para que se tenha uma democracia em sua plenitude, é imperioso que a educação não se limite ao mero ensino. E que também, fundamentalmente, não seja instrumento de dominação, por meio da doutrinação⁵⁹. Toda orientação, despida de fundamentos ético-humanistas pode se colocar a serviço de qualquer finalidade, inclusive do terror totalitário, como fizeram os fiéis servidores de Hitler, segundo adverte Sérgio Alves Gomes⁶⁰:

⁵⁵ HOBBS apud GOMES, 2005, p. 89.

⁵⁶ Ibid., p. 92.

⁵⁷ GARCIA, 1998, p. 57.

⁵⁸ DÓRIA apud GOMES, 2005, p. 94 et. seq.

⁵⁹ Neste sentido: “[...] educação é um conceito genérico, mais amplo, que supõe o processo de desenvolvimento integral do homem, isto é, de sua capacidade física, intelectual e moral, visando não só a formação de habilidades, mas também do caráter e da personalidade social. O ensino consiste na transmissão de conhecimentos, enquanto a doutrinação é uma pseudo-educação que não respeita a liberdade do educando, impondo-lhe conhecimentos e valores. Nesse processo, todos são submetidos a uma só maneira de pensar e agir, destruindo-se o pensamento divergente e mantendo-se a tutela e a hierarquia”. (ARANHA, 2002, p. 51)

⁶⁰ GOMES, op. cit., p. 82 et. seq.

Estes jamais questionaram a legalidade das ordens e intenções do Führer. Agiam como seres despidos da mínima consciência moral. Aparentavam acreditar no valor da pura legalidade, desvinculada de quaisquer preocupações éticas e veneravam o arcabouço normativo em que se assentava o III Reich. Basta lembrar a emblemática figura de Eichmann, tão bem analisada por Hannah Arendt.

A educação se impõe, pois, como fator de consolidação de uma sociedade genuinamente democrática. Sem ela, o Direito e as leis passam a ser utilizados abusivamente como meros instrumentos de dominação.⁶¹

Importante, também, o enfoque do direito à educação como estratégia jurídica de prevenção social. Isso porque a sociedade não mais se satisfaz com a mera punição dos infratores da lei, mas sim, clama para que seus direitos sejam garantidos na sintonia do tempo presente. Sobremodo, quando se fala em educação em que, qualquer descompasso entre tempo e realidade representa aos educandos prejuízos inestimáveis, a eles e, mais ainda, à Nação.

Assim posto, a preocupação com os rumos da educação é, antes de tudo, uma inquietação estratégica de otimização cuja atuação eficiente promoverá resultados inestimáveis de transformação social positiva⁶².

Conforme pesquisa realizada pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a garantia de escolaridade de cinco anos para toda a população brasileira faria a miséria cair 6% (seis por cento). A mesma garantia por dez anos, reduziria a pobreza em 13% (treze por cento). “Desarmar os mecanismos que concentram renda no Brasil é o único caminho para tirar as pessoas da linha de miséria e construir um modelo de sociedade mais justo”, lembra o economista Marcelo Néri, estudioso da Fundação Getúlio Vargas.⁶³

A relação miséria *versus* analfabetismo (em seu sentido amplo) é abordada por estudo de Marcio Pochmann e Ricardo Amorim⁶⁴ que, ao tratarem da geografia nacional da exclusão social⁶⁵ no Brasil, constata:

⁶¹ Ibid., p. 98.

⁶² Conforme dados apontados na reportagem especial “O Paradoxo da Miséria”, publicada pela revista VEJA, edição de 23.01.2002, o Brasil ostentava, à época, 53 (cinquenta e três) milhões de brasileiros abaixo da linha de pobreza, dos quais, 23 (vinte e três) milhões em situação de verdadeira indigência, sendo que crianças e adolescentes representam quase metade desse universo de miseráveis.

⁶³ Conforme mencionado na reportagem especial “O Paradoxo da Miséria”, publicada pela revista VEJA, edição de 23.01.2002.

⁶⁴ POCHMANN; AMORIM, 2004, p. 25.

No que tange ao Índice de Exclusão Social, que é uma síntese de todos os indicadores anteriores, nada menos que 41,6% das cidades do Brasil apresentam os piores resultados neste indicador, quase todas elas situadas nas regiões Norte e Nordeste. Mais uma vez, isso reforça a constatação de que a “selva” da exclusão mostra-se aí intensa e generalizada, com poucos “acampamentos” de inclusão social, pontuando uma realidade marcada pela pobreza e pela fome, que atingem famílias extensas, jovens, população pouco instruída e sem experiência assalariada formal. Entretanto, de novo, isso não quer dizer que a exclusão não afete também as regiões do Centro-Sul, pois mesmo nos grandes municípios aí localizados ela se faz presente.

Katarina Tomasevski⁶⁶, relatora especial da ONU para o direito à educação, chama a atenção para um fator até então descurado por muitos, o de que:

A unanimidade global crescente sobre a necessidade de todas as crianças concluírem o ensino primário ignora o direito à educação secundária e universitária, que corre o risco de se transformar totalmente em um serviço comprado e vendido a um preço. Mas a Coreia do Sul, por exemplo, indica que a chave para a redução da pobreza é a educação secundária e não a primária. A Comissão Econômica da ONU para a América Latina percebeu que os jovens que completam a educação secundária têm uma probabilidade de 80% (oitenta por cento) de evitar a pobreza enquanto 96% (noventa e seis por cento) das famílias em que os pais têm menos de nove anos de escolaridade vivem na pobreza. A Assembléia Geral da ONU reafirmou recentemente o núcleo de obrigações governamentais relacionadas ao ensino primário (gratuito, compulsório e de boa qualidade), mas o restringiu a um período de cinco anos. Se começam a estudar com seis anos, as crianças completam os estudos aos onze, quando são jovens demais para o trabalho e, a rigor, são legalmente impedidas de fazê-lo. (...) a educação funciona como multiplicador. Negar o direito à educação acarreta a exclusão do mercado de trabalho e a adesão ao setor informal. Remediar o desequilíbrio existente nas oportunidades de vida sem o reconhecimento pleno do direito à educação é impossível. (...) Há, portanto, um grande número de problemas envolvendo os direitos humanos que não podem ser resolvidos sem que o direito à educação seja encarado como questão-chave.

⁶⁵ Esclarecem os organizadores que, para a construção do Atlas foram definidos três grandes temas que configuram os componentes da exclusão/inclusão social ou de risco de exclusão/inclusão social. O primeiro foi chamado de *padrão de vida digno*, apurado por meio de três indicadores: a) porcentagem de “chefes de família pobres”; b) quantidade de trabalhadores com emprego formal sobre a população em idade ativa; c) uma *proxi* do índice de desigualdade de renda. O segundo tema segue as recomendações do IPEA e da Fundação João Pinheiro para quantificar a participação da população no legado técnico-cultural da sociedade, apurando-se o tema *conhecimento* por meio de indicadores “anos de estudo do chefe de família” e “alfabetização da população acima de cinco anos de idade”. E o terceiro e último tema foi inspirado na investigação realizada pela Fundação SEADE e pelo Mapa da exclusão/inclusão social, a partir do índice de vulnerabilidade juvenil. A transformação de todos esses indicadores em índices obedece à clássica fórmula utilizada por Amartya SEN quando da criação do IDH (ONU/PNUD, 2002). O esquema de como o Índice de Exclusão Social foi montado apresenta elaboração própria a partir do *Human development report 2002*. New York, Oxford University Press, 2002. (Ibid., p. 16 et. seq.)

⁶⁶ TOMASEVSKI, 2003.

Avulta, portanto, a importância da educação não apenas na redução das taxas de pobreza, mas, sobretudo, na garantia de plena cidadania a milhões de brasileiros, em especial, crianças e adolescentes em condições econômicas absolutamente adversas.

Como registram Antônio Carlos Gomes da Costa e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima, “a educação, enquanto serviço, é assunto de especialistas da área de educação, mas, enquanto direito, é assunto de todos os cidadãos para os quais se constrói, no tempo presente, a terra futura”⁶⁷. E, ainda:

Temos expressado esse imaginário social CONVOCANTE [destaque nosso], numa declaração de visão bastante simples: Construir um país onde toda criança tenha o direito de ser criança e onde todo adolescente possa olhar o futuro sem medo, porque está preparado para ele. Terra futura que não exclui nem apavora, que não limita nem amedronta mas que incentiva a curiosidade, o desenvolvimento, a superação e o enfrentamento.

Terra futura que nos convoca e cujo mapeamento passa pela nossa ação atual, concreta e emancipatória, solidária e criativa, para superar o mero reconhecimento doutrinário da existência de um direito fundamental à infância, fixando não só o seu fundamento subjetivo 'face à importância para o indivíduo, sua formação e desenvolvimento de sua personalidade', mas, igualmente, um fundamento objetivo 'face ao interesse público, necessidade social e até a evolução da comunidade na compreensão de resguardar um período imprescindível ao ser humano e que, após ultrapassado, jamais poderá ser resgatado'.

Terra futura que nos convoca para transformar esse reconhecimento doutrinário em pauta de política pública de educação a partir da idéia de que cidadania e direitos humanos podem ser construídos interdisciplinarmente, com um referencial comprometido com mudanças, priorizando a relação de seres capazes de relações interativas e produtivas em aprendizagem mútua, ensejando a definição de uma nova relação indivíduo-Estado.

Terra futura que hoje se pode modelar, no processo democrático de escolha dos diretores das escolas, dos centros de saúde, do controle social do orçamento, do acompanhamento das verbas do FUNDEF, com participação dos estudantes e dos seus pais na conservação dos equipamentos escolares, na consciência do que significa a 'res publica', onde o interesse de todos seja convocante para conferir realidade à paisagem pela qual quero/queremos caminhar dentro do prédio escolar, junto ao parque, próximo à rua e dentro do transporte urbano.⁶⁸

A educação em idade tenra na criança já era destacada por Platão, que situa nessa etapa a fase decisiva da educação moral:

[...] Se Platão dedica tão grande atenção a estas questões médicas, é porque reconhece a importância do fator fisiológico do caráter, do *ethos*. Por isso é que da teoria do tratamento físico do recém-nascido passa diretamente à teoria do caráter. Gerar na criança sensações agradáveis e

⁶⁷ COSTA; LIMA, 2000, p. 289 et. seq.

⁶⁸ Ibid., p. 289 et. seq.

evitar-lhe as desagradáveis, por meio do movimento do corpo, é o primeiro passo para a formação da alma [...].

Platão concebe a cultura do Homem como formação da alma. É precisamente por isso que ele é o fundador da pedagogia da primeira infância. Para ele, o objetivo deve ser educar a criança na alegria, pois é logo desde muito cedo que as bases da harmonia e do pleno equilíbrio do caráter devem ser lançadas na alma do Homem. Às normas da *paidéia*, consistente em usos e costumes fixos, atribui maior importância que às leis e denomina-as vínculos do Estado, sendo elas elementos indispensáveis para a fundação e manutenção firme de uma nova *polis*.⁶⁹

Especificamente quanto à importância da educação infantil, anote-se que, até o começo da década de 80 – como historia Helena Samara⁷⁰, pré-escolas eram identificadas pelas famílias e pela sociedade como lugares para os quais as mães – então cada vez mais próximas do mercado de trabalho – recorriam para deixar seus filhos durante parte do dia.

Na década de 90, a “pré-escola”, já melhor denominada Educação Infantil, começou a mudar de status na sociedade – principalmente pelo esforço das melhores escolas, que há muito já haviam incorporado novas concepções acerca da aprendizagem e do desenvolvimento emocional. Agora, as recentes descobertas a respeito da formação do cérebro e da inteligência prenunciam enormes avanços e dão à Educação Infantil, em todo o mundo, um papel cada vez mais importante.

Em França, exemplifica Maria Malta Campos⁷¹, as chamadas escolas maternas, criadas como parte do sistema nacional de educação já em 1881, atualmente recebem quase toda a população infantil na faixa dos 3 aos 5 anos de idade, sendo 80% (oitenta por cento) delas em estabelecimentos públicos. Registra a autora que a mais recente reforma no sistema de formação de professores, introduzida em 1991/1992, exige um curso equivalente ao mestrado para a docência nessas escolas: dois anos de formação após o diploma universitário. Os professores de Educação Infantil, da mesma forma que seus colegas do ensino elementar e secundário, são classificados no mais alto grau do serviço público francês: a

⁶⁹ JAEGER, 2001, p. 1350 et. seq.

⁷⁰ SAMARA, 2007.

⁷¹ CAMPOS, M., 2007.

categoria A (Unesco, 2006)⁷². Conforme a autora, motivos de naturezas diversas justificam a crescente importância que vem sendo conferida à Educação Infantil:

Em primeiro lugar, decorrem das profundas mudanças ocorridas no papel da mulher na sociedade moderna, e as conseqüentes transformações nos arranjos familiares que envolvem a proteção, o cuidado e a educação dos filhos. Em segundo, são reflexo das condições de vida nas cidades, onde agora vive a maioria das populações das nações industrializadas, que provocaram grandes mudanças na forma como as crianças vivem sua infância. Em terceiro, estão fundamentados na evolução das pesquisas científicas sobre o desenvolvimento infantil, as quais apontam a enorme importância dos primeiros anos de vida para o desenvolvimento físico, cognitivo, afetivo e social dos seres humanos, assim como nos estudos que constata que a frequência a boas pré-escolas melhora significativamente o aproveitamento das crianças na escola primária, especialmente no caso de alunos de baixa renda⁷³. Finalmente, indicam o reconhecimento, no plano internacional, dos direitos da criança, que incluem o direito à educação de qualidade desde os primeiros anos de vida.

As pesquisas desenvolvidas no campo da psicologia e da neurobiologia sobre a construção do cérebro indicam que todos têm o mesmo número de células nervosas desde o nosso nascimento (e que vão sofrendo uma gradual redução ao longo da vida), porém os originários quatrocentos gramas de massa encefálica transformam-se, na vida adulta, em mil e quinhentos gramas. O que ocorre é a associação das células nervosas umas às outras (sinapse) tornando-se neurônios.⁷⁴ Assim, o volume do cérebro adulto é maior porque há mais sinapses. São os mesmos cem bilhões de células nervosas que se possui ao nascer, contudo, com mais de cem trilhões de ligações entre si.⁷⁵

Afirmam os cientistas que não há tantos genes na espécie para determinar um número tão grande de ligações. Elas são formadas pela experiência, a partir dos estímulos recebidos e das hipóteses formuladas pelo indivíduo diante de uma nova situação. A partir da descoberta dessa extrema plasticidade do cérebro, que até os 04 (quatro) anos alcança uma atividade que jamais se repetirá, os cientistas formam o conceito de “janelas de oportunidade” – de relevância singular para o futuro da Educação. Tal termo denomina os momentos mais propícios de

⁷² Ibid. Nota bibliográfica da autora: UNESCO. The Training and Working Conditions of Pre-school Teachers in France. UNESCO Policy Brief on Early Childhood. 2006 (no prelo).

⁷³ Ibid. Nota da autora: Ver pesquisa em andamento no Reino Unido, conduzida pela Universidade de Londres (The EPPE Project – Effective Provision of Pré-School Education Project. University of London. Disponível em: www.ioe.ac.uk/projects/eppe.

⁷⁴ Neste sentido, a revista TIME, em reportagem de 10.02.97, publicou matéria especial sobre o assunto. A revista NEWSWEEK fez matéria de capa em 1996, bem como a revista VEJA, igualmente em 1996.

⁷⁵ CAMPOS, C., 2007.

estimulação do cérebro para que assimile informações de determinada natureza, compreendendo, inclusive, os aspectos emocionais, como o efeito de mudanças perturbadoras em crianças, como traumas violentos, conforme estudos na Universidade de Yale, nos Estados Unidos⁷⁶.

Nesse passo, quanto às potencialidades cerebrais e sua relação com a aprendizagem, afirmam os especialistas que na criança, o circuito cerebral não está fechado ainda e, portanto, existem épocas específicas para aprender determinadas coisas. Confirmou-se nessas pesquisas que há etapas definidas para o desenvolvimento do cérebro das crianças e que a inteligência, a sensibilidade e a linguagem podem e devem ser aprimoradas na escola e dentro de casa.⁷⁷ E que o gosto pela ciência, pela arte e por idiomas ocorre muito mais cedo do que se imaginava. Os gramas iniciais de massa cerebral de um recém-nascido guardam os neurônios de toda uma vida, embora ainda não estejam totalmente processados. O cérebro infantil permanece “aberto” por algum tempo, em estado de desenvolvimento.

Com equipamentos sofisticados, a Ciência está conseguindo mapear o que se teorizava e intuía no campo da Educação e da Psicologia: como – e quando – se dá o aprendizado de certos conhecimentos fundamentais para o homem, como as habilidades matemáticas, musicais e lingüísticas, ou as respostas emocionais, afirma Helena Samara⁷⁸. Essas fases específicas do aprendizado são denominadas de “janelas de oportunidades” pelos neurobiologistas. São consideradas chances de desenvolvimento em cada atividade na vida da criança. Estas janelas são comparadas a uma espécie de luta pela sobrevivência dos neurônios. Se usados e bem sucedidos, fixam-se para a criança como um instrumento do pensamento. Se mantidos inertes, é como se morressem.

A maturação cerebral ocorre, então, com o desenvolvimento de cada “janela de oportunidade”. Imagens tomográficas de cérebros de crianças desde o nascimento até os doze meses de vida mostram o esforço que fazem para

⁷⁶ SAMARA, 2007. Recomenda a autora alguns endereços eletrônicos: Universidade do Texas – <http://www2.tlhc.ttu.edu>; Brain Surges, by Dr. Amy DiCresce – <http://www.med.wayne.edu>; Neurosmith – tools for developing minds – <http://www.neurosmith.com>; Child and Family – Canadá – <http://www.cfc-efc.ca>; artigos e reportagens de endereços brasileiros – <http://www.ipanema.com/babysite>.

⁷⁷ Menciona o autor César Campos as Universidades Americanas de Wayne, Califórnia, Harvard, Washington e Rockefeller, além de Konstanz, na Alemanha.

⁷⁸ SAMARA, op. cit.

amadurecer, consoante conclusão de algumas pesquisas realizadas pela Universidade de São Paulo.⁷⁹

Mais precisamente quanto ao sistema de aprendizagem baseado na estimulação, constata-se que por meio da ação sobre o meio físico e da interação com o ambiente social, processam-se o desenvolvimento e a aprendizagem da criança. O mecanismo básico do cérebro se dá por meio de impulsos nervosos, que passam de um neurônio a outro, por pontes chamadas sinapses. Submetida a estímulos, tanto táteis, quanto da visão, audição, olfato ou paladar, a criança se desenvolve de uma maneira mais adequada, pela diversidade de incentivos.

O desenvolvimento do cérebro infantil se dá pelas exigências, pelos desafios e estímulos aos quais a criança é submetida. Justamente por isso que as primeiras experiências da vida são tão importantes. Elas podem mudar por completo a maneira com que cada pessoa se desenvolve, salienta o neuropediatra Harry Chugani, professor da Universidade de Wayne, nos Estados Unidos. Cada experiência nova, cada contato, cada estímulo na época certa faz realizar ligações entre as células nervosas abrindo, assim, possibilidades de desenvolvimento para as crianças.

Desse modo, essa situação compreendida pela estimulação e conseqüente resposta é a responsável pela criação de “janelas de oportunidade”, ou seja, cada experiência, vivida em cada período de desenvolvimento da criança realiza conexões entre as células nervosas que cria as condições favoráveis para o surgimento de determinadas capacidades observadas nos adultos. De modo que, musicalidade, raciocínio lógico-matemático, inteligência espacial, são capacidades que se consolidam na primeira infância. Em relação ao domínio da linguagem, estas “janelas de oportunidades” se abrem ao nascer, atingindo seu ponto ótimo dos três aos dez anos de idade – quando o cérebro está se formando para identificar fonemas da língua materna. Após esta idade, a dificuldade para se adquirir um novo idioma é a mesma que a de um adulto, como afirma Patrícia Kuhl, da Universidade de Washington.⁸⁰

Estas pesquisas também demonstraram constituir-se a música em um dos meios mais potentes para ativar os circuitos do cérebro. Logo, é fundamental, para a criação de “janelas de oportunidades”, que as crianças ouçam

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ CAMPOS, C., 2007.

as cantigas de roda, as cantigas de ninar, as conversas com os bebês. Demonstrou-se que pré-escolares que estudaram piano apresentavam 34% melhores resultados em habilidade no uso de raciocínio espacial e temporal do que os alunos que não tiveram estudo de música.⁸¹ Outras pesquisas também constataram (ainda de maneira não-conclusiva) que há relação entre a percepção musical e a capacidade de raciocínio lógico-matemático, o que também dá novo relevo à educação musical.⁸²

Jean Piaget, o pai da Teoria Construtivista⁸³, interpreta o conhecimento como resultante da adaptação da criança ao meio, enquanto que Lev Semenovitch Vigotskii⁸⁴, cujo trabalho se voltou fundamentalmente ao desenvolvimento cognitivo, entende que o desenvolvimento das funções psíquicas da criança interage continuamente com a aprendizagem. Entretanto, as duas filosofias convergem em um ponto comum: necessidade de estímulos para a interação com o meio.

Testes clínicos por todo o mundo mostram que crianças pouco estimuladas, em todos os aspectos, não desenvolvem de forma apropriada os sentidos de equilíbrio e localização corporal, além de não se desenvolverem intelectualmente.⁸⁵

Tal assertiva pôde ser constatada em pesquisa levada a efeito em São Paulo, em exame aplicado pela SARESP, com 244.836 crianças da primeira à quarta série do ensino fundamental. Pelo teste, verificou-se que a imensa maioria dos alunos que freqüentaram a pré-escola teve melhores notas em língua portuguesa. Dos que obtiveram a nota máxima – conceito ótimo, somente 10,2% não

⁸¹ Estudo publicado pela Revista Neurological Research, em fevereiro de 1997 (Ibid.)

⁸² SAMARA, 2007.

⁸³ Na questão hereditariedade x ambiente, Piaget não se coloca como geneticista nem ambientalista. Nem acredita que a inteligência já venha pronta e vá se manifestando conforme o indivíduo cresça (geneticismo), nem acredita que seja uma cópia passiva da realidade sobre uma folha em branco (ambientalismo). Sua posição é de interacionismo ou construtivismo. A inteligência é a adaptação a uma situação nova e essa adaptação é produto de ação recíproca, de influência mútua entre hereditariedade e ambiente. São as experiências físicas e as condições sociais que determinarão o acabamento daquilo que a maturação torna apenas possível. O conhecimento das coisas que permite a adaptação é construído pelo homem à medida que age sobre as coisas. FALCÃO, 1984, p. 82.

⁸⁴ VIGOTSKII apud VIGOTSKII; LURIA; LEONTIEV, 1988, p. 117: “Cada matéria escolar tem uma relação própria com o curso do desenvolvimento da criança, relação que muda com a passagem da criança de uma etapa para outra. Isto obriga a reexaminar todo o problema das disciplinas formais, ou seja, do papel e da importância de cada matéria no posterior desenvolvimento psicointelectual geral da criança”.

⁸⁵ DIMENSTEIN, 2007.

tinham passado pela educação infantil. Conforme analisa Gilberto Dimenstein⁸⁶, o diagnóstico repousa na conclusão de que os cidadãos que tiveram a oportunidade de serem estimulados desde o berço demonstraram mais chance de progresso intelectual e profissional. Como prognóstico, tem-se a constatação de que se o poder público investir em educação infantil, os futuros trabalhadores serão mais qualificados e os cidadãos, mais educados.

De outro lado, do ponto de vista sócio-econômico, é de se mencionar o estudo da socióloga Bila Sorj⁸⁷ para a Organização Mundial do Trabalho – OIT. Demonstra a pesquisa que mães trabalhadoras que lograram vaga na educação infantil para seus filhos apresentavam renda 55% (cinquenta e cinco por cento) maior em relação àquelas não beneficiadas com tal política pública.

Nessa esteira, a pesquisa realizada sob a coordenação de James Heckmann, prêmio Nobel de Economia. O investimento em educação nos primeiros anos de vida é o que mais dá retorno à sociedade, em termos de futuro desempenho no mercado de trabalho, além de evitar a entrada no crime, a gravidez na adolescência e o abandono da escola, entre outros. A pré-escola, conclui, é um dos mais poderosos instrumentos para combater a pobreza e a desigualdade: “quanto mais baixa foi a idade do investimento educacional recebido, mais alto é o retorno recebido pelo indivíduo e pela sociedade.”⁸⁸

O Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, igualmente, desenvolveu pesquisa referente aos impactos quanto à Educação na Primeira Infância, demonstrando que crianças que tiveram acesso à educação infantil apresentaram, na idade adulta, renda mais alta e probabilidades mais reduzidas de prisão, de gravidez precoce e de dependência de programas de transferência de renda do Estado.⁸⁹

Também sobre o cenário nacional da Educação Infantil, dados constantes do endereço eletrônico do Senado⁹⁰ denunciam uma estarrecedora

⁸⁶ Id., 2005, p. C-8.

⁸⁷ “A renda média de mães cujos filhos estão matriculados em creches ou pré-escolas é de R\$ 423. Entre as mães que não tiveram essa oportunidade, a renda cai para R\$ 273, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios do IBGE de 2001”. GOIS, 2005.

⁸⁸ Disponível em http://www.fgv.br/ibre/cps/pesquisas/impacto_2005/hc388.jpg, acesso em 31.05.2007.

⁸⁹ Disponível em <http://www4.fgv.br/cps/simulador/infantil/index.htm>, acesso em 31.05.2007.

⁹⁰ Disponível no endereço eletrônico da Senadora da República Patricia Saboya Gomes: http://www.senado.gov.br/web/senador/PatriciaSaboyaGomes/sala/Disc_externos/20050728.ppt#1, e acesso em 28.05.2007.

realidade, concluindo que o Brasil está longe de cumprir sua missão junto às crianças, no que diz respeito à igualdade de oportunidades: apenas 36,2% dos 23,1 milhões de crianças de 0 a 6 anos freqüentam instituições de Educação Infantil. No grupo de 0 a 3 anos, a situação é pior. Dos 13 milhões de crianças nessa idade, cerca de 10% estão em creches.⁹¹ Já na faixa entre 4 e 6 anos, cerca de 50% do total de 10 milhões de meninos e meninas estão em pré-escolas.⁹²

Dentro dessa estatística, o fator “renda” tem influência direta: apenas 5,9% das crianças entre 0 e 3 anos das famílias com renda per capita inferior a meio salário mínimo estão matriculadas em instituições de ensino. Esse índice sobe para 32,5% nas famílias com renda per capita superior a dois salários mínimos (Pnad/IBGE).

No que diz respeito à formação dos profissionais em atuação nesse nível de ensino, os dados demonstram que, dos 74 mil professores que trabalham em creches no País, apenas 17,5% têm formação superior. Dos 270 mil docentes na pré-escola, somente 31,3% têm formação superior (Censo Escolar da Educação Básica de 2003/INEP). Não por outro motivo, Sonia Kramer⁹³ situa a formação de profissionais de educação infantil como um dos maiores desafios das políticas educacionais no Brasil.

A infra-estrutura destinada também não contribui para a qualidade dessa política pública. De acordo com o Censo da Educação Infantil de 2000, 35% das creches do Nordeste não usam brinquedos e mais de 45% não utilizam jogos didáticos. Em quase 40% das creches e pré-escolas, não há livros infantis. Apenas em 55,8% das creches e em 36,8% das pré-escolas existem parquinhos.

Todos esses dados demonstram as permanentes inobservâncias à Lei de Diretrizes e Bases da Educação que definiu a Educação Infantil como parte

⁹¹ Este percentual também é reconhecido pelo Governo Federal, através do Ministério da Educação. Conforme item 5 da Exposição de Motivos da PEC 415/2005, apenas 9,4% (nove vírgula quatro por cento) das crianças compreendidas nesta faixa etária – de 0 a 3 anos de idade, são atendidas em creches.

⁹² A situação é coincidente no Estado do Paraná. Diagnóstico traçado pelo Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social – IPARDES, com base no Censo Demográfico do IBGE/2000 (fornecido ao Ministério Público do Estado do Paraná a partir do convênio firmado com a Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral) mostra que são 1.260.916 (um milhão, duzentas e sessenta mil e novecentas e dezesseis) as crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade no Estado do Paraná. Deste total, dentre a população entre 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, 90,33% (noventa vírgula trinta e três por cento) estão fora das creches, e dentre as crianças de 4 (quatro) a 6 (seis) anos, são 46,74% (quarenta e seis vírgula setenta e quatro por cento) as excluídas da rede escolar.

⁹³ KRAMER, 2007.

integrante do sistema de ensino brasileiro⁹⁴. O que implica a exigência de que creches e pré-escolas precisam, portanto, contar com um projeto pedagógico consistente, profissionais qualificados e infra-estrutura para atender às crianças de 0 a 6 anos.

As estatísticas também afrontam os parâmetros já mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional de Educação, de 2001, segundo o qual, até 2006 o Brasil teria de ampliar a oferta de Educação Infantil para atender a 30% da população de 0 a 3 anos e 60% da população de 4 a 6 e que até 2011, o País deverá alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 e 80% das de 4 a 6 atendidas.

Em que pese toda a relevância da educação infantil, preliminarmente, o Fundeb – fundo que propõe a instituição de mecanismos de financiamento para a Educação Básica, não contemplava a faixa de 0 a 3 anos, ou seja, excluía da destinação de verbas as creches – primeira etapa da educação infantil.

Tal disposição feria frontalmente dispositivos constitucionais⁹⁵, além de não coadjuvar com os mais elementares propósitos de economia política. Estudos mostram que o investimento em Educação Infantil traz inúmeros benefícios para o desenvolvimento de um País. Cada real aplicado nesse nível educacional representa, consoante os especialistas, sete reais de economia nas etapas seguintes. De acordo com o IPEA, cada ano de frequência à pré-escola significa um aumento de 0,4 ano na escolaridade e uma redução de 0,5% na reprovação.

A questão é exatamente definir qual o modelo de desenvolvimento que se pretende eleger para o País. As políticas públicas têm de priorizar o modelo constitucional que ofereça oportunidades para que todas as pessoas, independentemente de classe social, raça, etnia, gênero ou religião, possam desenvolver suas potencialidades.

⁹⁴ Lei de diretrizes e bases da educação nacional, artigo 21, inciso I.

⁹⁵ Ao excluir as creches do financiamento destinado à educação básica, a então PEC 415/2005 afrontava a estrutura educacional formulada pelo legislador infraconstitucional, descaracterizando a educação básica ao fragmentá-la; exclui uma parcela da população (aquela entre 0 a 3 anos de idade), do direito constitucional de todos e dever do Estado (art. 205, CF); atenta ao princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, contra a valorização do magistério e contra o padrão de qualidade do ensino (incisos I, V e VII do artigo 206 da CF), ao mesmo tempo em que ignora os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, ao deixar de proporcionar a todos as condições mínimas necessárias à promoção da cidadania, à construção de uma sociedade livre e solidária, ao desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, em nefasto desrespeito à dignidade humana (artigos 1.º e 3.º da CF). Afrontava, também, o princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança (art. 227, CF), ao excluir essa clientela de financiamento público privilegiado.

2.2 TRATAMENTO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

Uma das mais relevantes características do século XX foi a capacidade de produzir legislação de âmbito internacional que atuasse sobre os Estados soberanos e que servisse de modelo para as leis internas dos Estados-nação. Além disso, registra Luis Henrique Beust⁹⁶ que, como nunca ocorrera na História nesta escala e nesta magnitude, os direitos das pessoas, em várias instâncias, foram defendidos por instrumentos jurídicos de caráter internacional e nacional:

A emergência, ao longo do século XX, de um corpo de leis que defendem os direitos fundamentais da pessoa humana, em vários aspectos e níveis, representou, sem dúvida, um avanço importantíssimo na construção de uma sociedade mundial baseada no Direito. Os direitos humanos deixaram de ser simplesmente aspirações nobres de indivíduos nobres para se tornarem exigências legais do cidadão comum. Ainda que haja muitíssimo por caminhar nesse sentido, o avanço é extraordinário.

É evidente o descompasso que se verifica entre as disposições existentes nos documentos internacionais e a realidade universal. Contudo, o fundamental são as garantias com força de lei que esses instrumentos produziram. É inegável, conclui o autor, que essas leis, nascidas da história dos povos, têm força também de construir história.

Quanto ao sistema internacional de proteção, dentre os documentos internacionais que contribuíram para a formação do sistema de garantias legais da infância e juventude e, especialmente, do direito fundamental à educação, a influenciar o direito interno, alguns implicam maior relevância, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de

⁹⁶ BEUST, 2000, p. 61.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (1998), quer por seu momento histórico, quer pelo conteúdo que encerram.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, é a base e fundamento da legislação mais específica de proteção à infância e juventude, sendo, assim, o principal documento norteador dos direitos e liberdades fundamentais.

Uma de suas grandes conquistas foi universalizar a concepção de direitos humanos, oferecendo um referencial à opinião pública internacional sobre práticas de diferentes povos e nações, ao ressaltar, já em seu preâmbulo, ser da mais alta importância o estabelecimento de uma concepção comum dos direitos e liberdades da pessoa humana.

Em face das crianças, estabelece a Declaração que estas têm direito a ajuda e assistência especiais, independentemente de sua origem. Lançada estava a semente da proteção especial.

Especificamente em relação à educação, prescreve que: “Toda pessoa tem direito à educação”, devendo ser gratuita, pelo menos aquela correspondente ao ensino elementar e fundamental, bem como obrigatória. Dispõe também que o ensino técnico e profissional deve ser generalizado. Quanto ao acesso aos estudos superiores, menciona importante circunstância – a de que deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função de seu mérito.

Quanto à concepção de educação, fixa como propósito o caráter humanista e enobrecedor ao qual deve almejar: “A educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais”, bem como, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, como também, o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Por fim, assegura prioritariamente aos pais o direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.

Conforme avalia Jean Piaget⁹⁷, houve a preocupação de pôr em evidência as obrigações da sociedade em relação ao indivíduo a educar, mas também, em contrapartida, a intenção de enfatizar alguns objetivos sociais da

⁹⁷ PIAGET, 1974, p. 34. A obra, que analisa a dimensão interdisciplinar do artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi redigida em 1971, em atendimento à Comissão Internacional para o Desenvolvimento da Educação, órgão dependente da UNESCO.

educação: relevância especial foi conferida à indispensável solidariedade que associa desenvolvimento da pessoa ao respeito pelo de outrem.

Quanto à concepção de educação introduzida pela Declaração, o autor estabelece a dimensão de seu significado, que ultrapassa o nível das declarações verbais. Adverte que afirmar o direito da pessoa humana à educação é, pois,

assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual.⁹⁸

Deste modo, um dos maiores méritos da Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser pontuado em razão de haver estabelecido novos postulados gerais que, por sua vez, passaram a informar outros documentos compulsórios internacionais e nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança foi proclamada em 20 de novembro de 1959, pela Assembléia das Nações Unidas. Os dez princípios que a compõem realizam um detalhamento dos direitos e proteções específicos da criança, então mencionados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, reafirma a “especial proteção”⁹⁹ à criança a se consolidar por meio de leis que garantam oportunidade e serviços para que a criança possa se desenvolver integralmente: física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, em condições de liberdade e dignidade. Estabelece-se, aqui, a indissociabilidade da proteção, que há de ser “proteção integral”. Ao lado dela, também estabelece a Declaração outro princípio – Princípio VIII – o da “prioridade absoluta”, ao garantir que a criança deve, em todas as circunstâncias, figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.

As leis, às quais se refere a Declaração como indispensáveis para a consecução dos seus objetivos, devem ser guiadas por uma consideração fundamental a ser atendida que, segundo o texto, será sempre o “interesse superior da criança”. Tal disposição assumiu importantes desdobramentos, como com a

⁹⁸ Ibid., p. 40.

⁹⁹ Direito a especial proteção para seu desenvolvimento físico, mental e social – Princípio II.

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, cujo texto assumiu poder de lei interna em vários países-membros da ONU, dentre os quais se inclui o Brasil.

Especificamente quanto ao direito à educação, normatiza a Declaração que a criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Essa educação deverá favorecer sua cultura geral e lhe permitir – em condições de igualdade de oportunidades – desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral.¹⁰⁰

Observa-se, assim, que a Declaração posiciona-se na vanguarda de postulados como a necessidade da promoção de condições que garantam a igualdade de oportunidades e a importância da persecução do desenvolvimento do senso de responsabilidade social, ainda hoje tão desejados pela comunidade global.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰¹, em cujo preâmbulo se reconhece, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, que a dignidade, como inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, e que, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos e, considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana, registra o acordo entre os Estados-membros na luta pela promoção e observância dos direitos nele reconhecidos.

Entre os direitos previstos pelo Pacto Internacional está o direito à autodeterminação dos povos, assegurando-se assim determinarem livremente seu estatuto político e seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Para tanto, os Estados-partes deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em concordância com as disposições da Carta das Nações Unidas, comprometendo-se a adotar medidas,

¹⁰⁰ Direito à educação gratuita e ao lazer infantil – Princípio VII.

¹⁰¹ Adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 03/01/1976. Ratificada pelo Brasil em 24/01/1992. Até 07/10/2005, contava com 151 Estados-partes. *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/3.htm> [21.10.2005].

tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.¹⁰²

Como anota Flávia Piovesan¹⁰³, não obstante o Pacto preveja a implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, relativamente à “obrigação de resultado”, a Recomendação Geral nº 3 dispõe que¹⁰⁴:

9. A principal obrigação de resultado refletida no parágrafo 1º do artigo 2º é de adotar medidas “que visem a assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos reconhecidos” no Pacto. O termo “progressiva implementação” é normalmente usado para descrever a intenção desta frase. O conceito de realização progressiva constitui o reconhecimento do fato de que a plena realização de todos os direitos econômicos, sociais e culturais não será geralmente possível de ser atingida em um curto espaço de tempo. Neste sentido, a obrigação difere significativamente da contida no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos que estabelece uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos nele previstos. Apesar disso, o fato da realização ao longo do tempo, ou em outras palavras progressivamente, ser prevista no Pacto não pode ser mal interpretada como destituindo essa obrigação de qualquer conteúdo significativo. É de um lado uma medida de flexibilidade necessária, que reflete a realidade do mundo real e as dificuldades que enfrentam qualquer Estado em assegurar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a frase deve ser lida à luz do objetivo geral, na realidade a *raison d’ être* [razão de ser], do Pacto que é de estabelecer claras obrigações para os Estados-partes com respeito à plena efetivação dos direitos de que trata. Ela dessa forma impõe uma obrigação de atuar o mais rápido e efetivamente possível em direção àquele objetivo. Além disso, todas as medidas de caráter deliberadamente regressivo nesse sentido requer a mais cuidadosa consideração e deve ser plenamente justificada em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da completa utilização do máximo dos recursos disponíveis.

Ademais, registra que, acerca da obrigação de assegurar ao menos os níveis essenciais de cada direito previsto no Pacto, a Recomendação Geral nº 3 enuncia:

10. (...) o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima [“minimum core obligation”] de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos

¹⁰² Conforme disposto no artigo 1.º, itens 1, 2 e 3 e art. 2.º do PIDESC.

¹⁰³ PIOVESAN, no prelo.

¹⁰⁴ Ibid. Nota da autora: Todas as Recomendações Gerais foram obtidas no *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> [21.10.2005].

esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, prima facie, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas, seria ele completamente privado de raison d' être [razão de ser]. Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O parágrafo 1º do artigo 2º obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas.

11. O Comitê gostaria de enfatizar, entretanto, que mesmo onde os recursos disponíveis são comprovadamente insuficientes, persiste a obrigação do Estado-parte de esforçar-se para garantir o mais amplo gozo possível dos direitos sob as circunstâncias predominantes. Além disso, as obrigações de monitorar a extensão da realização, ou mais especificamente da não-realização, dos direitos econômicos, sociais e culturais, e de conceber estratégias e programas para sua promoção, não são de forma alguma eliminadas em razão da restrição de recursos. (...)

12. Da mesma forma, o Comitê enfatiza o fato de que mesmo em tempos de grave restrição de recursos causados por um processo de ajuste, de recessão econômica, ou por outros fatores, os membros vulneráveis da sociedade podem e realmente devem ser protegidos pela adoção de programas de relativamente baixo custo. (...).

Sobre a aplicação doméstica do Pacto, pontua a Recomendação Geral nº 9, a obrigação de conferir eficácia ao Pacto na ordem legal doméstica, à luz de princípios da lei internacional, não podendo o Estado-parte invocar as disposições de sua lei interna como justificção para sua falha na execução de um tratado¹⁰⁵, bem como, todos têm direito a receber dos Tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei¹⁰⁶. Consoante anota a autora, a necessidade de assegurar a justiciabilidade é relevante quando determina a melhor maneira de dar o efeito legal doméstico ao Pacto.

A educação enuncia seu perfil de relevância no Pacto quando do reconhecimento pelo artigo 6.º do direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante trabalho livremente escolhido, devendo, para tanto, cada Estado-parte garantir a orientação e a formação técnica e profissional.

De outra parte, o artigo 10, ao proibir a mão-de-obra infantil, prenuncia que esta fase do desenvolvimento deve ser absorvida pelas instituições de ensino e não pelo mercado de trabalho.

¹⁰⁵ Conforme artigo 27 da Convenção dos Tratados de Viena.

¹⁰⁶ Conforme artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O corolário do direito à educação, propriamente, vem enunciado no artigo 13 e seguintes. A contextualização desse direito e suas implicações como direito pressuposto dos demais direitos vem claramente delineada:

Artigo 13 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

De maneira a assegurar o exercício pleno desse direito, o Pacto prevê a obrigatoriedade e gratuidade da educação primária, a generalização e progressividade da gratuidade para a educação secundária em suas diferentes formas, bem como da educação de nível superior.

A respeito da dimensão do direito à educação, a Recomendação Geral nº 13 dispõe que:

1. Educação é tanto um direito humano em si mesmo como um meio indispensável para a realização dos demais direitos humanos. Como direito do âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o principal meio que permite a adultos e menores marginalizados econômica e socialmente sair da pobreza e participar plenamente de suas comunidades. A educação desempenha um papel decisivo na emancipação da mulher, na proteção das crianças contra a exploração no trabalho, no trabalho perigoso e na exploração sexual, na promoção dos direitos humanos e na democracia, na proteção do meio ambiente e no controle do crescimento demográfico. É cada vez mais aceita a idéia de que a educação é um dos melhores investimentos financeiros que os Estados podem fazer, mas sua importância não é só prática pois dispor de uma mente instruída, iluminada pelo conhecimento e ativa, com liberdade e amplitude de pensamento livremente, é um dos prazeres e recompensas da existência humana.¹⁰⁷

A Recomendação Geral n.º 13 também dispõe sobre obrigações e violações dos Estados-partes, estabelecendo em seu item 45 a adoção da

¹⁰⁷ A Recomendação Geral n.º 13 ainda dispõe acerca dos métodos de interpretação do artigo 13: 5. O Comitê constata que desde que a Assembleia Geral da ONU adotou o Pacto em 1966, outros instrumentos internacionais trouxeram objetivos que a educação deve buscar. Assim, o Comitê entende que os Estados-partes devem respeitar o artigo 13 do Pacto, interpretando-o à luz da Declaração Mundial da Educação para Todos (Jomtien, Thailand, 1990, art. 1), da Convenção dos Direitos da Criança (art. 29, 1), da Declaração de Viena e Programa de Ação (parte I, 33 e parte II, 80) e do Plano de Ação para a Década da Educação em Direitos Humanos da ONU (2). Esses instrumentos também incluem elementos que não constam expressamente do presente artigo 13 do Pacto, como especificidades relativas à igualdade de gênero e respeito ao meio ambiente. Esses novos elementos estão implícitos e refletem uma interpretação contemporânea do artigo 13. (...)

presunção da proibição do retrocesso das medidas tomadas para garantir o direito à educação. Para tanto, se alguma medida nesse sentido for tomada, deverá o Estado-parte provar que apenas o fez depois de ter analisado minuciosamente todas as alternativas e que todo o recurso disponível foi utilizado. Quanto às obrigações, dispõe que se categorizam em três níveis: dever de respeitar, de proteger e de realizar. No item 51, ressalta-se que a obrigação de prover a educação primária é um dever imediato do Estado, não comportando, assim, o aguardo da progressividade. No item 59, entre as violações enumeradas, destaca-se aquela relativa à falha ao não introduzir, prioritariamente, a educação primária disponível e gratuita para todos.

A Recomendação Geral n.º 5, por sua vez, ao tratar da educação às pessoas portadoras de necessidades especiais salienta, no item 35, a importância da prática inclusiva:

(...) atualmente, os programas escolares de muitos países reconhecem que a melhor maneira de educar as pessoas portadoras de deficiência consiste em educá-las dentro do sistema geral de educação. A seu turno, as Normas Uniformes estipulam que “os Estados devem reconhecer o princípio da igualdade de oportunidades de educação nos níveis primário, secundário e superior para as crianças, jovens e adultos portadores de deficiência em entornos integrados”. Para adotar na prática esse princípio, os Estados devem velar para que seus professores estejam preparados para educar crianças portadoras de deficiência em escolas normais e disponha de equipe e de apoio necessários para que as pessoas portadoras de deficiência possam alcançar o mesmo nível de educação de as demais pessoas.

O artigo 14 trata dos planos de ação aos quais estão vinculados aqueles Estados-partes que ainda não tenham garantido em seu próprio território ou território sob a sua jurisdição a obrigatoriedade ou a gratuidade da educação primária.

Nesse sentido, a Recomendação Geral n.º 11 registra que tais planos de ação são especialmente importantes, uma vez que o trabalho do Comitê já mostrou que a falta de oportunidades educacionais para crianças reforça sua submissão a inúmeras outras violações de direitos humanos. Além disso, essas crianças, que vivem em condições de extrema pobreza e sem condições básicas de saúde, são particularmente vulneráveis ao trabalho forçado e outras formas de exploração. Há também uma correlação direta entre, por exemplo, o número de

garotas na escola primária e a diminuição considerável dos matrimônios infantis/precoces.

No artigo 15, o Pacto reconhece a cada indivíduo o direito a participar da vida cultural, desfrutar o progresso científico e suas aplicações e de beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. O que, para as pessoas portadoras de necessidades especiais, igualmente, será assegurado, nos termos do item 37 da Recomendação Geral n.º 5 mediante a supressão, o quanto possível, das barreiras que se opõem à comunicação. As medidas de utilização a este respeito poderiam incluir o uso de livros sonoros, textos escritos em linguagem simples para pessoas portadoras de deficiência mental e televisão e teatro adaptados para as surdas.

Quanto à garantia de observância dos direitos reconhecidos no Pacto, o artigo 16 registra o compromisso dos Estados-partes em apresentar relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado. Assim, de acordo com a Recomendação Geral nº 1, esta condição destina-se principalmente a auxiliar cada Estado-parte no cumprimento das obrigações previstas no Pacto e, além disso, a proporcionar uma base para que o Conselho, com a ajuda do Comitê, possa cumprir sua obrigação de monitoramento e facilitar a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de permitir ao Governo que demonstre que iniciou de fato a adoção de políticas em função dos princípios, facilitando a investigação pública acerca das políticas governamentais e incentivando o envolvimento dos vários setores da sociedade na formulação, aplicação e revisão das políticas pertinentes.

Atribui o Pacto, desse modo, especial importância ao conceito de “realização progressiva” dos direitos pertinentes. No campo do direito à educação, essa realização progressiva deve atender, prioritariamente, a realização da educação básica, avançando, progressivamente, para os demais níveis de ensino, necessariamente nesta ordem.

Na seqüência das Declarações, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, com entrada em vigor em 02 de setembro de 1990¹⁰⁸.

¹⁰⁸ A ratificação pelo Brasil aos termos da Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990 e regulamentada pelo Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990 que,

Em seu preâmbulo, a Convenção faz referência a todos os instrumentos internacionais que a fundamentaram e a precederam¹⁰⁹ e, ao longo de seus artigos, detalha os direitos e garantias a serem estendidos às crianças (cuja acepção compreende os menores de dezoito anos).

Importância de destaque deve ser conferida às disposições do artigo 4 que confere aos Estados-partes a obrigação de tomar todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos na Convenção. Especialmente em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, exige que referidas medidas sejam tomadas no “alcance máximo de seus recursos disponíveis” e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional. Verifica-se, pois, o desejado enfoque à questão da plena efetividade dos direitos, antecipando discussões hoje enfrentadas sob argumentos como “reserva do possível”, objeto de análise de capítulo subsequente.

Quanto à educação, o artigo 18 estabelece que os Estados-partes envidarão os seus melhores esforços a fim de garantir e promover os direitos enunciados na Convenção, prestando assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

Quanto às creches, a Convenção apresenta uma concepção de mero cuidado assistencial a ser proporcionado aos pais que trabalhem.¹¹⁰ Contudo,

aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo presidente da República, tomou força de lei interna.

¹⁰⁹ Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenções Internacionais de Direitos Humanos, Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, Declaração Universal dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança, Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, especialmente com referência à Adoção e à Colocação em Lares de Adoção, nos Planos Nacional e Internacional, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça (Regras de Pequim) e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situação de Emergência ou de Conflito Armado.

¹¹⁰ Artigo 18. 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. 2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança

é de se destacar que, por recepcionar os postulados já delineados em outros instrumentos, como o “interesse maior da criança” (art. 3 e 21), “utilizando ao máximo os recursos disponíveis” (art. 4), “dignidade” (art. 23), “proteção integral” (art. 27), dentre outros, é de se conceber que, à vista de uma interpretação dinâmica, evolutiva e efetiva, há que se dar maior ênfase a este direito, potencializando-o em conformidade com as inovações culturais e científicas, adequando-o às transformações sociais.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) – 1969, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 16 de maio de 1992 e promulgada pelo Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992.

Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais dedicou-se o Capítulo III, o texto de seu artigo 26 dispõe o compromisso dos Estados-partes, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional – especialmente econômica e técnica, em adotar providências a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) – assinado em San Salvador – El Salvador, em 17 de novembro de 1998, tem por propósito, conforme consta de seu preâmbulo, reafirmar os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais já reconhecidos em outros instrumentos anteriores, tanto de âmbito universal como regional, reconhecendo a estreita relação que existe entre a vigência destes direitos e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros.

e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças. 3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalham tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

Nesse passo, o Protocolo Adicional pauta-se nas disposições do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, especialmente, no que se refere ao direito à educação, coincidentemente também em seu artigo 13 dispõe:

Artigo 13

Direito à educação

1. Toda pessoa tem direito à educação.
2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

A fim de se conseguir o pleno exercício do direito à educação, estabelece ações mínimas que deverão ser observadas e cumpridas pelos Estados-partes, entre elas incluem-se: a obrigatoriedade e acessibilidade gratuita a todos ao ensino que denomina de “primeiro grau”; generalização e acessibilidade mediante implantação progressiva da gratuidade do ensino de “segundo grau” e ensino superior; ensino especial a pessoas com impedimentos físicos e mental; garantia de liberdade de escolha do tipo de educação prioritariamente aos pais, dentre outras.

O artigo 14 reconhece o direito aos benefícios da cultura, como a participação na vida cultural e artística da comunidade e gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico.

Como pressuposto lógico da garantia do direito à educação, o Protocolo assegura às crianças, em seu artigo 16, medidas de proteção que sua condição de menor requer – por parte da família, da sociedade e do Estado. Prenuncia-se o que internamente é estabelecido como proteção especial em razão de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.¹¹¹ Reafirma, específica e expressamente a todas as crianças, o direito à educação gratuita e obrigatória, pelo

¹¹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990). Art. 6.º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

menos no nível básico¹¹², e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.

Quanto à influência dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, verifica-se que, especialmente a partir do processo de democratização do País e, como analisa Flávia Piovesan¹¹³, em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

Em razão da interação entre o direito internacional e o direito interno, o Brasil assume, perante a comunidade internacional, o compromisso de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis, bem como aceita que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional.

Com a interação dessas duas esferas – direito internacional e direito interno – os grandes beneficiários são as pessoas protegidas, sentencia Antônio Augusto Cançado Trindade¹¹⁴. Nesse contexto, direito internacional e direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.

Ainda para Flávia Piovesan¹¹⁵, essa reinserção do Brasil na sistemática da proteção internacional dos direitos humanos “vem a redimensionar o próprio alcance do termo ‘cidadania’”. Justifica a autora que isso é certo porque, além dos direitos previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais, logo, direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Desse modo, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos.

¹¹² Enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assegura a obrigatoriedade e gratuidade, em primeiro plano, da educação “primária”, o Protocolo Adicional à convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trata dentro deste mesmo enfoque a “educação básica”.

¹¹³ PIOVESAN, 2006a, p. 260.

¹¹⁴ CANÇADO TRINDADE apud PIOVESAN, op. cit., p. 264.

¹¹⁵ Ibid., p. 264.

2.3 TRATAMENTO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

2.3.1 A educação nas constituições brasileiras anteriores a 1988

A consagração do direito à educação, na Constituição Imperial de 1824, refletiu a concepção da época em que o instituto era responsabilidade primeira da família e da Igreja. Era assegurada a educação primária gratuita a todos os cidadãos¹¹⁶, além de haver a garantia de colégios e universidades para o ensino dos elementos das ciências e das artes¹¹⁷.

As disposições, observa-se, são notadamente tímidas e restritas, destacando-se que se conferia à Igreja Católica participação fundamental no processo educacional, formação moral e religiosa do povo, reservando-se à Coroa a centralização do ensino¹¹⁸.

Contextualizando com o momento histórico, percebe-se a influência liberal recebida pela Constituição do Império em razão da Revolução Francesa¹¹⁹ e da Declaração dos Direitos do Homem (daí dizer-se de sua inspiração na experiência franco-americana do século XVIII¹²⁰), já que como registra José Afonso da Silva, foi a Constituição Brasileira de 1824 a primeira no mundo a subjetivar e positivar os direitos do homem¹²¹, consagrando no mencionado artigo 179 a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”.

E, no campo dos direitos fundamentais, é de se dar relevo à sua formulação avançada e pioneira, conforme adverte Alessandra Gotti Bontempo: “(...) muito embora adotasse uma concepção de cidadania prioritariamente liberal, delineando um modelo de Estado não-intervencionista, assegurou alguns direitos de cunho social”¹²².

¹¹⁶ Art. 179, XXXII.

¹¹⁷ Art. 179, XXXIII.

¹¹⁸ Duas leis posteriores dispuseram sobre a inspeção em escolas de primeiras letras e educação (Lei de 1.º de outubro de 1828, art. 70) e sobre competência para legislar acerca da instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la, o que não compreendia as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, as academias existentes e outros estabelecimentos de instrução que viessem a ser criados (Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834 – Ato Adicional, art. 10, n.º 2).

¹¹⁹ CALMON, 1956, p. 8.

¹²⁰ BONTEMPO, 2006, p. 30.

¹²¹ SILVA, 2002a, p. 169.

¹²² BONTEMPO, op. cit., p. 32.

Para o exemplo da influência da Revolução Francesa na Constituição Imperial Brasileira de 1824 tem-se a correspondente influência do modelo Norte-Americano na Constituição Republicana de 1891¹²³. É a República que se instala com seu novo perfil político, trazendo a democracia, a federação e o fim dos privilégios.

Na educação, as alterações sentidas repousam na descentralização do ensino e em seu caráter laico¹²⁴, caracterizando o rompimento com a Igreja Católica. Quanto à descentralização, observa-se a privativa competência do Congresso Nacional para legislar sobre ensino superior¹²⁵; já o incentivo ao desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a criação de instituições de ensino superior e secundário nos Estados e o provimento da instrução secundária no Distrito Federal era competência não-privativa do Congresso Nacional¹²⁶.

O princípio da competência residual dos Estados depreende-se da disposição do art. 65, n.º 2, que, segundo João Batista Herkenhoff, compreende: (i) legislar sobre ensino secundário e primário; (ii) criar e manter instituições de ensino superior e secundário (sem excluir a competência do Governo Federal); e, (iii) criar e manter as escolas primárias¹²⁷.

Quanto à gratuidade da instrução primária, consagrada na Constituição do Império, silenciou-se a Republicana.

Para Alessandra Gotti Bontempo, no que se refere aos direitos sociais “a Constituição de 1891 representou um verdadeiro retrocesso. Suprimiram-se as normas relativas aos socorros públicos e à instrução pública que constituíam verdadeiras inovações da Constituição do Império”¹²⁸.

Do ponto de vista político-ideológico, analisa Marcos Augusto Maliska que poucas são as diferenças entre a Constituição Imperial e a Constituição de 1891, sendo certo que o modelo assumido pelo Império do Brasil era tendencialmente liberal, principalmente no sentido da garantia dos direitos civis e políticos: “(...) no tocante à educação, o comprometimento do Estado com os

¹²³ “Critizando a transposição do modelo constitucional norte-americano para o Brasil, onde figurava estrutura fática diversa daquele País, José Afonso da Silva salienta que faltou à Constituição de 1891 ‘vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social. Não regeu o meio social para o qual foi feita.’” (Ibid., p. 35)

¹²⁴ Art. 72, § 6.º.

¹²⁵ Art. 34.

¹²⁶ Art. 35, n.ºs 2.º, 3.º e 4.º.

¹²⁷ HERKENHOFF, 1987, p. 37.

¹²⁸ BONTEMPO, 2006, p. 36.

chamados direitos sociais não existia na Constituição de 1824, mas também não existiu na Constituição de 1891. Mudou-se a forma de Estado e de Governo, mas as linhas mestras do paradigma liberal continuaram inalteradas”¹²⁹.

A Constituição de 1934 emerge a partir de um novo momento mundial. A tradição liberal cede espaço aos ideais posteriores à Primeira Grande Guerra. A positivação constitucional dos direitos sociais representa a aspiração da cultura constitucional de Weimar, com a introdução de novos títulos como os relativos à ordem econômica e social, à família, à educação e cultura.

O modelo de Estado liberal, que caracterizou as Constituições anteriores, é substituído, na Constituição de 1934, pelo modelo de Estado Social, incorporando o “sentido social do Direito” que, nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco

(...) compreende todas as manifestações da tendência de se enquadrar, dentro do molde das normas constitucionais, as mais importantes relações humanas estabelecidas no seio da sociedade. Fazem, assim, parte desse sentido social do Direito, além das normas que regulam as relações de trabalho, aquelas que dizem respeito à família, à educação, à saúde, à paz internacional, à proteção dos interesses nacionais (nacionalismo) e outras do mesmo alcance social genérico¹³⁰.

Precedente à Constituição de Weimar, a Constituição Mexicana de 1917, em seu art. 3.º, seqüenciada pela Constituição Russa de 1919, em seu art. 17, elevou os princípios e normas educativos-culturais à categoria de direitos constitucionais.

Então, também em 1919, na Constituição de Weimar (arts. 142 a 150), aqueles princípios e normas alcançaram seu desenvolvimento. A Constituição alemã passou a admitir o ensino livre à iniciativa particular, o ensino religioso facultativo e tornou gratuito o ensino primário e profissional.

Veja-se a análise de Alessandra Gotti Bontempo:

A Constituição de Weimar, a seu turno, aprimorou o Estado da democracia social delineado pela Constituição mexicana de 1917. Acrescentou à clássica declaração de direitos e garantias individuais – instrumentos de defesa contra o Estado, delimitação do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir – os direitos sociais. Esses, ao contrário dos direitos e garantias individuais clássicos, não têm por objeto uma abstenção, mas, uma atividade positiva

¹²⁹ MALISKA, 2001, p. 24.

¹³⁰ FRANCO apud BONTEMPO, 2006.

do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental¹³¹.

Fábio Konder Comparato verifica a relevância da Constituição alemã na organização das bases da democracia social, a partir das previsões acerca da educação pública e do direito trabalhista:

[...] foi, sem dúvida, pelo conjunto das disposições sobre a educação pública e o direito trabalhista que a Constituição de Weimar organizou as bases da democracia social. Consagrando a evolução ocorrida durante o século XIX, e que contribuiu decisivamente para a elevação social das camadas mais pobres da população em vários países da Europa Ocidental, atribuiu-se precipuamente ao Estado o dever fundamental de educação escolar. A educação fundamental foi estabelecida com a duração de oito anos, e a educação complementar até os dezoito anos de idade do educando. (...) A seção sobre a vida econômica abre-se com uma disposição de princípio, que estabelece como limite à liberdade de mercado a preservação de um nível de existência adequado à dignidade humana (art. 151). A função social da propriedade foi marcada por uma fórmula que se tornou célebre: 'a propriedade obriga' (artigo 153, segunda alínea). Tal como a Constituição mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários são elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais (arts. 157 e ss.)¹³².

A Constituição Brasileira, por sua vez, assimilou a técnica de Weimar¹³³, conferindo um espaço especial para a educação e a cultura, consubstanciado no Título V, dedicado à Família, Educação e Cultura, em longos e minuciosos artigos¹³⁴.

Assiste-se ao retorno da centralização do ensino, visando a um projeto de educação nacional. Incumbe, nesse passo, ao governo federal, a tarefa de traçar as diretrizes da educação nacional (inciso XIV do artigo 5.º)¹³⁵. Entretanto, restou assegurada a iniciativa dos Estados na complementação das diretrizes, a fim de dar atendimento às peculiaridades locais (§ 3.º do art. 5.º) e a competência concorrente entre União e Estados na difusão da instrução pública em todos os seus graus.

¹³¹ Ibid., p. 57.

¹³² COMPARATO, 2001. p. 201.

¹³³ Particularmente quanto às influências sofridas pela Constituição Brasileira de 1934, Afonso Arinos ressalta a influência não só da Constituição de Weimar, de 1919, mas também da Constituição espanhola de 1931. (BONTEMPO, 2006)

¹³⁴ JACQUES, 1967, p. 267 et. seq.

¹³⁵ Princípio que, como anota Marcos Augusto Maliska (2001, p. 25) vigora até os dias atuais. É no contexto da LDB – Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que o governo federal estabelece os rumos da política educacional.

Paralelamente à incumbência do Estado no estímulo à educação eugênica e proteção da juventude contra toda exploração e abandono físico, moral e intelectual (alíneas “b” e “e” do art. 138), a Constituição atribuiu às empresas industriais ou agrícolas, localizadas fora dos centros escolares, a obrigação de proporcionar ensino primário gratuito a seus funcionários e familiares¹³⁶, estimulando a “responsabilidade social das empresas”, tão debatida atualmente, como tão bem situa Alessandra Gotti Bontempo esta previsão constitucional¹³⁷.

Consoante registra Marcos Augusto Maliska,

pela primeira vez, em um texto Constitucional nacional, o direito à educação foi elevado à categoria de direito subjetivo público, nos termos do art. 149: “a educação é um direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”¹³⁸.

A competência da União, prevista no art. 150, estava relacionada à fixação do plano nacional de educação, coordenação e fiscalização de sua execução, bem como ao reconhecimento oficial e fiscalização dos estabelecimentos secundários, complementar deste e superior, além de previsões específicas nos Territórios e Distrito Federal e, ainda, à atuação supletiva, onde se fizesse necessária, bem como pelo estímulo à obra educativa em todo o País.

Quanto aos recursos a serem destinados pela União na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos, estipulava que não seriam nunca inferiores a dez por cento da renda resultante dos impostos. Desse montante, vinte por cento deveriam ser destinados às escolas rurais (parágrafo único do artigo 156).

Quanto aos Estados e Distrito Federal, a competência prevista no art. 151 atribuía a organização e manutenção dos sistemas educativos, nos moldes das diretrizes nacionais.

No que se refere aos recursos, os Estados e Distrito Federal não poderiam destinar para a manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos nunca menos de vinte por cento dos impostos arrecadados e os Municípios, nunca menos que dez por cento (art. 156).

¹³⁶ Onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos.

¹³⁷ BONTEMPO, 2006, p. 42.

¹³⁸ MALISKA, 2001, p. 26.

Pelo artigo 157, também restou prevista constitucionalmente a criação de fundos de educação, com a integração da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A destinação seria aplicada em obras educativas previstas em lei e em benefício de discentes necessitados, mediante fornecimento de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica (§ 2.º do art. 157).

Garantias como a liberdade de cátedra, ingresso mediante concurso de títulos e provas, vitaliciedade e inamovibilidade nos cargos, previstas nos artigos 155 e 158, fortaleceram o ensino e profissionalizaram o magistério.

O plano nacional de educação, a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Educação, deveria atender a alguns princípios gerais pré-estabelecidos pelo parágrafo único do artigo 150: (i) ensino integral gratuito e de frequência obrigatória (extensivo aos adultos); (ii) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível; (iii) liberdade de ensino; (iv) ensino ministrado no idioma pátrio; (v) limitação da matrícula (à capacidade didática do estabelecimento) e rigor no reconhecimento dos estabelecimentos.

Quanto ao ensino religioso, a Constituição dispunha sobre a frequência facultativa nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais (art. 153).

Todos os avanços conquistados pela Constituição social-democrática de 1934 e que representaram um marco na história constitucional brasileira sofreram uma interrupção política com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937. O novo texto constitucional, imposto pela outorga de um governo ditatorial, enterrou os compromissos de uma Constituição que teve vida de pouco mais de três anos (já que promulgada em 16 de julho de 1934).

Nascida de um regime fascista, inspirada pela Constituição Polonesa de 1935, a Carta de 1937 que instituiu o “Estado Novo” revelava-se concentradora, impregnada de mitos como o patriotismo, símbolos nacionais¹³⁹, culto à figura do Presidente. Estratégias, na verdade, que encobriam sutilmente as idéias de autoritarismo, governo forte, Estado antipartidário e o poder incontrolável do executivo.

¹³⁹ Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 53 do Decreto-lei n.º 1.202, de 08 de abril de 1939 – que dispunha sobre as normas políticas dos Estados até a outorga das respectivas constituições, disciplinava a existência, em todas as escolas públicas e particulares, da bandeira nacional, em lugar de honra.

Foi inevitável o reflexo desse contexto político sobre a educação. A revogação da Constituição de 1934 instalou o retrocesso no campo dos direitos econômicos e sociais, especialmente na condução da política educacional. Previsões antes constantes expressamente, como percentual de recursos destinados à educação e obrigatoriedade das empresas industriais ou agrícolas, fora dos centros escolares, e onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, de proporcionar ensino primário gratuito, foram simplesmente ignoradas.

O propósito de massificação dos ideais encontrou no processo de ensino sistematizado sua excelência. João Batista Herkenhoff analisa o fenômeno:

Sob a inspiração do Fascismo, via-se o Estado promovendo a disciplina moral e o adestramento físico da juventude, de maneira a prepará-la para o cumprimento de seus deveres com a economia e a defesa da nação. Foi dada ênfase ao ensino cívico, que se confundia com o culto ao regime e à pessoa do ditador.¹⁴⁰

Apesar de a Carta de 1937 estabelecer à União a competência privativa para a fixação das bases e determinação dos quadros da educação nacional, bem como, traçar as diretrizes a que deveriam obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e juventude (inciso IX do art. 15 e inciso XXIV do art. 16), o que se constata é um recuo desastrado do Estado no que se refere à oferta da educação.

O Estado passa a posicionar-se como mero ator subsidiário¹⁴¹, incumbindo à família, por meio das instituições privadas, a responsabilidade da promoção da educação. Reservava-se, o Estado, tão-somente, o papel de atender às situações de insuficiência apresentadas pelo ensino particular. Criando-se, com isso, o estigma de que o ensino público era destinado àqueles cidadãos desfavorecidos social e financeiramente.

Outro grave direcionamento dado pelo Estado fascista foi a concepção de escolas secundárias para a formação das elites dirigentes e escolas profissionalizantes destinadas aos que seriam dirigidos. Aqui, lembra Marcos

¹⁴⁰ HERKENHOFF, 1987, p. 40 et. seq.

¹⁴¹ Art. 129. À infância e juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

Augusto Maliska a disposição contida na segunda parte do artigo 129 que dispunha ser o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas, o primeiro dever do Estado¹⁴². E, ainda, a disposição contida na 3.^a parte do art. 129, acerca do dever das indústrias e dos sindicatos econômicos de criar, na esfera de sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados¹⁴³.

A gratuidade e a obrigatoriedade¹⁴⁴ do ensino primário vieram dispostas no artigo 130. Tal previsão não dispensava, entretanto, o dever de solidariedade, consubstanciado na contribuição ao caixa escolar quando da matrícula, por aqueles que não alegassem a correspondente impossibilidade.

O ensino religioso permaneceu com seu caráter facultativo (art. 133).

Ponto relevante foi a omissão da Carta quanto ao financiamento da educação, deixando de estabelecer a fixação de percentual para aplicação.

Finalmente, cumpre mencionar o Decreto-lei n.º 1.202, de 08 de abril de 1939, que disciplinou as normas políticas dos Estados até a outorga das respectivas constituições.

No que se refere à educação, mencionado decreto somente reforçou o caráter centralizador das medidas político-administrativas. Exemplo é a disposição do artigo 32 que estabelecia a competência do Interventor ou Governador para baixar Decretos-leis acerca de escolas secundárias e superior e regulação do ensino de qualquer grau, condicionados, no entanto, à aprovação do Presidente da República (inc. VII do art. 32).

No mundo, após Segunda Grande Guerra, respira-se o sentimento de anseio da reconstitucionalização. A vitória sobre as ditaduras do nazismo e fascismo, da qual o Brasil sentiu-se também responsável por ter coadjuvado com os Aliados, deflagrou uma extraordinária recomposição dos princípios constitucionais existentes ou a promulgação de outras constituições, como na Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia e tantas outras, que influenciaram o Brasil, como salienta José Afonso da Silva¹⁴⁵.

¹⁴² MALISKA, 2001, p. 30.

¹⁴³ Ibid., p. 29 et. seq., nota 10.

¹⁴⁴ O abandono moral, intelectual e físico da infância e juventude importava em falta grave dos responsáveis (art. 127, 2.^a e 3.^a partes).

¹⁴⁵ SILVA, 2002a, p. 83 et. seq.

No Brasil, no intuito de adequar a realidade nacional ao cenário internacional, Getúlio Vargas inicia a transição para a redemocratização do país com a introdução de Emendas à Carta de 1937, especialmente a Lei Constitucional 9, que convoca as eleições para Presidente e para um Parlamento constituinte.

Instala-se a Assembléia Nacional Constituinte em 02 de fevereiro de 1946 e, em 18 de setembro de 1946, promulga-se a quinta Constituição do Brasil. Fruto do processo de redemocratização do país e de eleições diretas, a nova Constituição vem sob a inspiração social-democrata da Constituição de 1934, tendo se valido, também, da Constituição de 1891.

Em seu perfil republicano, federativo e democrático, a Constituição de 1946, no campo dos direitos e garantias fundamentais, como menciona Alessandra Gotti Bontempo, disciplinados no Título IV – Da Declaração de Direitos, “retomou o rol já constante da Constituição de 1934, conjugando os direitos civis e políticos aos econômicos, sociais e culturais.” E, especialmente,

no tocante aos direitos sociais, a Constituição de 1946, seguiu e incorporou a tradição de Weimar em dar proeminência ao social. Vale notar, aliás, que as aspirações sociais pelo efetivo reconhecimento e a real implementação dos direitos sociais tiveram um papel importante na derrocada da Terceira República (1937-1946).¹⁴⁶

A educação é definida como direito de todos, devendo ser garantida no lar e na escola e inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana (art. 166).

A competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional é mantida, não se excluindo a dos Estados para legislarem de forma supletiva ou complementar (alínea *d* do inciso XV do artigo 5.º e artigo 6.º).

Ressurge a concepção de dever com o ensino como atribuição do Estado, sem que isso implique em exclusão da iniciativa privada (artigo 167).

A previsão de percentual mínimo de recursos a serem destinados à educação, ignorada na Carta de 1937, também retorna sob a garantia constitucional (artigo 169). À União incumbe a reserva mínima de 10% (dez por cento) e aos Estados, Distrito Federal e Municípios na ordem mínima de 20% (vinte por cento).

Além desse percentual mínimo, o comando constitucional assegurou a possibilidade de a União cooperar com os Estados, por meio de auxílio pecuniário.

¹⁴⁶ BONTEMPO, 2006, p. 47 et. seq.

No caso específico do ensino primário, a cooperação efetivar-se-ia por meio do respectivo Fundo Nacional (parágrafo único do artigo 171).

A completude da disposição constitucional com o ensino é percebida com a disposição do artigo 172 ao determinar que ambos os sistemas de ensino – federal e estadual, deveriam possuir serviços de assistência educacional que assegurassem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar. Observa-se, assim, a sensibilidade social do constituinte ao compreender que, não era suficiente apenas oferecer o ensino gratuito, mas igualmente importante, era dar condições gerais e conjunturais aos alunos financeiramente menos favorecidos, para que o resultado educacional se realizasse e concretizasse eficientemente.

Constata-se a estruturação do sistema baseada em princípios norteadores da política nacional educacional, como valorização da carreira do magistério, preocupação com a obrigatoriedade e gratuidade do ensino e função social da empresa. Podem ser assim enumerados, de acordo com os incisos do artigo 168: obrigatoriedade do ensino primário dado em língua nacional; gratuidade do ensino primário oficial, e ao ulterior oficial somente àqueles que provassem falta ou insuficiência de recursos; ensino primário gratuito, mantido por empresas industriais, comerciais e agrícolas, para os seus servidores e os filhos desses, nas quais trabalhassem mais de cem pessoas; a necessidade de empresas industriais e comerciais ministrarem, em cooperação, cursos de aprendizagem aos seus trabalhadores menores, respeitados os direitos dos professores; caráter facultativo do ensino religioso; exigência de concurso de provas e títulos para provimento das cátedras no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, sendo garantida a vitaliciedade aos professores admitidos por concursos; garantia de liberdade de cátedra.

A preocupação em se garantir a liberdade de ensino – consubstanciada na liberdade das ciências, das letras e das artes, e o prestígio do valor do fomento da cultura e da pesquisa, especialmente junto aos estabelecimentos de ensino superior, como dever do Estado, vêm expressos nas disposições dos artigos 173 e 174.

Na avaliação de Celso Ribeiro Bastos, a Constituição de 1946 “tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente

uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934”.¹⁴⁷

A Constituição de 1946, a primeira Constituição Brasileira do segundo pós-guerra, sofreu apenas três emendas até 1961. A partir dessa data é, entretanto, conforme analisa Celso Ribeiro Bastos, “que se vai precipitar uma série de crises na vida institucional do País, que se refletiram no campo normativo por meio de diversas Emendas à Constituição”¹⁴⁸.

O abalo da estabilidade constitucional deve-se à movimentação política ocorrida. Note-se que em 1960 é eleito para a Presidência da República Jânio Quadros, demarcando a vitória absoluta da oposição.¹⁴⁹

Passados sete meses, Jânio Quadros renuncia e a Presidência da República é ocupada por João Goulart. A resistência aos seus ideais de proteção ao proletariado vem na forma de “Ato Institucional” com a Emenda 4, de 02.09.1961, que instituiu o regime parlamentarista no Brasil, reduzindo os poderes do Presidente. A insatisfação popular manifesta-se no plebiscito que restaura o presidencialismo e o Congresso Nacional aprova a Emenda 6, de 23.01.1963.

A esquerda política avança, com pretensões de profundas reformas institucionais, inclusive, objetivando a reforma agrária, captaneando opositores não somente nos espaços estritamente políticos, mas também nos segmentos sociais. O momento pré-golpe é analisado por Alessandra Gotti Bontempo:

A crise, todavia, não cessou. A política do Presidente encaminhou-se cada vez mais para a esquerda, por seu empenho em realizar as grandes reformas institucionais, dentre elas a reforma agrária, o que tornou a sua oposição cada vez maior, não só do Congresso Nacional, mas também da população, culminando na intervenção das Forças Armadas que, na noite de 31.03.1964, tomaram o poder¹⁵⁰.

Com o golpe de Estado de 31 de março de 1964, o movimento militar destituiu o Presidente eleito e sucedem-se vários atos antidemocráticos que promoveram inúmeras emendas à Constituição de 1946.

O cenário que se instala com o golpe é coroado com o Ato Institucional 1, de 09.04.1964 que, apesar de manter vigente a Constituição de 1946,

¹⁴⁷ BASTOS, 2001, p. 132.

¹⁴⁸ Ibid., p. 138.

¹⁴⁹ PIRES apud BONTEMPO, 2006, p. 50, nota 76.

¹⁵⁰ Ibid., p. 51.

preludia sua morte com a imposição de várias cassações e suspensões de direitos políticos.

Renato Barth Pires analisa o impacto do AI-1 no sistema constitucional dos direitos fundamentais:

as normas veiculadas pelo Ato Institucional 1º instituíram um regime de exceção que se refletiu sensivelmente na seara dos direitos fundamentais. Como exemplo, pode ser citada a suspensão das garantias da magistratura de vitaliciedade e dos funcionários públicos de estabilidade, permitindo-se sua dispensa, demissão, colocação em disponibilidade, atos que foram excluídos da apreciação jurisdicional, exceto quanto às formalidades extrínsecas (art. 7.º). Permitiu-se, também, a suspensão dos direitos políticos, por 10 (dez) anos, no interesse da paz e da honra nacional, também sem possibilidade de apreciação judicial (art. 10)¹⁵¹.

A descaracterização da Constituição de 1946 prosseguiu com a edição de outros atos. José Afonso da Silva reconstitui o processo histórico desse momento de derrocada constitucional:

Nova crise culminou com a expedição do AI 2, de 27.10.1965, e outros atos complementares. Vieram ainda os AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar a nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.01.1967, fora ela promulgada, o que veio resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu art. 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares, que tornavam incompulsável o Direito Constitucional positivo então vigente¹⁵².

Assim, o processo constituinte, iniciado com o Ato Institucional n.º 4, de 07 de dezembro de 1966, convoca o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Promulgada em 24.01.1967, entra em vigor a 15.03.1967.

Mesmo com roupagem democrática, a nova Constituição é símbolo do retrocesso democrático.

Espelhada na Constituição de 1937, a nova Constituição reproduziu a doutrina da segurança nacional, a partir da qual se justificava uma série desenfreada de intervenções pelo poder agora centralizado. A Constituição de 1967 previa uma declaração de direitos, porém, adverte José Afonso da Silva,

¹⁵¹ PIRES apud BONTEMPO, op. cit., p. 51, nota 78.

¹⁵² SILVA, 2002a, p. 86.

o princípio da segurança nacional sobrepairava sob a eficácia das demais normas constitucionais, pela criação de uma normatividade excepcional sem contemplação para com os direitos humanos mais elementares. Em nome da segurança nacional, tudo poderiam fazer os detentores do poder: fechar as Casas Legislativas, cassar mandatos eletivos, demitir funcionários, aposentar magistrados, suspender direitos políticos, invadir domicílios, encarcerar e até sumir com as pessoas¹⁵³.

Nesse passo, os direitos individuais, como historia Alessandra Gotti Bontempo,

sofreram um duro golpe, pois, muito embora o Título II – Da Declaração dos Direitos, da Constituição de 1967, trouxesse, em seu art. 150, um extenso rol de direitos e garantias individuais – incluindo-se ineditamente a previsão da punição do preconceito de raça (art. 150, § 1º) – aquele que, consoante dispunha o art. 151, abusasse dos direitos individuais da livre manifestação do pensamento (art. 150, § 8º), do exercício de qualquer profissão (art. 150, § 23), da liberdade de reunião (art. 150, § 27) e da liberdade de associação (art. 150, § 28) e dos direitos políticos, para *‘atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção’*, incorreria na suspensão dos seus direitos políticos pelo período de dois a dez anos¹⁵⁴.

No que se refere ao direito à educação, previsto no Título IV – Da Família, da Educação e da Cultura, observam-se consideráveis alterações, de profunda relevância para os destinos da educação nacional.

A conceituação constitucional de direito à educação adotada pelo artigo 168 compreendia a educação como direito de todos e deveria ser dada no lar e na escola e ministrada nos diferentes graus pelos Poderes Públicos, sendo assegurada a igualdade de oportunidades e inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

Entretanto, o cuidado que inspira é a análise contextual da concepção que informava as disposições constitucionais. Como adverte João Batista Herkenhoff, o princípio da “unidade nacional” foi “bastante equívoco no Brasil pós-1964, quando unidade e segurança nacional foram confundidos com unidade ideológica e segurança do regime ditatorial”¹⁵⁵.

O estabelecimento de planos nacionais de educação foi disposto sob a competência da União, por força do inciso XIV do artigo 8.º, bem como preservada a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, nos termos da alínea “q” do inciso XVII do mesmo dispositivo.

¹⁵³ Id., 2002b, p. 172.

¹⁵⁴ BONTEMPO, 2006, p. 52.

¹⁵⁵ HERKENHOFF, 1987, p. 43.

Nos termos do § 1.º do artigo 168, o dever de ministrar o ensino nos diferentes graus era atribuição dos Estados. Também como atribuição dos Estados e Distrito Federal era a organização de seus sistemas de ensino. À União, por sua vez, era atribuída a organização do sistema de ensino dos Territórios, bem como competia a organização do sistema federal, com caráter supletivo em todo o país, com vistas a dar atendimento às deficiências locais.

Diferentemente de sua antecessora, a Constituição de 1967 aboliu a fixação de percentuais orçamentários destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Nos termos do § 2.º do artigo 168, o ensino ficou garantido à livre iniciativa, competindo ao Estado dar amparo técnico e financeiro, inclusive bolsas de estudo. Conforme análise de Marcos Augusto Maliska,

esta liberalização do ensino, financiada pelo Estado não fica imune a críticas, uma vez que as escassas verbas públicas para a educação, em vez de financiarem o ensino público, universal e gratuito, foram destinadas às escolas particulares como clara demonstração da ausência de um projeto de redistribuição da riqueza, bem como, da impossibilidade de ascensão social das classes pobres¹⁵⁶.

Para a manutenção dos sistemas estaduais, a Constituição incumbia à União a prestação de assistência técnica e financeira aos Estados e Distrito Federal. Nesse contexto, também estabelecia a obrigatoriedade – em todos os sistemas de ensino – dos serviços de assistência educacional que assegurassem, aos alunos necessitados, condições de eficiência escolar (§§ 1.º e 2.º do art. 169).

A política nacional educacional delineada nos incisos do § 3.º do artigo 168 e artigo 170 e seu parágrafo único, mantém alguns aspectos da Constituição anterior, como valorização da carreira do magistério, preocupação com a obrigatoriedade e gratuidade do ensino – aqui apresentando particularidades censuradas pelos doutrinadores, que serão tratadas oportunamente, e função social da empresa.

Os princípios norteadores podem ser assim alinhados: ensino primário ministrado exclusivamente na língua nacional; para a clientela na faixa etária compreendida entre sete e quatorze anos, o ensino seria obrigatório e gratuito, nos estabelecimentos oficiais; o ensino oficial ulterior ao primário seria

¹⁵⁶ MALISKA, 2001, p. 33.

igualmente gratuito para aqueles que provassem falta ou insuficiência de recursos, desde que demonstrado efetivo aproveitamento¹⁵⁷ e, sempre que possível, o Poder Público substituiria o regime de gratuidade pelo regime de concessão de bolsas de estudo, com a exigência de posterior restituição nos casos de ensino superior; ensino religioso de caráter facultativo; exigência de concurso de provas e títulos para provimento das carreiras do magistério nos cargos iniciais e finais no ensino oficial de grau médio e superior, sendo garantida a liberdade de cátedra; obrigatoriedade de ensino primário gratuito, a ser ofertado por empresas industriais, comerciais e agrícolas, para os seus empregados e os filhos destes, como também a promoção de cursos de aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

A liberdade de ensino – a ser exercida por meio da liberdade das ciências, das letras e das artes – e o incentivo à pesquisa científica e tecnológica e do amparo à cultura, como dever do Poder Público, vêm garantidos no parágrafo único do artigo 171 e artigo 172, nos moldes semelhantes da Constituição anterior.

Essa ordem constitucional marcada pelo autoritarismo do regime militar, todavia, é crescentemente contestada pelos estudantes, clero e trabalhadores. Como reação aos manifestos que desmoralizavam e afrontavam o poder das referidas autoridades, foi editado o Ato Institucional n. 5, em 13.12.1968, sob o argumento da necessidade de preservação da ordem, da segurança, da tranqüilidade, do desenvolvimento econômico e cultural e da harmonia política e social do País, tornando mais aprofundadas as violações aos direitos fundamentais, apesar da vigência concomitante com a Constituição de 1967.

A Emenda Constitucional 1 alterou, sem qualquer respeito aos limites impostos pela Constituição de 1967, todo o sistema constitucional, inclusive, a própria denominação da Constituição de *Constituição do Brasil para Constituição da República Federativa do Brasil*.

Em verdade, como sentenciam os constitucionalistas¹⁵⁸, a Emenda era uma nova Constituição promulgada em 17.10.1969, com data de entrada em vigor para 30.10.1969.

¹⁵⁷ Particularmente quanto a esta nova exigência, João Batista Herkenhoff se insurge: “a gratuidade, no ensino ulterior ao primário, para os que provassem falta ou insuficiência de recursos, foi restringida, uma vez que se passou a exigir a demonstração de efetivo aproveitamento por parte dos beneficiários da gratuidade. Criou-se, assim, mais uma discriminação contra os pobres: teriam que ser bons alunos, como se isso não fosse uma obrigação de todos”. (1987, p. 44)

¹⁵⁸ Como registra Alessandra Gotti Bontempo (2006, p. 54, nota 83): “Dentre aqueles que defendem que a Emenda Constitucional 1, de 1969, é uma nova Constituição, figuram, José Afonso da SILVA

A apresentação sob a forma de emenda deve-se à intenção de dar uma conotação formalmente democrática a uma Constituição que, consoante entende Carlos Augusto Maliska, “liquidou todas as expressões democráticas que ainda subsistiam”¹⁵⁹.

O direito à educação também sofreu alterações como aquelas dispostas no inciso XIV do art. 8.º que, além do estabelecimento e execução do plano nacional de educação, dispôs acerca do plano regional de desenvolvimento.

É de se dar relevância, contudo, às alterações que importaram em restrições instaladas com a nova ordem constitucional. Nesse particular, o art. 176 repetiu o art. 168 da Constituição de 1967 – a educação como direito de todos e deveria ser dada no lar e na escola, sendo assegurada a igualdade de oportunidades e inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. Entretanto, suprimiu a expressão que assegurava a “igualdade de oportunidade”.

Comutação de expressões também implicou em prejuízo para o progresso do sistema educacional. É o caso dos princípios da legislação de ensino, em que a garantia da liberdade de cátedra foi substituída pela “liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no art. 154”¹⁶⁰.

O art. 178, em acréscimo à previsão do art. 170 da Constituição de 1967, passou a prever a possibilidade do salário-educação.

Outra restrição importante foi instituída pelo art. 179 concernente à liberdade das ciências, letras e artes, posto que relativizada e condicionada pela disposição do § 8.º do art. 153¹⁶¹.

(Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 87), Luiz Alberto David ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR (Curso de Direito Constitucional, p. 76). Diverso é o entendimento de Celso Ribeiro BASTOS (Curso de Direito Constitucional, p. 145)”.
¹⁵⁹ MALISKA, 2001, p. 35.

¹⁶⁰ “Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa. Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.”

¹⁶¹ “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 8.º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença

A educação especial e gratuita, dentre outras políticas de inclusão, foi assegurada com a Emenda Constitucional n.º 12, de 17 de outubro de 1978, visando à melhoria de sua condição social e econômica.

A valorização do magistério também ganhou impulso com a Emenda Constitucional n.º 18, de 30 de junho de 1981, que inseriu um inciso ao art. 165 da Constituição Federal, dispondo sobre a aposentadoria especial para professores, consubstanciada na previsão de aposentadoria aos 30 anos para o homem e aos 25 anos, para a mulher, de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.

A fixação de percentuais orçamentários destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, prevista na Constituição de 1946 e abolida pela Constituição de 1967 ressurgiu na Emenda 1. No entanto, essa vinculação orçamentária, na redação originária da Constituição de 1969 estava prevista apenas para os Municípios. A alínea “f” do § 3.º do art. 15 possibilitava a intervenção nos Municípios sempre que se verificasse a não-aplicação anual, no ensino primário, de vinte por cento da receita tributária municipal.

Somente em 1983, por força da Emenda Constitucional n.º 24, de 01 de dezembro de 1983, é que o percentual mínimo de aplicação dos recursos orçamentários em educação se estendeu aos demais entes da federação, sendo, treze por cento para a União e vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos para os Estados, Distrito Federal e para os Municípios.

2.3.2 A constituição brasileira de 1988

Decorridas mais de duas décadas sob a opressão do regime militar, deflagrou-se o processo de redemocratização do país, coroado com a Constituição de 1988.

Historia José Afonso da Silva que,

da autoridade. Não serão, porém toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

a luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se iniciou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento de Nação, em busca de reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social¹⁶².

Nos mesmos moldes da Constituição de 1946, a Constituição de 1988 não foi construída a partir de projeto anterior, mas partiu da formação de vinte e quatro subcomissões com a incumbência de dar início à sua elaboração, cuja fase subsequente foram as oito comissões temáticas com a atribuição de elaborarem anteprojetos à Comissão de Sistematização.¹⁶³ Após análise dos anteprojetos, as emendas e respectivos substitutivos, a Comissão Sistematizante encaminhou o Projeto de Constituição ao Plenário, que se reuniu em 27.01.1988 para o início das votações. Em 05.10.1988, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada, após longo período de discussões, deliberações e negociações.

Efetivamente,

A Carta de 1988 é a 'Constituição Cidadã', na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, pois teve ampla participação popular em sua elaboração e, especialmente, porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania,

como reconhece José Afonso da Silva¹⁶⁴.

Na avaliação de Alessandra Gotti Bontempo,

representando o marco jurídico da transição da ditadura ao regime democrático, a Constituição de 1988, desde seu preâmbulo, enfatiza o seu compromisso em *instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)*¹⁶⁵.

Conforme salienta Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

¹⁶² SILVA, 2002a, p. 88.

¹⁶³ BASTOS, 2001, p. 154.

¹⁶⁴ SILVA, op. cit., p. 90.

¹⁶⁵ BONTEMPO, 2006, p. 52.

Em termos de legitimidade fundante, a análise do Preâmbulo (cuja função dogmática atual é revelar a *mens legis*, configurar uma abreviatura para localizar os princípios retores e definir a autoridade constituinte) mostra um elenco de valores e sua possível organização, seus instrumentos de revelação, os fins propostos e as condicionantes essenciais¹⁶⁶.

De maneira inédita, a nova Constituição traz já em seu Título I os Princípios Fundamentais que regem a República Federativa do Brasil. Isto atribuiu à Constituição um caráter de sistema – “um todo sistemático e congruente”¹⁶⁷. Ademais, a sua localização, inaugurando o texto constitucional, adverte que a interpretação deve prosseguir sempre pautada nos contornos e informada pela principiologia e de acordo com os objetivos, fundamentos e formas de convívio então estabelecidos.¹⁶⁸

Em seu art. 1.º prevê a Constituição de 1988 que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, a qual destaca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Elege, igualmente, as metas a serem perseguidas pelo Estado brasileiro. Dispostas no artigo 3.º estão (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e (iv) a promoção do bem de todos, sem preconceitos e outras formas de discriminação. Conforme anota José Afonso da Silva,

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana¹⁶⁹.

Também de maneira inédita, diferentemente das outras Constituições anteriores, o destaque aos direitos fundamentais foi garantido com a inserção logo no início do texto, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias

¹⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 29.

¹⁶⁷ BASTOS, 2001, p. 161.

¹⁶⁸ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2002, p. 68.

¹⁶⁹ SILVA, 2002a, p. 93.

Fundamentais¹⁷⁰, conferindo-lhes a natureza de cláusulas pétreas, inserindo-os no núcleo imodificável da Constituição (inciso IV do § 4.º do art. 60).

Complementando as inovações, é de se ressaltar a conjugação operada pela nova Constituição dos direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, endossando, como lembra Alessandra Gotti Bontempo,

a concepção contemporânea de direitos humanos, demarcada pela Declaração Universal de 1948, e reafirmada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, acolhendo, por conseguinte, o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (...). Ao conjugar os direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Constituição de 1988 corrobora o entendimento de que a dignidade da pessoa humana somente pode ser alcançada pela conjugação daqueles direitos, pois a integridade do ser humano corresponde em definitivo à integralidade de seus direitos¹⁷¹.

Analisando a inter-relação e indivisibilidade dos direitos, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que

A denegação ou a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, materializada, e.g., na pobreza extrema, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive a civil e a política), revelando, assim de modo marcante a inter-relação ou indivisibilidade de seus direitos. A pobreza extrema constitui, em última análise, a negação de todos os direitos humanos. Como falar do direito à livre expressão sem o direito à educação? Como conceber o direito de ir e vir (liberdade de movimento sem o direito à moradia? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação? Como referir-se ao direito à saúde? E os exemplos se multiplicam. Em definitivo, todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas: é esta uma realidade inescapável. Já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos¹⁷².

Essas inovações, especialmente a previsão dos direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, representam a exigibilidade de uma conduta positiva do Estado, consistente, como anota Alessandra Gotti Bontempo,

em uma prestação de natureza fática, pressupondo seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a

¹⁷⁰ São assim constituídos os cinco capítulos que integram o Título II – dos Direitos e Garantias Constitucionais: Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos; Capítulo II – Dos direitos sociais; Capítulo III – Da nacionalidade; Capítulo IV – Dos direitos políticos; e, Capítulo V – Dos partidos políticos.

¹⁷¹ BONTEMPO, 2006, p. 64, nota 105.

¹⁷² CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 379.

realização da igualdade material. Vale dizer, a implementação efetiva desses direitos depende da realização de políticas públicas¹⁷³.

Dessa maneira, o objetivo do Estado brasileiro, como Estado Social, consoante pontua Paulo Bonavides, “é produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais”, ressaltando o autor aquilo que denomina de “importância funcional dos direitos sociais básicos”, que consiste em realizar a igualdade na Sociedade¹⁷⁴.

No campo da efetividade, diferentemente das Constituições de 1934 e 1946, que embora tenham representado um avanço em matéria de positivação dos direitos sociais, não possuíam instrumentos processuais que os garantissem, a Constituição de 1988, na observação de Alessandra Gotti Bontempo, “agasalha, dentre as garantias processuais, a ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, de 24.07.1985, prevendo-a, no art. 129, inc. III – que estabelece as funções institucionais do Ministério Público – com rol de bens protegidos ampliado”¹⁷⁵.

Ainda há que se destacar aquela que é tida como uma das mais notáveis inovações: a previsão contida no § 1.º do artigo 5.º o qual estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹⁷⁶.

Segundo Flávia Piovesan,

Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta

¹⁷³ BONTEMPO, 2006, p. 65.

¹⁷⁴ BONAVIDES, 2001, p. 343.

¹⁷⁵ BONTEMPO, op. cit., p. 67.

¹⁷⁶ Sobre a influência que o direito comparado exerceu no Texto Constitucional de 1988 acerca do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ver Flávia Piovesan (2006a, p. 35, nota 37): “O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais foi introduzido no Texto de 1988, certamente sob a inspiração do direito comparado, em especial do direito alemão, português e espanhol. A Lei Fundamental da Alemanha de 1949, ao tratar dos direitos fundamentais, estabelece, no art. 1.º: ‘Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário’. A mesma preocupação é apresentada pela Constituição Portuguesa de 1976 que, ao disciplinar os direitos e deveres fundamentais, prescreve, no art. 18: ‘Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas’. Também a constituição espanhola de 1978, compartilhando do mesmo entendimento, determina, no art. 9.º: ‘Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos que integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, social e cultural’”.

assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁷⁷.

Nessa linha de raciocínio, conclui Alessandra Gotti Bontempo, “não há que se falar mais na não-acionabilidade, ou não-justiciabilidade dos direitos sociais, uma vez que, (...) eles são autênticos direitos públicos subjetivos, perfeitamente exigíveis perante o Poder Judiciário quando negligenciados pelo Estado”¹⁷⁸.

Na interpretação de José Afonso da Silva, a percepção dos direitos sociais como direitos fundamentais do homem implica propriamente em concebê-los como pressuposto de gozo dos direitos individuais, conferindo-lhes realidade e efetividade:

são 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. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade¹⁷⁹.

Sob a égide da igualdade material como meta do Estado brasileiro, a Constituição de 1988 reserva um capítulo próprio dedicado aos direitos sociais (Capítulo III), dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, além de um título especial dedicado à ordem social (Título VIII – Da Ordem Social).

Feitas essas considerações sobre o contexto constitucional desenhado a partir de 1988, cumpre situar o direito à educação nesta nova realidade.

Garantido como um direito com *status* fundamental logo no artigo 6.º (Título III – Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o direito à educação é contemplado com uma abordagem mais especificada nos artigos 205 a 214 (Título VIII – Da Ordem Social).

A conceituação de direito à educação, adotada pelo artigo 205 da Constituição de 1988 dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando

¹⁷⁷ Ibid., p. 35 et. seq.

¹⁷⁸ BONTEMPO, 2006, p. 68.

¹⁷⁹ SILVA, 2002b, p. 199.

ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Percebe-se, pois, um alargamento da concepção do direito à educação, voltada à realização de sua função de promovedor das condições para o gozo dos demais direitos, como o quer a nova ordem constitucional.

Os princípios a regerem o sistema de ensino vêm no elenco do artigo 206, assim dispostos: (i) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (ii) liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (iii) pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (iv) gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; (v) valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; (vi) gestão democrática do ensino público, na forma da lei; (vii) garantia de padrão de qualidade.

Além desses, constata-se a estruturação do sistema baseada nas disposições do artigo 210: (i) fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar a formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos nacionais e regionais (*caput*); (ii) o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (§ 1.º); (iii) o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (§ 2.º).

A concepção de dever com o ensino como atribuição do Estado é categórica e a própria Constituição estabelece como esse dever será efetivado (art. 208). Assim, não haverá cumprimento desse imperativo sem a garantia de (i) ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (ii) progressiva universalização do ensino médio gratuito; (iii) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (iv) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; (v) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (vi) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; (vii) atendimento ao educando, no ensino fundamental,

por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

É de se ressaltar, aqui, que a exemplo da Constituição de 1946, em seu então artigo 172, o constituinte de 1988 também buscou operar a completude da disposição constitucional com o ensino ao prever a garantia do atendimento ao educando a fim de que se assegurassem aos alunos condições de eficiência escolar. Como dito anteriormente, percebe-se também na Constituição de 1988 a mesma visão contextualizada, presente na Constituição de 1946, do significado efetivo, real e concreto de educação, garantido por meio de programas suplementares.

Esse dever do Estado, no entanto, não implica a exclusão da iniciativa privada, desde que observadas as condições previstas pelo artigo 209: (i) cumprimento das normas gerais da educação nacional e (ii) a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

A fixação de percentuais orçamentários destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, que até então era de treze por cento para a União e vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos para os Estados, Distrito Federal e para os Municípios (Emenda Constitucional n.º 24, de 01 de dezembro de 1983), passou a dezoito por cento, nunca menos, para a União, e vinte e cinco por cento, no mínimo, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme comando do artigo 212.

Além desse percentual mínimo, o comando constitucional, com o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também assegurou a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, de natureza contábil, com a possibilidade de a União complementar os recursos sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente (artigo 60 e parágrafos do ADCT). Respectiva disposição acerca do financiamento da educação foi instituída por força da Emenda Constitucional 14 que estabeleceu que nos dez primeiros anos de sua promulgação, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinariam, no mínimo, 60% (sessenta por cento) dos recursos a que se refere o *caput* do artigo 212, à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, com o

objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Para a organização dos sistemas de ensino, o artigo 211 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o farão mediante regime de colaboração. A atuação prioritária, entretanto, dos Municípios deverá ser no ensino fundamental e na educação infantil (§ 2.º), enquanto que aos Estados e Distrito Federal cumprirá atuar prioritariamente no ensino fundamental e médio (§ 3.º). A lei estabelecerá o plano nacional de educação (art. 214).

A competência precípua que se confere à União, além da organização do sistema federal de ensino, é o exercício, em matéria educacional, da função distributiva e supletiva, evidenciando a preocupação do constituinte com a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (§ 1.º do art. 211).

A autonomia das universidades foi prestigiada e garantida pelo artigo 207, estabelecido o dever de obediência ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Finalmente, especial relevância é de se registrar em atenção às previsões do artigo 208 que, sem precedentes constitucionais, considera e define o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, expressamente, como direito público subjetivo (art. 208, § 1.º), estabelecendo que o seu não-oferecimento ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2.º).

Conforme concluiu Alessandra Gotti Bontempo,

À vista do exposto, constata-se que a maneira pela qual o direito à educação é disciplinado – além de ser elevado à categoria de direito fundamental (art. 6.º c.c. art. 205) – acaba por caracterizá-lo como serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos¹⁸⁰.

E prossegue, citando José Afonso da Silva:

A norma, assim explicitada – ressalta José Afonso da Silva – ‘**A educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]**’ (arts. 205 e 227) – , significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a

¹⁸⁰ BONTEMPO, 2006, p. 75.

exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é **direito público subjetivo**; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente¹⁸¹.

2.3.3 A educação na legislação infraconstitucional

Quanto ao sistema de proteção ao direito fundamental à educação, é de se ressaltar que a população infanto-juvenil conta com diversos diplomas legais, nas diferentes esferas da Federação. Além da previsão constitucional e leis nacionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/90 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n.º 9.394/96, este direito é também disciplinado pelas Constituições Estaduais e pelas leis de organização interna dos municípios.

O coroamento constitucional da educação como direito social fundamental vem consagrado pela Constituição da República de 1988 em diversas disposições: no artigo 6.º, seu reconhecimento como direito social¹⁸²; no artigo 205, a previsão da educação como direito de todos e dever do Estado e da família, com sua tripla dimensão – pleno desenvolvimento como pessoa, preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho¹⁸³; no artigo 206, a previsão da principiologia que orienta o exercício do ensino¹⁸⁴; no artigo 208 as garantias que asseguram como o dever do Estado será efetivado¹⁸⁵; bem como a previsão organizacional dos sistemas de ensino constante do artigo 211 e seus parágrafos¹⁸⁶.

¹⁸¹ Ibid., p. 312.

¹⁸² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁸³ Art. 205. 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.

¹⁸⁴ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...] IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; [...] VII - garantia de padrão de qualidade.

¹⁸⁵ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade: [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em dispositivos vários, confirma o dever do Poder Público com a educação, com ênfase na educação infantil e no ensino fundamental, porquanto níveis de prioridade da intervenção do Município para a gestão educacional. São destaques:

Art. 4º É dever [...] do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos concernentes à [...] educação.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

[...]

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

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

[...]

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

[...]

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

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

[...]

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB dispõe sobre o direito à educação e o dever de educar, fixa a organização da educação nacional, indica as atribuições da União, dos Estados e dos Municípios, define os elementos integradores dos sistemas federal, estadual e municipal de ensino, trata da composição da educação escolar e cuida dos profissionais da educação e dos recursos financeiros destinados à educação, dentre tantas outras previsões. Entre seus principais dispositivos relativos ao dever do Estado em ofertar a educação, pode-se destacar:

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

[...]

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

¹⁸⁶ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;
[...]

Art. 5º - O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

§ 1º - Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência a escola.

§ 2º - Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º - Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º - Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º - Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Especificamente sobre a educação infantil, além dos dispositivos citados acima, trata ainda a Seção II do Capítulo II do Título V da Lei 9.394/96, assim disciplinando a matéria:

Art. 29 - A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30 - A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.

Art. 31 - Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental.

Na linha ditada pela Constituição Federal, como se constata, a legislação ordinária bem cuidou de garantir a realização dos objetivos fundamentais da República por meio de políticas públicas educacionais. Não há que se pretender a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização, do preconceito e das desigualdades

sociais, sem que se coloque a questão educacional como instrumento principal de promoção dessa pretensão.

Assim, ao dispor especificamente da educação, o legislador constituinte originário estabeleceu que, por ser um direito de todos e dever do Estado, necessita a educação de um planejamento¹⁸⁷, a fim de que as ações sejam eficientemente engendradas de maneira a erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade do ensino e logrem a promoção humanística, científica e tecnológica do País.

Esse planejamento constitucionalmente previsto requer que as ações eleitas disponham de um sistema de financiamento que possibilite a respectiva execução. O financiamento público da educação é um mecanismo indispensável para a concretização dos objetivos almejados, pois que contribuirá decisivamente para a redução das desigualdades sociais e regionais no País.

Importante registrar que a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) recomenda, aos países em desenvolvimento, um gasto mínimo de 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) com Educação. Entretanto, até 2005, o gasto público brasileiro com educação, considerando as três esferas de governo, era inferior a 5% (cinco por cento) do PIB.¹⁸⁸

As medidas adotadas nos anos que se sucederam à nova Constituição tiveram por foco, em especial, o ensino fundamental, contribuindo para o maior acesso e permanência do educando na escola.

Em 1996, a Emenda n.º 14/96 modificou, dentre outras coisas, as Disposições Constitucionais Transitórias, retirando da redação do art. 60 o comprometimento da sociedade e do Poder Público com a erradicação do analfabetismo e com a universalização do ensino fundamental, consolidando a prática de concentrar a maior parcela de seus gastos na educação superior, deixando a educação básica sob a responsabilidade dos Estados e Municípios, que

¹⁸⁷ Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à: I – erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria da qualidade do ensino; IV – formação para o trabalho; V – promoção humanística, científica e tecnológica do País.

¹⁸⁸ Conforme dados constantes da Nota Técnica n.º 7 do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – DIEESE. O FUNDEB e o Financiamento Público da Educação. Out. 2005. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatecFundeb.pdf>>, acesso em 11 junho 2007.

passaram a ter áreas de atuação definidas respectivamente, recaindo sobre o ente municipal a responsabilidade pelo ensino fundamental e pela educação infantil.¹⁸⁹

A Emenda Constitucional 14/96 instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, que foi oportunamente regulamentado pela Lei n.º 9.424/96. Isso significa que a partir de então o ensino fundamental passou a ser financiado pelos recursos captados e distribuídos por este Fundo.

O FUNDEF inaugura nova fase do financiamento da educação pública, ao subvincular ao ensino fundamental uma parcela dos recursos constitucionalmente destinados à Educação.¹⁹⁰

Explica-se. O artigo 212 da Constituição Federal estabelece que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, compreendida, neste percentual, aquela proveniente de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino. O que fez a Emenda Constitucional n.º 14/96 foi subvincular parte deste percentual a uma destinação específica: com a emenda, 60% (sessenta por cento) desses recursos (o que representa 15% da arrecadação de um conjunto de impostos de Estados e Municípios) passaram a ser reservados ao ensino fundamental público.¹⁹¹

¹⁸⁹ FEIJÓ, 2007, p. 284.

¹⁹⁰ “O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) foi instituído pela Emenda Constitucional n.º 14, de 12 de setembro de 1996, e regulamentado pela Lei n.º 9.424, de 24 de dezembro do mesmo ano, e pelo Decreto n.º 2.264, de 27 de junho de 1997. Sua implantação se deu em 1.º de janeiro de 1998, quando passou a vigorar em todo País, exceto no Pará, onde a implantação ocorreu em julho de 1997, por força de lei estadual nesse sentido. A maior inovação do FUNDEF consistiu na mudança da estrutura de financiamento do Ensino Fundamental Público no País, pela subvinculação de uma parcela dos recursos da educação a esse nível de ensino, com distribuição de recursos realizada automaticamente, de acordo com o número de alunos matriculados em cada rede de ensino fundamental, promovendo a partilha de responsabilidades entre o Governo Estadual e os Governos Municipais. As despesas e receitas correspondentes, por sua vez, deverão estar previstas no orçamento e a execução, contabilizada de forma específica”. Manual do Fundef, 2004.

¹⁹¹ Neste sentido, a Nota Técnica n.º 7 do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – DIEESE. O FUNDEF e o Financiamento Público da Educação. Out. 2005. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatecFundeb.pdf>>, acesso em 11 junho 2007: O Fundef é caracterizado como um fundo de natureza contábil, com repasses automáticos de recursos aos estados e municípios, de acordo com o número de alunos atendidos em cada rede de ensino. É formado, no âmbito de cada Estado, por 15% das seguintes fontes de arrecadação: Fundo de Participação dos Municípios (FPM); Fundo de Participação dos Estados (FPE); Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações (IPI-exp); Desoneração de Exportações, de que trata a Lei Complementar n.º 87/96 (Lei Kandir). O valor mínimo nacional de repasse por aluno é definido através de decreto pelo Presidente da República. O Fundo recebe uma complementação da União nos Estados onde a receita originariamente gerada não atinge o valor mínimo por aluno/ano fixado nacionalmente. Em 2005 o valor mínimo nacional ano por aluno matriculado nas quatro primeiras séries do ensino fundamental foi estipulado em R\$ 620,56 [...].”

Algumas críticas, todavia, demonstram falhas no sistema idealizado. Consoante analisa Patrícia Collat Bento Feijó¹⁹², o Fundo implicou em dificuldades, especialmente aos municípios, para proverem a educação infantil e o ensino destinado a jovens e adultos:

Se por um lado, a instituição do FUNDEF garantiu recursos específicos e maiores investimentos no ensino fundamental, por outro, provocou nos Municípios concretas dificuldades em relação à oferta e à manutenção da educação infantil e da modalidade de ensino para jovens e adultos (EJA). Os recursos vinculados à educação que ficavam de fora da subvinculação do Fundo tornaram-se escassos para suprir a crescente demanda de matrículas nas creches e pré-escolas e para garantir a oferta do ensino fundamental de jovens e adultos¹⁹³, atividades que recaíram essencialmente sobre o Município.

Outra dificuldade enfrentada na gestão dos recursos do Fundo foram os critérios utilizados pelo Governo Federal no estabelecimento do valor mínimo nacional por aluno. Apontam os especialistas que a União não cumpriu os termos da legislação, previstos no § 1.º do artigo 6.º da Lei n.º 9.424/96¹⁹⁴, no que se refere aos cálculos para se chegar àquele valor. Desse modo, o descumprimento desse dispositivo implicou na definição de um valor mínimo nacional por aluno muito menor do que deveria ser e, por conseqüente, a complementação da União ao Fundo foi cada vez menor.¹⁹⁵

Inegável a importância da instituição do FUNDEF, contudo, fatores como distorções na fixação do valor mínimo nacional por aluno, a insuficiente participação da União na formação do Fundo e as dificuldades de gerenciamento dos demais níveis de ensino de competência dos Municípios acabaram por alavancar a luta para a criação de um novo Fundo, capaz de solucionar os percalços apresentados até então.

¹⁹² FEIJÓ, 2007, p. 285 et. seq.

¹⁹³ Ibid. Nota da autora: A Lei 9.424/96 não possibilitava o cômputo das matrículas do ensino fundamental de jovens e adultos para efeito do FUNDEF.

¹⁹⁴ Lei n.º 9.424/96. Art. 6.º. A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1.º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. § 1.º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4.º, será fixado por ato do Presidente da República, e nunca será inferior à razão da previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2.º, § 1.º, incisos I e II.

¹⁹⁵ Neste sentido, Nota Técnica n.º 7. DIEESE. O FUNDEF e o Financiamento Público da Educação. Out. 2005. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatecfundeb.pdf>>, acesso em 11 junho 2007.

Foi assim que, em junho de 2005 o Ministério da Educação encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional para a criação do FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação, em substituição ao FUNDEF, que se limitava a financiar o Ensino Fundamental.¹⁹⁶ Após várias propostas de Emendas Constitucionais, foi aprovada e promulgada a Emenda n.º 53, de 19 de dezembro de 2006, que criou o novo Fundo.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 53, o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passou a vigorar com nova redação¹⁹⁷.

De acordo com a nova disposição, não há mais obrigação de Estados e Municípios destinarem 60% (sessenta por cento) dos recursos referidos no artigo 212 da Constituição Federal para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, como era previsto na antiga redação do artigo.

O que ocorre a partir de então é que, muito embora o Fundo destine-se à educação básica, a aplicação de seus recursos está vinculada ao nível de ensino de atuação prioritária do ente público. No caso do município, por exemplo, os

¹⁹⁶ Em setembro de 1999, o núcleo de educação da Bancada do Partido dos Trabalhadores apresentou à Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n.º 112/99, que criava o Fundeb. A proposta visava à disponibilização crescente de recursos da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios para a educação básica pública, por meio da criação de Fundos Estaduais com a totalidade dos recursos vinculados à educação para a totalidade de alunos da educação básica pública. Previa, também, a criação de um piso salarial profissional para os educadores públicos. Em meados de agosto de 2004, o Ministério da Educação colocou a minuta em debate, acabando prevalecendo a proposta do fundo único.

¹⁹⁷ Nova redação do art. 60, de acordo com a Emenda Constitucional n. 53: Art. 60. Até o 14.º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: I – a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de natureza contábil; II – os Fundos referidos no inciso I do *caput* deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do *caput* do art. 157; os incisos II, III e IV do *caput* do art. 158; e as alíneas *a* e *b* do inciso I, e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecida nos §§ 2.º e 3.º do art. 211 da Constituição Federal; [...] IV – os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do *caput* deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2.º e 3.º do art. 211 da Constituição Federal; [...] XII – proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) de cada Fundo referido no inciso I do *caput* deste artigo será destinada ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício.

recursos poderão ser utilizados exclusivamente na educação infantil e com o ensino fundamental, nunca com o ensino médio.

Quanto à forma de distribuição dos recursos do Fundeb, esta será feita em conformidade com o número de alunos da educação básica e serão computados apenas os alunos matriculados nos respectivos âmbitos de atuação do ente público. No caso do município, serão apenas computados os alunos matriculados na educação infantil e no ensino fundamental de sua rede de ensino.

No que se refere à remuneração dos profissionais do magistério, restou estabelecido que uma parcela não inferior a 60% (sessenta por cento) do Fundo deve ser utilizada para esta rubrica, sucumbindo a proposta originária de 1999, que previa destinação de 80% (oitenta por cento) para o pagamento dos professores e funcionários da educação.

Além da criação do Fundeb, a Emenda n.º 53/06 implementou outras modificações à Constituição Federal, sendo relevantes, dentre outras, a alteração da idade escolar para a educação infantil até os 5 (cinco) anos de idade (inciso XXV do art. 7.º e inciso IV do art. 208) e a ampliação da obrigatoriedade da União e do Estado em oferecer aos Municípios cooperação técnica e financeira para a educação infantil e para o ensino fundamental (inciso VI do art. 30).

Em 28 de dezembro de 2006, o governo federal editou a Medida Provisória n.º 339, em regulamentação à nova redação do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo efetivamente o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, como um fundo único, de natureza contábil, que contempla todas as etapas (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e modalidades (regular, especial, indígena, profissional, jovens e adultos) da educação básica¹⁹⁸, independentemente da idade dos alunos, do turno de atendimento, ou localização da escola (como rural, urbana, indígena ou quilombola), devendo apenas ser observada a área de atuação prioritária de cada ente.¹⁹⁹ O

¹⁹⁸ Nos termos da Lei Federal n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no inciso I do artigo 21, a educação básica é formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

¹⁹⁹ Conforme documento elaborado e disponibilizado pelo Ministério da Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/index.php?option=content&task=view&id=799&Itemid=839>, acesso em 11 junho 2007.

Fundo passou a ter vigência em 1.º de janeiro de 2007 e, segundo o art. 49 da Medida Provisória, deverá vigor até 31 de dezembro de 2020.²⁰⁰

A forma de distribuição dos recursos do Fundo está contemplada nos artigos 8.º e 9.º da Medida Provisória n.º 339/06, de acordo com o número de alunos da educação básica pública constante do último censo escolar, computando-se os alunos matriculados nos respectivos âmbitos de atuação prioritária de cada ente. Dessa maneira, por exemplo, os Municípios somente receberão os recursos do Fundo com base no número de alunos da educação infantil e ensino fundamental, matriculados em sua rede, não recebendo em relação a alunos do ensino médio, caso possuam escolas destinadas a este nível.

Ainda no que se refere à forma de distribuição dos recursos, como o Fundo destina-se a toda educação básica, foi estabelecido um fator de ponderação, fixado de acordo com as diferentes etapas, modalidades e tipos de estabelecimentos de educação básica.²⁰¹

O novo Fundo guardou as mesmas regras do Fundef quanto à complementação, sempre que em cada Estado o valor por aluno não alcançar o valor mínimo nacional estabelecido.²⁰²

Os arts. 21 a 23 da Medida Provisória n.º 339/06 estabelecem os critérios para a utilização dos recursos do Fundeb. Também se observa, ressalvadas as particularidades introduzidas pelo próprio fundo, a mesma linha diretiva então traçada para o Fundef, uma vez que a Medida Provisória faz referência expressa aos comandos do art. 70 da Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), que define o que são ações consideradas de manutenção e desenvolvimento do ensino (quais são as despesas autorizadas), bem como aos comandos do art. 71 da mesma Lei, que estabelece quais são as ações que não se constituem em despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino (quais são as despesas vetadas). No mais, verifica-se da Medida Provisória uma preocupação conceitual de expressões

²⁰⁰ São instrumentos legislativos atuais a regulamentar o Fundo: Portaria Normativa n. 4/2007, de 27 de fevereiro de 2007, que trata da distribuição proporcional dos recursos do Fundeb, quanto às matrículas públicas presenciais efetivas da Educação Básica; Resolução MEC n. 1/2007, de 15 de fevereiro de 2007, que especifica as ponderações aplicáveis à distribuição proporcional dos recursos advindos do Fundeb; e o Decreto n. 6.091, de 24 de abril de 2007, que define e divulga os parâmetros anuais de operacionalização do Fundeb para o exercício de 2007.

²⁰¹ Neste sentido: arts. 10 e 11 da Medida Provisória n. 339/06.

²⁰² A complementação da União está prevista nos termos do que dispõem os incisos V e VII do art. 60 do ADCT (com a nova redação em razão da Emenda n.º 53/06) e o § 3.º da Medida Provisória n.º 339/06.

como remuneração, profissionais do magistério da educação e efetivo exercício, que enfrentaram longos debates por ocasião da implementação do então Fundef, afastando, agora, de plano, quaisquer questionamentos.

O Conselho de Acompanhamento e Controle Social também foi mantido, cuja função precípua é proceder ao acompanhamento e controle social sobre a distribuição, transferência e aplicação dos recursos do Fundo.²⁰³

Por fim, quanto à forma de implementação do Fundo, é de se destacar que a educação infantil, ainda assim, não foi contemplada de imediato, em razão de progressividade estabelecida, somente perfazendo sua integralidade no terceiro ano de vigência.²⁰⁴ Ademais, outra crítica que se levanta é que os coeficientes de ponderação²⁰⁵ não atendem à realidade do ente municipal – principal responsável pela oferta da educação infantil (creche e pré-escola), já que são menores do que para o ensino fundamental e para o ensino médio.²⁰⁶

Em que pese toda a intenção de se fixar políticas de qualidade para a educação infantil, como se verifica no documento do Ministério da Educação intitulado *Política Nacional de Educação Infantil: pelo direito das crianças de zero a seis anos à Educação*²⁰⁷, as metas ainda se apresentam por demais modestas e o trato da educação infantil relegado a coeficientes diminuídos em relação aos demais níveis, denunciando uma concepção arraigada de que se trataria de uma educação de faz-de-conta.

Importa, no entanto, uma conclusão parcial: a ordem jurídica vigente confere aos cidadãos o direito à educação em sua acepção mais ampla, englobando

²⁰³ Por força do art. 48 da Medida Provisória n. 339/06, restaram revogados os arts. 1.º a 8.º e 13 da Lei n.º 9.424, de 24 de dezembro de 1996 (Lei do FUNDEF), bem como o art. 12 da Lei n.º 10.880, de 9 de junho de 2004 (Lei que instituiu o Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar – PNATE e o Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens de Adultos. Assim, em razão de tal revogação, ao contrário do Conselho do FUNDEF, o Conselho do FUNDEB não tem por incumbência acompanhar a aplicação de recursos transferidos à conta desses dois programas.

²⁰⁴ Conforme art. 31 da Medida Provisória n.º 339/06 e nova redação dada ao art. 60 em seu § 4.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pela Emenda Constitucional n.º 53/06.

²⁰⁵ Os coeficientes de ponderação foram fixados pela Resolução n. 1, de 15 de fevereiro de 2007, editada pelo MEC, em atendimento ao disposto na Medida Provisória n. 339/06, respeitando a variação indicada pelos §§ 1.º e 2.º do art. 10.

²⁰⁶ Para conhecimento da tabela de valores estimados para cada modalidade, verificar documento elaborado e disponibilizado pelo Ministério da Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seb/index.php?option=content&task=view&id=799&Itemid=839>, no quadro denominado *consultas*, item 4. *valor aluno/ano e receita anual prevista consolidada por Estado*, acesso em 11 junho 2007.

²⁰⁷ Neste sentido, consultar <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Educinf/eduinfpolit2006.pdf>, acesso em 12 de junho de 2007.

a educação infantil. Dispensa a essa formação tratamento protetivo e prioritário, alçando-a à categoria de direito fundamental – conforme será examinado no Capítulo 3 – , sendo as políticas públicas voltadas à sua concretização sujeitas, dentro de certos parâmetros, ao controle judicial – consoante será examinado no Capítulo 4.

3 O DEVER DO ESTADO DE PRESTAÇÕES POSITIVAS EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Paulo Roberto Barbosa Ramos define os direitos fundamentais como os mais elementares, indispensáveis à garantia da dignidade da pessoa humana. Diferentemente do que se possa pensar, não se trata de direitos naturais, mas antes e sim, de direitos históricos. Por serem históricos, à medida que avançam gerações, avançam-se décadas, novas perspectivas surgem de valores sociais, a partir da necessidade de novos bens e valores imprescindíveis aos cidadãos conviventes de uma dada época, tornando-se imprescindíveis para que o ser humano se sinta parte da sociedade em que vive. Os valores agasalhados hoje, na nossa realidade diária, vão muito além daqueles considerados essenciais quando do surgimento do ideário constitucional, em França do final do século XVIII²⁰⁸. Portanto:

[...] hoje são direitos fundamentais não apenas a liberdade de locomoção, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, a liberdade contratual, os direitos políticos, como também os direitos à alimentação, à moradia, ao transporte, ao lazer, ao trabalho, à educação, à saúde, à cultura (comumente inseridos na rubrica dos direitos econômicos, sociais e culturais) e ainda os direitos típicos de uma sociedade de massa, como o direito à informação verdadeira e de interesse público, o direito à paz, o direito à democracia e o direito ao desenvolvimento²⁰⁹.

Os direitos fundamentais – direitos do ser humano, reconhecidos e positivados, na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, sendo a própria finalidade das constituições – podem ser concebidos como uma conquista recente.

Até os documentos da Declaração de Virgínia (12.06.1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.08.1789), pouco existia nesse campo do direito²¹⁰. A partir de então, surgiu o movimento conhecido como

²⁰⁸ RAMOS, 2001.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Anteriormente a esse período, a doutrina destaca a Magna Carta (1215-1225), por meio da qual se protegia os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres; a *Petition of Rights* (1628), em que

constitucionalização ou positivação dos direitos do homem, inserindo esses novos valores nos mais diversos textos constitucionais, fazendo com que assumissem caráter universal e se transformassem em fundamento de legitimidade de diversos segmentos sociais ao redor do mundo.

Estabeleceram-se limitações à autoridade estatal, as quais se efetivavam por meio da separação dos poderes e das declarações de direitos. As conquistas se consubstanciavam, assim, em atividades negativas às autoridades, na imposição a elas do dever de respeito à esfera individual – os chamados direitos de primeira geração²¹¹, sendo eles os direitos civis e políticos.

As estruturas sociais se formam no modelo do constitucionalismo liberal, segundo o qual não é da competência estatal a condução da sociedade civil para a realização de fins comuns. A tarefa do Estado resumia-se em propiciar condições de segurança à vida individual.

Em momento posterior, já em meados do século XX, os chamados direitos de segunda geração foram acrescentados ao conjunto de direitos até então existentes. Estrutura-se o modelo do Estado Social, organizado em função de finalidades coletivas. Para Fábio Konder Comparato:

A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas. A história dá-nos vários exemplos de Estados Dirigentes de cunho mercantilista, industrialista ou belicista. Pode-se mesmo dizer que, em todo o curso da história moderna, o Estado Liberal ocupa um período muito limitado de tempo, e que as tentativas de sua restauração, no momento presente, são fadadas ao insucesso²¹².

A nova concepção não era mais de limitar o Estado, mas também exigir dele prestações positivas, cumprindo-lhe o papel de efetivar, por meio da ação

os membros do Parlamento pediam ao monarca o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos; o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), para supressão das prisões arbitrárias; e a *Bill of Rights* (1688), em que se estabelecia a supremacia do parlamento em face do monarca.

²¹¹ Conforme Marcos Augusto Maliska (2001, p. 41, nota 21): “A idéia de gerações de direitos desperta crítica entre autores. Dentre eles, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, p. 19 e 160; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 36, que prefere utilizar a expressão ‘dimensões’.” Ainda: quanto ao uso da terminologia, ver ROCHA, 1999, p. 23 et seq.

²¹² COMPARATO, p. 56.

direta do Estado, os direitos fundamentais até então conquistados, a exemplo do direito à educação, de especial relevo para a presente pesquisa.

O contexto é descrito por Marcos Augusto Maliska nos seguintes termos:

O colapso da sociedade de modelo oitocentista e a implantação de uma nova ordem social exigiram uma nova estrutura de direitos fundamentais, não mais assentada no puro individualismo que caracterizou o modelo anterior. Com o Constitucionalismo social, as constituições e, em particular, os direitos fundamentais, foram prestigiados com o ingresso de novos direitos, os chamados direitos de segunda geração – os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, e à previdência²¹³.

Conforme lição de Paulo Bonavides, os direitos de segunda geração “uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no Constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”²¹⁴.

Nesse cenário, foi emblemática a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Consoante Flávia Piovesan, iniciando com um resgate histórico, demonstra quão dicotômica se apresentava a linguagem dos direitos: de um lado, direitos civis e políticos; do outro, direitos sociais, econômicos e culturais. Com isso, ressalta a contribuição da aludida Declaração ao conciliar o discurso liberal de cidadania, com o discurso social, elencando tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais, econômicos e culturais, conduzindo a uma leitura contemporânea dos direitos até então individualmente considerados. Salienta que, ao “conjugando o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível”²¹⁵.

Hoje, já é perfeitamente difundida a concepção de direitos fundamentais de terceira geração, relacionados ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação.

Há mesmo quem identifique, no contexto da globalização política e econômica, o surgimento de novos direitos, chamados de quarta geração – o direito

²¹³ MALISKA, 2001, p. 41.

²¹⁴ BONAVIDES, 2001, p. 518.

²¹⁵ PIOVESAN, 2006a, p. 134 et. seq.

à democracia, à informação e ao pluralismo (ou, ainda, bioética, como afirmam alguns).

Quanto à terminologia até então utilizada para denominar e classificar as espécies de direitos, Paulo Bonavides atenta, por uma questão metodológica, para um eventual equívoco de linguagem, demonstrando a maior propriedade do termo “dimensão” sobre aquele conhecido por “geração”:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico²¹⁶.

O mesmo posicionamento é defendido por Flávia Piovesan, com o argumento central de que a terminologia “geração” passa a idéia de que algo anteriormente conquistado foi abandonado, surgindo outro em seu lugar. Quando o termo “dimensão”, mais apropriado, representa melhor o ocorrido, haja vista que novos direitos foram incorporados ao longo do tempo, sem que isso implicasse em prejuízo dos direitos anteriores, já sedimentados:

Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações²¹⁷, compartilha-se do entendimento de que uma geração de

²¹⁶ BONAVIDES, 2001, p. 525.

²¹⁷ Transcrição parcial da nota 44, da autora (PIOVESAN, 2006a): “[...] Sobre a matéria, Hector Gross Espiell, *Estudios sobre derechos humanos*, p. 328-332. Do mesmo autor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. Também essa é a lição de Paulo Bonavides que sustenta que os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constar do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Já os direitos de segunda geração, característicos do século XX, são os direitos sociais, culturais e econômicos introduzidos no constitucionalismo do Estado Social. Por sua vez, os direitos de terceira geração não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado, mas apresentam como destinatário o gênero humano. São direitos da fraternidade, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade

direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão de sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a idéia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e com constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez, esvaziado, revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade²¹⁸.

Relatada a questão dos direitos fundamentais e registrada a observação a respeito de sua terminologia, importa mencionar a divergência existente sobre a inserção ou não dos direitos sociais na categoria de direitos fundamentais.

Na Constituição Brasileira de 1998, os direitos sociais, econômicos e culturais foram tratados como direitos fundamentais. Segundo Andréas Joachim Krell²¹⁹, entendimentos no sentido de que os direitos sociais não representariam propriamente direitos fundamentais²²⁰ são afirmações que estão situadas na linha da antiga (e ultrapassada) distinção feita por Carl Schmitt²²¹, que negava a qualidade de verdadeiros direitos fundamentais (*Grundrechte*) aos direitos sociais, consagrados na Carta de Weimar, por serem completamente sujeitos à vontade do legislador ordinário:

Todavia, o texto da Lei Fundamental brasileira – ao contrário da alemã – não permite tal interpretação. O Poder Constituinte de 1988, face aos enormes desafios do poder público na área social, inseriu uma vasta gama de direitos sociais, localizando-os no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II da Carta, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”²²². Segundo todas as regras de interpretação, esses direitos sociais, no Brasil, são também *fundamentais*, com todas as conseqüências dessa sua

sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação (Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 474-482). Ainda sobre a idéia de gerações de direitos humanos, explica Burns H. Weston: ‘A esse respeito, particularmente útil é a noção de ‘três gerações de direitos humanos’ elaborada pelo jurista francês Karel Vasak. Sob a inspiração dos três temas da Revolução Francesa, estas três gerações de direitos são as seguintes: a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira geração se refere aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*) (Burns H. Weston, *Human rights*, in *Human rights in the world community*, p. 16-17). Sobre a matéria, consultar ainda A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, T. H. Marshall, *Cidadania, classe social e ‘status’*.”

²¹⁸ Ibid., p. 134 et. seq.

²¹⁹ KRELL, 2002, p. 48 et. seq.

²²⁰ Ibid. Referência do autor a recente trabalho de Lobo Torres. É a nota 107: Torres, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1999, p. 279 s.; cf. também o seu artigo “O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais”, in: *Rev. de Direito Administrativo* n.º 177, 1989, P. 33S..

²²¹ Ibid. Nota 108 do autor: Cf. Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*, 1993, S. 169.

²²² Ibid. Nota 109 do autor: Cf. também: Frischeisen, Luiza C. Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, 2000, p. 70.

natureza²²³. A tentativa de relativizá-los e de retirar-lhes a qualidade de “fundamentalidade” não traz nenhuma vantagem, mas é, ao contrário, perigosa. É de ressaltar que os direitos à educação, saúde e assistência “não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição”²²⁴.

Contrariamente à tentativa de relativização dos direitos sociais, a consolidação desses direitos como fundamentais conferiu caráter relativo à liberdade de conformação do legislador (e do Poder Executivo). Impondo-se, de conseqüência, o comando constitucional e a obrigação ao Poder Executivo de implementar – no sentido de promover e concretizar efetivamente os direitos sociais.

3.1.1 A posição do Estado frente aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, hoje, possuem assento especial nos textos constitucionais, sendo elementos caracterizadores da noção de Constituição. Exigem uma postura ativa do poder público, sendo-lhe inescusável o dever de implementar ações positivas, tendentes à concretização desses direitos, valendo-se da terminologia de Paulo Bonavides²²⁵.

A idéia vai ao encontro da noção de Estado Dirigente, no qual a Constituição impõe a ele objetivos a serem buscados. Esses objetivos, destaca Fábio Konder Comparato, são vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social. São, portanto, normas dotadas de juridicidade, característica que “já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica”²²⁶.

Sobre esse dever imposto ao Estado, Louis Henkin posiciona-se no sentido de que:

²²³ Ibid. Nota 110 do autor: Cf. Ledur, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho, 1998, p. 68ss..

²²⁴ Ibid. Nota 111 do autor: Canotilho, J. J. Gomes. Constituição Dirigente e Cinculação do Legislador, 1982, p. 368.

²²⁵ BONAVIDES, 2001, p. 525: “Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.”

²²⁶ COMPARATO, p. 59.

Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social, pressupondo um Governo que seja ativo, interventor, planejador e comprometido com os programas econômico-sociais da sociedade que, por sua vez, os transforma em direitos econômicos e sociais para os indivíduos²²⁷.

O que se impõe ao poder público é a efetividade dos direitos fundamentais, o que se dá pelo reconhecimento da indissociabilidade entre os direitos de primeira e de segunda geração, haja vista a inter-relação existente entre eles e a inviabilidade da existência de um, sem a co-existência do outro. Segundo Flávia Piovesan:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade²²⁸.

No mesmo sentido, destaca-se o entendimento de Amartya Sen, no tocante à interdependência entre direitos econômicos e direitos políticos e, por conseguinte, à relevância das duas categorias de direitos:

Se e como o governo responde a necessidades e a sofrimentos pode muito bem depender do grau de pressão a que o governo é exposto, e esse grau varia com o maior ou menor exercício de direitos políticos. (...) nossa concepção de necessidades está relacionada à nossa análise da natureza das privações e também à nossa compreensão sobre o que pode ser feito no que concerne a essas privações. Direitos políticos, incluindo a liberdade de expressão e de discussão, são não apenas essenciais na indução de respostas políticas às necessidades econômicas, eles são também centrais na conceituação mesma dessas necessidades²²⁹.

Assim, no que se refere especificamente ao dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais coletivos, a evolução é notadamente significativa, pois que, por muito tempo, acreditou-se que a defesa dos direitos individuais dos cidadãos, então chamados de direitos de primeira geração ou primeira dimensão, estaria assegurada com a simples omissão do Estado (ou seja, não os violando), ou, numa concepção e estágio mais arrojado, com a previsão de

²²⁷ HENKIN apud PIOVESAN, 2006a, p. 135 et. seq.

²²⁸ Ibid., p. 136.

²²⁹ SEN apud PIOVESAN, op. cit., p. 175, nota 43.

instrumentos voltados a impedir a invasão indevida do Estado na esfera da vida privada das pessoas.

Entretanto, nos dias contemporâneos, é de se ter como impossível, a título exemplificativo, a garantia do direito de ir e vir, especialmente às pessoas pobres ou portadoras de necessidades especiais (limitações físicas, por exemplo), sem que o Estado disponibilize transporte dentro de valores acessíveis e devidamente adaptados.

Da mesma forma, hoje não estará garantido o direito à liberdade de pensamento, sem que esteja assegurado a todos os cidadãos o acesso à educação formal de qualidade, assim como também não estará assegurado aos cidadãos o direito de participar conscientemente das decisões políticas na sociedade, se não tiverem acesso a informações verdadeiras e de interesse público.

Ou seja, em dias atuais, não basta o não-fazer do Estado, indo muito além o seu dever, invadindo, de há muito, o campo da positividade, a exigência do atuar, do garantir, de implementar – isso é, efetivamente, promover.

Importa mencionar que a promoção dos direitos de segunda geração é indispensável à consecução da dignidade humana. Registre-se, pois, o alerta do *Statement to the World Conference on Human Rights on Behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*:

Com efeito, democracia, estabilidade e paz não podem conviver com condições de pobreza crônica, miséria e negligência. Além disso, essa insatisfação criará grandes e renovadas escalas de movimentos de pessoas, incluindo fluxos adicionais de refugiados e migrantes, denominados 'refugiados econômicos', com todas as suas tragédias e problemas. (...) Direitos sociais, econômicos e culturais devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade²³⁰.

3.1.2 A educação infantil é dever do Estado?

A questão de ser ou não a educação infantil um dever do Estado passa pela análise de dois pontos de origens distintas, porém de conclusões convergentes. Primeiramente, há que se analisar a condição da educação – e, sobretudo, da educação infantil – como direito fundamental. Em um segundo

²³⁰ Ibid., p. 177, nota 47.

momento, será tratada a possibilidade de se exigir do Estado a prestação universal e gratuita da educação infantil, perquirindo-se acerca de vir ou não a ser esta um direito público subjetivo.

A educação infantil é um direito fundamental, na medida em que se afigura como etapa básica para o adequado aproveitamento do ensino em suas etapas subseqüentes. Essa conclusão é desenvolvida por Maurício Antonio Ribeiro Lopes a partir da constatação de que as crianças que têm acesso à educação infantil tendem a ingressar em condições mais evoluídas no processo de alfabetização e do desenvolvimento intelectual²³¹.

Sendo assim, valendo-se da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, verifica-se que o sistema educacional está fundado na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 3º, I) e, portanto, não seria admissível que se ofertasse gratuitamente o ensino fundamental, descuidando-se de uma etapa prévia que se mostra ser pressuposto para seu melhor êxito. A ausência de oferta regular da educação infantil geraria desigualdade de condições, em desacordo com o mencionado dispositivo da LDB.

Por outro lado, a oferta da educação infantil pelo Estado vem a ser um direito público subjetivo. Contudo, há quem negue a condição de direito público subjetivo à educação infantil. Tal posicionamento é justificado sob o argumento de que o ensino infantil, apesar de sua relevância, não teria caráter obrigatório e, nos termos do art. 208, § 1º, da Constituição da República, apenas o acesso ao ensino obrigatório e gratuito constituir-se-ia em direito público subjetivo.

Assim, seguindo-se este posicionamento, apenas o ensino fundamental, por ser obrigatório, viria a ser direito público subjetivo.

Sustenta-se, no entanto, posição diversa. Defende-se que a educação infantil – compreendida como a primeira etapa da educação básica, precedente ao ensino fundamental, dirigida às crianças de zero a seis anos de idade –, assim como a educação fundamental, constitui-se em dever do Estado, cumprindo-lhe a garantia do acesso universal e gratuito.

É de se ressaltar que a Constituição da República não estabelece qualquer hierarquia ao enumerar as diversas áreas de atuação do Estado no campo da educação, limitando-se a defini-las como “deveres”. Ambos os ciclos

²³¹ LOPES, 1999, p. 73.

educacionais, conseqüentemente, devem ser ofertados, residindo a diferença entre eles na facultatividade da matrícula para o ensino infantil.

Luís Roberto Barroso demonstra que todas as hipóteses do art. 208 da Constituição da República, e não somente o ensino obrigatório, constituem-se em dever do Estado e direito público subjetivo dos cidadãos. A expressa referência do dispositivo constitucional ao ensino fundamental não afasta a igual condição das demais situações de acesso à educação. Pondera o autor que:

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria á qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando a si mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a *declaração* de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva²³².

Como registra Pedro Pereira dos Santos Peres²³³, para o estudo do acesso à educação como direito público subjetivo, é imprescindível que se faça uma análise primeira da educação em seu sentido mais amplo: aquela tratada pelo art. 205 da atual Constituição da República – “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 e sua qualificação para o trabalho”. Decorre do tratamento constitucional que a educação – em sua acepção mais ampla – vem a ser direito público subjetivo dos cidadãos.

Por outro lado, pontua sua interpretação sob a ótica do dever: a educação é dever do Estado. Aqui, também, a norma do art. 205 não faz referência a exceções ou restrições ao dever do Estado com a educação. Entretanto, a norma do art. 208 estipula e esclarece quais são os deveres do Estado com a educação, restringindo, de certa forma, sua responsabilidade²³⁴.

²³² BARROSO, 2003, p. 115.

²³³ Publicação na Editora Saraiva, em 19.08.2004 – Saraivadata.

²³⁴ Preceituam os incisos I a VII do artigo 208 da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade

Nesse ponto, é preciso fazer menção à observação do Professor José Cretella Júnior, para que "(...) não se confunda o direito à educação com o direito subjetivo público à educação (...)"²³⁵. Pela análise das normas dos arts. 205 e 208 da Constituição Federal, percebe-se que o direito de todos à educação é mais amplo que o dever do Estado em fornecer educação.

Todos têm direito à educação, em seu sentido amplo, conforme exposto, mas o dever do Estado, em matéria de educação, é parcial e diz respeito às hipóteses trazidas pelo art. 208 da Constituição da República²³⁶. Aquilo que não é contemplado no art. 208 não deixa de ser direito, mas também não é dever do Estado oferecê-lo diretamente, cumprindo a ele apenas propiciar a respectiva oferta pelos mais diversos segmentos sociais, sobretudo, porque a educação não é somente a escolarizada, dando-se também fora do estabelecimento de ensino.

Sendo a educação direito de todos, e estando delimitado o dever do Estado com essa educação, está-se diante de um direito público subjetivo, em que o Estado tem o dever de prestar educação nos termos da norma do art. 208 a todos que atenderem aos pressupostos dessa mesma norma. Dentre as hipóteses do art. 208, importa para o presente estudo, o respectivo inciso IV, que prescreve que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”²³⁷.

Tem-se, portanto, que o direito público subjetivo não diz respeito à educação em sentido amplo, mas apenas àquela delimitada pelo art. 208, na qual se insere a educação infantil. Assim, o acesso à creche e à pré-escola é direito público subjetivo, regendo-se pelas disposições tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90, quanto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n. 9.394/96.

própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

²³⁵ Nota do autor: “Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. vol. 8. pág. 4417”.

²³⁶ Ao comentar o art. 208 da Constituição da República, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que "(...) Na verdade, o dever do Estado quanto à educação acaba por ser reduzido a seus deveres quanto ao ensino e ao apoio material do estudante" (1990-1995, p. 73).

²³⁷ Além disso, determina o artigo 54, inciso IV, da Lei 8.069/90 que “é dever do Estado assegurar à criança atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos”.

Esse direito público subjetivo expressa o dever constitucional do Estado em promover as circunstâncias necessárias para que o indivíduo possa buscar oportunidades em igualdade de condições com os demais.

Como lembra Maria Cristina de Brito Lima:

[...] como a Constituição representa uma ordem sistematizada de valores de determinada sociedade, apoiados em princípios fundamentais e objetivos que o regem, tem-se que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro é a dignidade da pessoa humana, constituindo, ainda, seus objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Portanto, os princípios fundamentais do Estado Brasileiro irradiam-se por toda a Constituição e, em especial, no direito à educação básica, que ganhou cunho de direito público subjetivo, portanto, com acento [sic] diferenciado dos demais direitos, já que voltado para o alcance dos princípios fundamentais²³⁸.

Em voto proferido em recurso especial, o Ministro Luiz Fux lavra que, consagrado por um lado, o dever do Estado revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança, posto que, prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, já que a vontade política e constitucional foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche, segundo o Ministro, é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado: “se é dever do Estado é direito subjetivo da criança”²³⁹. É a transcrição parcial de seu voto:

Assim, se é direito do menor a frequência em creche, o Estado, num sentido *lato* deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade político e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

²³⁸ LIMA, 2003, p. 31.

²³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – T1 – PRIMEIRA TURMA – RECURSO ESPECIAL Nº 435.893 - SP (2002/0062310-8) – DATA DO JULGAMENTO: 14/10/2003 – DATA DA PUBLICAÇÃO: DJ 01/03/2004, P. 00124.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

[...]

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana²⁴⁰.

Em harmonia interpretativa, ainda, registra o Ministro Carlos Velloso, quanto à obrigatoriedade constitucional da oferta do ensino infantil, que a partir da Emenda Constitucional nº 14/96 ficou assentado no § 2º, do art. 211, da CF que “os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. Então, assevera o Ministro, “se a CF impôs ao Município prover com prioridade o ensino fundamental e a educação infantil é porque lhe ordenou o dever de observar com primazia essas áreas educacionais”²⁴¹.

Desse modo, diante do sistema de direitos e garantias preconizado pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes é de se concluir no sentido de que, mesmo sem o caráter obrigatório para os pais ou responsáveis, a creche e a pré-escola correspondem a deveres do Estado.

3.2 IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

3.2.1 Aspectos conceituais de políticas públicas

Ao tratar do uso da palavra “política”, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen estabelece a relação do termo com a idéia de complexo de objetivos, previamente definidos, relacionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para atingi-los. Associa a expressão “políticas públicas” à noção de

²⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – T1 – PRIMEIRA TURMA – RECURSO ESPECIAL Nº 435.893 - SP (2002/0062310-8) – DATA DO JULGAMENTO: 14/10/2003 – DATA DA PUBLICAÇÃO: DJ 01/03/2004, P. 00124.

²⁴¹ Recurso Extraordinário n.º 402.024/SP. No mesmo sentido: Recurso Extraordinário n.º 352686 – Origem: São Paulo – Relator: Min. CARLOS VELLOSO – DJ 08/11/2004, p. 00053 – Julgamento: 19/10/2004.

estratégia de agrupamentos humanos para a consecução de determinadas finalidades, voltadas, especificamente, para a concretização da ordem social. Seu conceito, segundo a autora, extrapola o campo jurídico²⁴².

Ao adentrar na definição propriamente dita de políticas públicas, Maria Garcia as conceitua como diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público²⁴³.

A abordagem de Eros Roberto Grau associa a idéia de políticas públicas ao próprio fundamento do Estado Social. Para o autor, a legitimidade do Estado Social está ligada à realização de políticas públicas que se caracterizam por todas as formas de intervenção do Estado – seja como provedor, gerenciador ou fiscalizador²⁴⁴.

Partindo das premissas estabelecidas pelos autores mencionados, tem-se que o processo de elaboração e formulação, bem como aquele de efetividade – por meio da execução dessas políticas, observa um critério que se desenvolve em um certo período de tempo, compreendido num conjunto de decisões que se relacionam com uma variedade de circunstâncias como pessoas, grupos, organizações. Vale dizer, a eleição de necessidades, obedecerá aos costumes e valores de uma dada época, povo, sua cultura, sua história, enfim, aquilo que é fundamental, essencial, em um determinado momento histórico.

Fala-se, portanto, de políticas públicas como instrumentos garantidores e promovedores dos direitos fundamentais, constitucionalmente amparados. Políticas públicas são ações estatais voltadas para a concretização da ordem social, que visam à realização dos objetivos da República, a partir da existência de leis decorrentes dos ditames constitucionais.

Tratando da efetividade das políticas públicas, Paulo Roberto Barbosa Ramos lembra que o espaço adequado para que todos esses direitos sejam garantidos é, justamente, aquele traçado pela Constituição de 1988, quando se refere aos seus objetivos fundamentais, que poderiam ser resumidos em dois valores norteadores: desenvolvimento e democracia²⁴⁵.

Nesse raciocínio, aponta o desenvolvimento nacional como condição sem a qual nem mesmo os direitos de primeira dimensão, considerados

²⁴² FRISCHEISEN, 2000, p. 76.

²⁴³ GARCIA, 1996, p. 64 et. seq.

²⁴⁴ GRAU, 1998.

²⁴⁵ RAMOS, 2001.

tradicionalmente direitos que independem de atuação positiva do Estado, serão usufruídos: o desenvolvimento como pressuposto da própria liberdade. E explica ainda o autor: sem que a sociedade produza riquezas suficientes e faça essa distribuição de forma justa entre os cidadãos que a compõem, dentro dos parâmetros traçados pela própria Constituição, que não somente reconhece o primado do trabalho, como também a livre iniciativa, não será possível garantir aos brasileiros nem mesmo aqueles direitos primeiramente conquistados pelos homens no final do século XVIII²⁴⁶.

3.2.2 A participação popular

A efetividade das políticas públicas encontra-se vinculada a uma crescente participação do povo na gestão da coisa pública. Tanto isso é verdade que uma das características retiradas do princípio da eficiência concerne à participação e aproximação dos serviços públicos às exigências da população, coroando, por consequência, a soberania popular.

No âmbito do direito à educação é imperioso o enfoque não só à garantia do direito à matrícula como, especialmente, a permanência, regresso/reingresso e sucesso do educando nas atividades escolares, gestionando, para tanto, a participação popular – descentralizando e dividindo responsabilidades com a comunidade local.

A divisão de responsabilidades aponta no cenário nacional, justamente no momento em que o excesso de atribuições que acometem a atividade dos órgãos fiscalizadores e gestores não pode significar um caminho para a ineficiência. Entretanto, trata-se de necessária transição da concentração para a preparação da politização da sociedade, para que assuma seu papel de atividade de comando, como co-transformadora da realidade social, deixando para trás aquele de coadjuvante, sendo mero instrumento de denúncia.

É relevante, no que diz respeito a esta questão, a observação de Gisele Cittadino²⁴⁷, ao indicar a atribuição de prioridade à participação popular como

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ CITTADINO, 2004, p. 231 et. seq.

um dos mecanismos de superação da *cidadania de baixa intensidade* para enfrentamento das marcantes divisões sociais da sociedade brasileira na busca da efetividade das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais:

De qualquer forma, do ponto de vista jurídico, parece não haver outra forma de enfrentar as marcantes divisões sociais da sociedade brasileira, buscando superar a *cidadania de baixa intensidade*, senão conferindo prioridade aos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. Estão corretos, portanto, os constitucionalistas “comunitários” ao conferir prioridade aos temas da igualdade e da dignidade humanas. A participação cidadã pode certamente buscar, através dos vários institutos previstos no texto constitucional, a efetivação das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, o sistema de direitos assegurados pela Constituição Federal apenas terá efetividade mediante a força da vontade concorrente dos nossos cidadãos em processos políticos deliberativos. Esta cidadania juridicamente participativa, entretanto, dependerá, necessariamente, da atuação do Poder Judiciário – especialmente da jurisdição constitucional – mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre ele, se fizer.

Na avaliação da autora²⁴⁸, a “força do direito” pode estar intrinsecamente associada a um processo de reconstrução da política, a exemplo do Brasil na segunda metade dos anos 80: após duas décadas de domínio militar autoritário, a reconstrução do processo político democrático também significava a reconstrução do próprio Estado Democrático de Direito, revelando a Constituição Federal de 1988 – que foi o resultado de um processo de participação das mais variadas forças, como o direito pode significar uma valorização do espaço público da política. Um direito que se apóia na força da idéia da autonomia e não na força das normas e das disciplinas.

Boaventura de Sousa Santos²⁴⁹ afirma que a democracia representativa é uma positividade e como tal deve ser apropriada pelo campo social da emancipação. Propõe a renovação da teoria democrática, mediante a articulação entre a democracia representativa e democracia participativa:

A renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao acto de votar. Implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa. Para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo político seja radicalmente redefinido e ampliado. A teoria política liberal transformou o político numa dimensão sectorial e especializada da prática social – o espaço da

²⁴⁸ Ibid., p. 233 et. seq.

²⁴⁹ SANTOS, 2001, p. 270 et. seq.

cidadania – e confinou-o ao Estado. Do mesmo passo, todas as outras dimensões da prática social foram despolitizadas e, com isso, mantidas imunes ao exercício da cidadania. O autoritarismo e mesmo o despotismo das relações sociais “não-políticas” (econômicas, sociais, familiares, profissionais, culturais, religiosas) pôde assim conviver sem contradição com a democratização das relações sociais “políticas” e sem qualquer perda de legitimação para estas últimas.

Na percepção de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen²⁵⁰, é o próprio sentido de cidadania que está sendo redesenhado, o que se observa, especialmente, com a participação da sociedade civil no acompanhamento e elaboração de políticas públicas – parceria valorosa que se estabelece com o poder público para a consecução dos objetivos da República.

3.3 PRIORIZAÇÃO DOS DIREITOS FACE À ESCASSEZ DE RECURSOS. VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE?

3.3.1 Discricionariedade administrativa

A conveniência e oportunidade conduzem à produção dos atos discricionários – notoriamente caracterizados pela *fluidéz*. Tratam de conceitos vagos e/ou indeterminados que, na ótica de Teresa Arruda Alvim Wambier²⁵¹, comportam mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis.

Esses conceitos – a exemplo da moralidade pública, reputação ilibada, conveniência e oportunidade, dentre outros – desempenham três funções: i) permitir que se inclua, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter previsto; ii) permitir que a norma perdure por mais tempo, pois conceito vago e indeterminado reflete-se mais ‘adaptável’; iii) permite que a mesma norma seja aplicada, de forma mais ‘justa’, em contingência temporal idêntica, porém em lugares distintos. Em suma, pretende-se a flexibilização da norma.

Para Hely Lopes Meirelles:

²⁵⁰ FRISCHEISEN, 2000, p. 59.

²⁵¹ WAMBIER, 1998, p. 439.

A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

Ao esclarecer o conceito de discricionariedade, Seabra Fagundes o faz por meio da comparação com a competência vinculada:

A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercício, e não na liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, finalidade, e forma), no praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (p. ex.: advertir apenas, ou proibir) ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência, à finalidade, e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.²⁵²

Nesta conceituação, é seqüenciado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou opção.²⁵³

Partindo desses conceitos, pode-se afirmar que, longe de ser a atividade discricionária um ato de liberdade do administrador, reversamente, encontra-se ela em nosso sistema duplamente condicionada, quer pelo ordenamento jurídico, quer pelas exigências do bem-comum (interesse público, social ou coletivo).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a atividade administrativa é essencialmente sublegal e, necessariamente, uma relação de subsunção. Assim, posto isto, já se vê que o “poder” discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto; tão-somente, poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Um comportamento

²⁵² RDA 14/52.

²⁵³ BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 306.

administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente *arbítrio*, isto é, abuso intolerável, visto discricionariedade e arbitrariedade serem noções radicalmente distintas. Ademais, a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias, sempre. A busca dessas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que “poder”), caracterizando uma função no sentido jurídico.

Assim, em Direito, *função* vem imbuída de uma noção de situação jurídica caracterizada por um prévio comando normativo, que determina uma *finalidade a cumprir* e que, por conseguinte, deve ser obrigatoriamente atendida, consumada por alguém, entretanto, no interesse de outrem – aqui, a coletividade. Aquele sujeito – o obrigado – para desincumbir-se de tal tarefa, de tal missão, de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio, que está a seu cargo promover. Daí a natureza clara e distinta entre função e faculdade. Na função, o sujeito exercita um poder, todavia o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o, sim, pois a lei assim lhe determina, visto que é um dever fazê-lo.²⁵⁴ Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da idéia de poder, mas em torno da idéia de dever*.

Desse modo, como enfatiza o autor, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que na Ciência do Direito Administrativo, erradamente, e até de modo paradoxal, existe um esforço e resistência indizíveis no sentido de articular-se os institutos do direito administrativo – inobstante ramo do direito público – em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida.

É em razão dessa finalidade que alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de ‘*doverosità*’, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio de atingir esta finalidade, para obter o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém um certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, *como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*, o qual comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a

²⁵⁴ Nota do autor: “Para o conceito de função vide Guido Falzone, *Il Dovero di Buona Amministrazione*, A. Giuffrè Editore, 1953, Parte I, Cap. I” (Id., 1996, p. 14).

finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.

Assinala, ainda, o autor que, tomando-se consciência desse fato, ou seja, deste *caráter funcional da atividade administrativa* (por isso se diz ‘função administrativa’), percebe-se que o ‘poder discricionário’ reduz-se, simplesmente, no *dever de alcançar a finalidade legal*, por força da submissão administrativa à lei. Somente a partir dessas premissas é que se poderá dimensionar e entender que o que há, em realidade, é um dever discricionário.²⁵⁵ Uma vez devidamente entendido que os poderes são meros veículos instrumentais que possibilitam aos sujeitos darem atendimento aos deveres, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que se tem ainda contemporaneamente, que busca enfatizar a noção de “poder”.

De conseqüência, inevitável é o raciocínio de que o agente público – quando a lei lhe outorga aquilo que se denomina *discricionariedade* – dispõe da faculdade, de um poder de fazer escolhas livres, na suposição de que dentre as alternativas comportadas pela norma em *abstracto*, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso concreto. Logo, urgente é a necessidade de se adequar esta noção ao próprio direito positivo, refazendo-a.²⁵⁶

Seguindo-se este raciocínio, é oportuno trazer à baila outro contexto abordado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que estabelece questão pontual na interpretação do significado de discricionariedade. Registra, assim, que, embora seja comum falar-se e ouvir falar-se em “ato discricionário”, em verdade, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”. E conclui mais, que o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, sendo o ato apenas o “produto” do exercício dela. Desse modo, a discricionária não está no ato, não sendo, portanto, uma qualidade dele.

Tal concepção ganha relevância para que, entendido o conceito de discricionariedade como exclusivamente atribuível a aspectos do ato, possa-se afirmar que todo ato emanado da Administração é vinculado, dado que a

²⁵⁵ Nota do autor: “Para Guiseppe Fazzio, ‘a emanação de um ato discricionário comporta o exercício de um dever tendo por conteúdo um poder’ (Sindicabilità e Motivazione degli Atti Amministrativi Discrezionale, A. Giuffrè Editore, 1971, pág. 16” (Ibid., p. 15).

²⁵⁶ Ibid., p. 12 et. seq.

Administração só pode cumprir a lei, e que esta é sua razão de ser, posto que toda situação de fato – que será convertida em comportamento do administrador público – foi pré-traçado pela regra de Direito, prescrevendo-se, ainda, o dever de adotar perante ela um comportamento já estabelecido de antemão.

Assim é que, afastada a idéia de “poder”, bem como a idéia de “ato” discricionário, entendendo-se, com melhor propriedade, o dever do administrador público em cumprir estritamente a lei, por meios, aspectos (como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello) ou circunstâncias discricionárias (ora outorgando-lhe competência para ajuizar sobre o momento mais adequado para fazê-lo, ora permitindo-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autorizando-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre, pelo menos, duas alternativas abertas pela norma aplicanda), mais próximo estar-se-á da adequação do instituto da discricionariedade ao próprio direito positivo.

A vinculação do administrador aos princípios inseridos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal mitiga seu poder discricionário, sobretudo, quando se enfatiza a eficiência (EC 19/98) e a moralidade do gestor. Estas não se constituem apenas em posturas excludentes do poder discricionário do administrador público, mas são também elementos essenciais à mitigação da orla de incerteza compreendida nos conceitos de conveniência e oportunidade que permitirão, por conseqüência, o controle jurisdicional do mérito do ato administrativo.

Se a discricionariedade prima pela solução mais vantajosa aos administrados (maior rentabilidade social), é porque se mostra, umbilicalmente, relacionada ao princípio da eficiência. O gestor da coisa pública só alcançará maior benefício à coletividade se e quando labutar com eficiência.

Sobre o princípio da eficiência, aventa Alexandre de Moraes²⁵⁷:

[...] o administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produza o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade. Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à administração direta ou indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo

²⁵⁷ MORAES, 2001, p. 305 et. seq.

contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a [sic] adoção de todos os meios legais e morais para a satisfação do bem comum.

Ainda sobre o princípio da eficiência, Alexandre de Moraes enfatiza a satisfação do bem-comum como corolário da atividade-fim maior do Estado – a prestação dos serviços sociais essenciais à população e menciona:

[...] a Mensagem Presidencial n.º 886/95, convertida em Proposta de Emenda Constitucional n.º 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional n.º 19, trazia em sua Exposição de Motivos suas pretensões, dentre elas, ‘incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão constituinte’ e ‘enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua separação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos²⁵⁸.

Tudo isso leva à conclusão de que, sendo a *maior rentabilidade social* uma exigência do princípio da eficiência na prática dos atos administrativos, tem-se, por conseqüentemente, uma redução da discricionariedade do administrador, que, por sua vez, reduz também a zona de incerteza que macula os conceitos de conveniência e oportunidade da administração.

3.3.2 A reserva do possível

É certo que o processo de concretização dos direitos de segunda dimensão consubstancia-se em implementação sempre onerosa. Esta vertente da realização, contudo, não o legitima a desrespeitar a Constituição, mediante uma ação estatal desviada ou inércia governamental.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à concretude dos preceitos constitucionais, ignorando seu dever de cumprimento que a própria Constituição lhe impôs, violará, negativamente, o texto constitucional. Essa omissão do Estado é qualificada pelo Supremo Tribunal Federal como

²⁵⁸ Ibid., p. 305 et. seq.

comportamento revestido da maior gravidade político-administrativa, 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 Fundamental²⁵⁹.

A escassez de recursos, invocada para a não-efetivação plena das políticas estatais, é de primordial relevância no debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais,

quando, por meio de uma ação judicial, pede-se que o Poder Judiciário obrigue o poder público a efetivar um direito social previsto constitucionalmente. Tal debate ocorre porque a efetivação dos direitos sociais depende, em regra, da realização de políticas públicas por parte do Estado, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal, e a violação pela omissão do poder público²⁶⁰.

A escassez de recursos suscita a discussão acerca dos custos dos direitos e da cláusula da “reserva do possível”²⁶¹.

De fato, as políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais implicam em gastos de recursos públicos, notoriamente insuficientes para todas as demandas. Assim, uma decisão judicial para a tutela de determinado direito social no caso concreto obriga o Estado a realizar gastos e, sendo os recursos públicos disponíveis menores do que o necessário para oferecer aos cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor de recursos necessários para atender à decisão judicial, sem prejudicar a tutela de um outro direito que o poder público entendeu mais importante. De modo que as decisões judiciais podem ter impacto nas finanças do Estado e influenciar na escolha das prioridades para a aplicação dos recursos públicos escassos.

²⁵⁹ RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno. In ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 45. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJ N.º 84, DE 04/05/2004, P. 12. DATA DO JULGAMENTO: 29/04/2004.

²⁶⁰ SILVA, V. apud WANG, 2007.

²⁶¹ Este conceito surge de uma decisão paradigmática da Corte Constitucional Alemã [BVerfGE33 (333)] em que havia a pretensão de um cidadão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, fundamentando na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. Nesta decisão, afirma a Corte que a “prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável... Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”. Cf. SARLET, 2001, p. 265.

Daí questionar-se sobre a possibilidade de se buscar a tutela judicial dos direitos sociais, assunto que abrange a legitimidade democrática do Poder Judiciário em estabelecer prioridades, a competência constitucional para tanto e a formação técnica para a realização dessa tarefa²⁶². Aponta-se, como corolário desse arrazoado, a dependência da capacidade econômica do Estado, ou seja, existência de previsão financeira e orçamentária, como limite fático às decisões judiciais, circunstância a que denominam pelo termo “reserva do possível”.

A questão financeiro-orçamentária tem sido considerada pelo Supremo Tribunal Federal²⁶³. As advertências têm se construído no sentido de que o Poder Público não pode, sob o argumento da incapacidade econômico-financeira e, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculos artificiais à implementação de direitos constitucionais:

[...] 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. 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 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.

[...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da *reserva do possível*, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.[...]

²⁶² WANG, 2007.

²⁶³ ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 45. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJ N.º 84, DE 04/05/2004, P. 12. DATA DO JULGAMENTO: 29/04/2004.

Conforme lembra Andreas Joachim Krell²⁶⁴, a teoria da “reserva do possível” representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), a qual entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo da discricionariedade das decisões governamentais e dos parlamentos, por meio da composição dos orçamentos públicos e classifica como questionável a transferência de teorias jurídicas que foram desenvolvidas em países com base em realidades sócio-econômicas completamente diversas:

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia. [...]

Pensando bem, o condicionamento da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da redistribuição (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.²⁶⁵

Para Robert Alexy²⁶⁶, a questão da “reserva do possível” não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar este direito; ou seja, os direitos sociais, assim como todos

²⁶⁴ KRELL, 2002, p. 52.

²⁶⁵ Nota 128 do autor: STRECK, Lênio L. “E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo... – uma crítica à ineficácia do Direito”, in Sarlet, Ingo W. (org.). O Direito Público em Tempos de Crise, 1999, p. 176.

²⁶⁶ ALEXY, 2001, p. 498.

os outros direitos fundamentais devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

Como registra Ingo Wolfgang Sarlet²⁶⁷, ao tratar da discussão em torno do caráter absoluto da dignidade e da possibilidade de sua eventual relativização, impõe-se, pois, “[...] o estabelecimento de uma concordância prática²⁶⁸ (ou harmonização), que necessariamente implica a hierarquização (como sustenta Juarez de Freitas) ou a ponderação (conforme prefere Alexy), dos bens em rota conflitiva”.

3.3.3 O respeito ao mínimo existencial

A contraface da reserva do possível pode ser definida pela necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana.

Andreas Joachim Krell²⁶⁹, ao tratar do “padrão mínimo social” para uma existência digna, relaciona os defensores de uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais Sociais que alegam a sua qualidade como direitos subjetivos perante o Poder Público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social, os quais devem ser realizados de maneira progressiva. Assim, na contextualização de Alexy, os direitos sociais representam “mandados de otimização”, que devem ser “densificados”; seu cumprimento pode ser negado

²⁶⁷ SARLET, 2004, p. 125.

²⁶⁸ Ibid. Nota 233 do autor: A expressão *concordância prática* vai aqui utilizada no sentido cunhado por K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 28 (existe tradução para a língua portuguesa, publicada pela Editora Sergio Antonio Fabris, de Porto Alegre, sob o título *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradutor Prof. Luís Afonso Heck), sustentando que bens jurídico-constitucionais devem, quando da solução do caso concreto, ser aplicados de tal sorte a terem cada um sua efetividade assegurada, de modo que, na hipótese de colisões, um não deve ser realizado às custas do outro, impondo-se, à luz do postulado da unidade da Constituição, a otimização dos bens conflitantes, de modo a assegurar-lhes o máximo em eficácia e efetividade.

²⁶⁹ KRELL, 2002, p. 59.

temporariamente pelo Estado, desde que comprove uma impossibilidade material evidente.²⁷⁰

Anota, ainda, o autor, invocando a Teoria do Estado Social, que o Poder Público tem o dever de transpor as liberdades da constituição para a *realidade constitucional*. Lembra que, na vida moderna, regida pela tecnologia e pela indústria, a prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais (escolas, hospitais, eventos culturais, comunicações, fornecimento de energia elétrica, água, transportes), tendo a Corte Constitucional Alemã extraído o direito a um “mínimo de existência” ou “mínimo vital”, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física, mediante uma interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social:

De qualquer modo, o referido ‘padrão mínimo social’ para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse *mínimo*, no entanto, variará de país para país.²⁷¹

Tratando do princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁷² observa que tal princípio é fundamento do próprio Estado brasileiro e que a existência de uma sociedade democrática implica, necessariamente, no acatamento daquele conjugado com o princípio da cidadania. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula e obriga todas as ações e políticas públicas:

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana comparece no art. 1.º, III, da Constituição da República de 1988, de maneira inédita, uma vez que nos textos constitucionais que a antecederam não havia menção àquele princípio.

Ali, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de

²⁷⁰ Ibid. Nota 134 do autor: BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Eficácia de suas Normas, 1996, p. 111; SARLET, Ingo W.. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 1998, p. 273, 279, com referência a MELLO, Celso A. Bandeira de. “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”, *in*: Rev. de Direito Público, n.º 57-58, 1981, p. 245ss..

²⁷¹ Ibid., p. 63.

²⁷² ROCHA, 1999, p. 23 et. seq.

dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Este princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.

De se observar que aquele princípio é conjugado com o da cidadania, o que evita que o individualismo seja tomado de maneira exacerbada, conduzindo a uma condição social na qual se infirmem os interesses e bens de toda a coletividade.

Situando a questão nos países periféricos, onde a situação sócio-econômica acarreta amplas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para grande parte da população, especialmente naqueles que se encontram na periferia do capitalismo, como o Brasil, Fernando Facury Scaff²⁷³ leciona que a aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar essa parcela da população excluída dos patamares mínimos de condição para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen), ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade *real* a fim de poder gozar da liberdade *jurídica* (Robert Alexy).

Ricardo Lôbo Torres, reconhecendo que os direitos fundamentais e o mínimo existencial têm uma extensão diferenciada nos países em desenvolvimento em relação às nações ricas, em razão da necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis, requerendo, portanto, uma interpretação extensiva, enfatiza que a retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, mas os fortalece na sua dimensão essencial como expressão de uma “cidadania reivindicatória”.²⁷⁴

No contexto dos bens constitucionalmente assegurados, Ingo Wolfgang Sarlet²⁷⁵ menciona a indispensável ponderação de valores com vistas a assegurar a concordância prática na hipótese de conflito entre direitos:

Considerando, ainda, a perspectiva da dignidade como limite – mas agora num outro sentido – cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições

²⁷³ SCAFF, 2005, p. 213 et. seq.

²⁷⁴ TORRES, 2001, p. 263 passim.

²⁷⁵ SARLET, 2004, p. 115 et. seq.

a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental. Tal constatação assume ainda maior relevância, em não se olvidando a já suficientemente destacada primazia desfrutada pela dignidade da pessoa no âmbito da arquitetura constitucional, sem que, com isto, estejamos – convém frisá-lo para evitar mal-entendidos – a sustentar a existência de uma hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, a ponto de justificar uma inviável (e praticamente não mais defendida) inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

Daí a consideração de Ana Paula de Barcellos²⁷⁶, ao estabelecer que, em que pese a limitação de recursos, não se pode descurar do fato de que o fim do Estado é a realização dos objetivos fundamentais da República, o qual se resume na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está justamente em assegurar as condições de sua própria dignidade:

[...] 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.

Aliás, o estabelecimento de prioridades é outro ponto de fundamental relevância no contexto dos direitos sociais e o custo de sua realização. Consoante conclui Ana Paula de Barcellos²⁷⁷, a limitação de recursos existe – ainda que esse limite não esteja tão próximo como muitas vezes se quer fazer acreditar. O Estado de direito constitucional significa que a ação do Poder Público está subordinada, ou seja, juridicamente vinculada, aos termos da Constituição Federal. A gestão dos recursos financeiros, nela incluídas as ações de obtenção e dispêndio, igualmente, implicam obediência às normas jurídicas pertinentes. Assim como apuração dos recursos, com maior razão, também o conteúdo das despesas haverá

²⁷⁶ BARCELLOS, 2002, p. 245 et. seq.

²⁷⁷ Ibid., p. 240 et. seq.

de estar vinculado juridicamente às prioridades eleitas pelo constituinte originário: “A Constituição, como já demonstrado, estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais, dentre os quais sobleva a promoção e preservação da dignidade da pessoa humana e aos quais estão obrigadas as autoridades públicas”.

O tema, também apreciado por Germán J. Bidart Campos²⁷⁸, demonstra que supor que a Constituição, no que diz respeito aos gastos públicos, limitar-se-ia à formalidade de sua previsão orçamentária, seria ignorar a natureza normativa da Carta e os fins materiais por ela estabelecidos:

(...) la actividade financeira pública es así una actividad constitucionalmente juridicizada de naturaleza instrumental, pero no sólo en sentido formal (en cuanto la constitución determina las competencias de los órganos habilitados para ejercerla) sino sobre todo en sentido material (en cuanto se ancla en la constitución para fines determinados, de acuerdo a principios y valores). (...) Por eso, cuando se alude al circuito presupuestario como proceso cuyo resultado consiste en invertir la renta pública del modo como lo tiene previsto la ley presupuestaria, hay que tener sumo cuidado para no caer en la falsa idea de que la distribución y la ejecución presupuestarias se satisfacen por el solo hecho de que se ajusten formalmente a la ley respectiva. Hay que remontar más alto, porque tal ajuste se há de dar por cumplido únicamente cuando la ley de presupuesto ha ponderado debidamente en el plan de las políticas públicas las pautas axiológicas de la constitución según las reales necesidades sociales del año.

Conforme assinala Ana Paula de Barcellos²⁷⁹, a vinculação ao conjunto de compromissos internacionais – em especial o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e o Pacto de São José da Costa Rica – também influencia o estabelecimento dessas prioridades:

Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e também o Pacto de São José da Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o *máximo dos recursos disponíveis* na promoção dos direitos previstos em seus textos.

Note-se que aplicar prioritariamente os recursos no atendimento dos fins constitucionais ou o investimento do *máximo dos recursos disponíveis* não significa aquilo que os Estados arbitrariamente entenderem deva ser aplicado para esse fim, ou aquilo que sobejar (se sobejar).

Dessa forma, se os recursos financeiros disponíveis são limitados, a conclusão necessariamente implica na idéia da priorização dos recursos em face

²⁷⁸ BIDART CAMPOS apud BARCELLOS, 2002, p. 241 et. seq.

²⁷⁹ Ibid., p. 242 et. seq.

dos fins considerados essenciais pela Constituição e, ainda, em razão dos compromissos internacionais assumidos formalmente pela República Federativa.

Da avaliação que se extrai de todos esses elementos, constata-se a fundamentalidade dos direitos sociais e a situação fática da limitação dos recursos financeiros disponíveis no âmbito do Estado para a promoção daqueles. Reconhece-se, então, a eficácia positiva às faixas que compõem o núcleo dos direitos sociais, especialmente àquelas que dizem respeito às condições materiais de existência²⁸⁰.

Verifica-se, portanto, como ensina Fernando Facury Scaff²⁸¹, que a teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, já que estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3.º, dentre outras normas-objetivo.

É essa combinação de princípios que legitima o Poder Judiciário, dentro da teoria da separação dos poderes, a realizar o controle do poder em benefício da sociedade, sempre que esse *mínimo existencial* – formado pelas condições materiais básicas para a existência²⁸² e representando um conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade²⁸³ – não for realizado. Assim, compete ao Poder Judiciário tutelar o *mínimo existencial*, sem o qual a própria dignidade resta comprometida.

É de se concluir, pois, ser inoponível o arbítrio estatal à efetivação dos direitos constitucionais de segunda dimensão – direitos sociais, econômicos e culturais. O comando recebido pelo executivo é no sentido da concretização dos direitos que representam os fundamentos da República; qualquer opção a respeito de direitos fundamentais que não a sua implementação os converterá em promessa constitucional inconstitucionalmente,

²⁸⁰ Ibid., p. 248.

²⁸¹ SCAFF, 2005, p. 213 et. seq.

²⁸² “Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”. (BARCELLOS, op. cit., p. 258)

²⁸³ “O Professor Ricardo Lobo Torres é um dos poucos a cuidar do tema entre nós. Em sua visão, o mínimo existencial representa um conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade, que ele assim especifica: ‘Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.’” (Ibid., p. 255)

[...] sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado²⁸⁴.

Não se está, por conseguinte, na seara da discricionariedade.

3.3.4 A proibição do retrocesso social

Analisadas as premissas acima que, devidamente combinadas, vinculam a atuação do administrador público em face, especialmente, dos direitos sociais, cumpre, ainda, acrescentar mais um componente orientador do agir do Poder Público e limitador do espectro discricionário do agente público. Introduce-se assim o ambiente da segurança jurídica, fator de estabilidade do ordenamento jurídico e, enquanto tal, mantenedor das conquistas relativas aos direitos fundamentais.

Há diversos desdobramentos da segurança jurídica. A visão tradicional elenca os institutos protetivos dos direitos frente às reformas legislativas, sendo de disciplina constitucional a irretroatividade das leis de forma a atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O tratamento mais moderno da questão é mais próximo dos direitos fundamentais consubstancia-se no princípio da proibição do retrocesso social, conceituado na lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha como a impossibilidade das conquistas relativas aos direitos fundamentais serem destruídas, anuladas ou combatidas²⁸⁵. Coíbe-se, então, medidas que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas já implementadas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais.

É certo que, apesar da dinâmica que caracteriza o Direito, as pessoas anseiam por certa estabilidade das relações jurídicas que, ademais, constitui um valor fundamental de qualquer Estado que pretenda as consagrações

²⁸⁴ RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO. In ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 45. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJ N.º 84, DE 04/05/2004, P. 12. DATA DO JULGAMENTO: 29/04/2004.

²⁸⁵ ROCHA, 1999, p. 41.

de um Estado de Direito. Assim, como historia Ingo Wolfgang Sarlet²⁸⁶, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na Constituição Federal de 1988, na qual o direito geral à segurança e algumas de suas manifestações específicas foram expressamente previstas no art. 5.º, assim como em outros dispositivos de nossa Lei Fundamental.

A abordagem do direito à segurança jurídica deve pontuar-se para além de um conceito constitucional de direito adquirido. Não se limita à compreensão de seu significado e conteúdo, mas implica todas as suas dimensões, especialmente as questões relativas à sua eficácia e efetividade, o que vem a ser objeto do princípio da vedação do retrocesso social.

Diversos pactos internacionais e constituições tiveram como objeto o direito à segurança em algumas de suas dimensões mais concretas. Assim, tanto a Constituição da República Portuguesa (1976 – art. 27/1), quanto a Constituição Espanhola (1978 – art. 17.1), asseguram o direito à liberdade pessoal e à segurança. Ambas as Constituições voltam a referir-se à segurança no âmbito das disposições que versam sobre a ordem social. No caso da Constituição Portuguesa, é assegurado o direito à segurança no emprego (art. 53) e o direito à segurança social (art. 63/1). O constituinte espanhol foi mais longe ao referir-se expressamente à segurança jurídica no mesmo dispositivo que assegura a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais (art. 9.3).

A proteção dos direitos humanos fundamentais e o direito à segurança jurídica são destaques, na ordem internacional, para a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (art. 3.º), para o Pacto Internacional da ONU de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (art. 9.º) e para a Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 7.º, n. 1). Entretanto, a segurança jurídica encontra-se contemplada apenas no âmbito de algumas garantias contra a irretroatividade de determinados atos estatais, notadamente em matéria penal.

Certo é, contudo, que a ausência de menção expressa ao direito a uma segurança jurídica não abala o entendimento constitucional contemporâneo de

²⁸⁶ SARLET, 2006, p. 6.

que um autêntico Estado de Direito é, também, necessariamente, um Estado da segurança jurídica, constituindo-se esta em pressuposto daquele, podendo ser entendida como um subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, notadamente, do Estado Democrático de Direito, posto que a segurança jurídica faz parte da própria essência do Direito.²⁸⁷

Na ordem jurídica interna, a Constituição Federal de 1988 principiou inserindo a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo e, na seqüência, incluindo-a no elenco dos direitos invioláveis do artigo 5.º, ao lado de direitos como a vida, a liberdade e a igualdade. Consoante anota Ingo Wolfgang Sarlet²⁸⁸, muito embora em nenhum momento tenha nosso constituinte se referido expressamente ao direito à segurança jurídica, este acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade (inc. II do art. 5.º), passando pela expressa proteção ao direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (inc. XXXVI do art. 5.º), bem como pelo princípio da legalidade e da anterioridade em matéria penal (inc. XXXIX do art. 5.º) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (inc. XL do art. 5.º), até chegar às demais garantias processuais.

Nesse sentido, bem se demonstra a importância constitucional conferida ao princípio da segurança jurídica ao lado da segurança social, ligada diretamente aos direitos fundamentais à saúde, à educação, à assistência e previdência social; ou seja, é o direito à segurança, em suas diversas dimensões, contra ingerências dos órgãos estatais ou violações de particulares.

Importa frisar que quanto maior o grau de instabilidade social que se vivencia, mais certo e necessário é garantir-se a segurança jurídica como princípio e direito fundamental, especialmente, além de seu reconhecimento, que se garanta sua eficácia e efetividade.

A segurança jurídica encontra sua essência na ânsia humana pela estabilidade das relações jurídicas a possibilitar o planejamento e a realização dos projetos de vida. Fatores que estão necessariamente vinculados à dignidade da pessoa humana – posto que esta não restará respeitada e satisfatoriamente protegida em um ambiente de instabilidade jurídica a conferir tranquilidade em sua forma mínima, ao menos.

²⁸⁷ Ibid., p. 10.

²⁸⁸ Ibid., p. 11.

A dignidade da pessoa humana, ainda que em sua condição de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, só será possível garantido o mínimo de segurança jurídica, em que confie o indivíduo e a sociedade como um todo.

Para tanto, a segurança jurídica exige um patamar mínimo na continuidade do Direito (dimensão objetiva), bem como a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica (dimensão subjetiva), implicando obviamente na proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Mas não é só.

A proteção à dignidade da pessoa humana não acarreta, apenas, na proteção em face de atos de cunho retroativo, mas também em face de atos de cunho retrocessivo. É o que a doutrina tem denominado como proibição (ou vedação) de retrocesso.

Os argumentos também são fortalecidos pela invocação da ordem internacional. Tomando-se como referência o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conforme observação de Víctor Abramovich e Christian Courtis²⁸⁹, retomada no Brasil por André de Carvalho Ramos²⁹⁰, a imposição (dever) de progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados²⁹¹ implica a implícita vedação de retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados.

Situando a questão da proibição do retrocesso na ordem jurídica nacional, Ingo Wolfgang Sarlet²⁹² demonstra que a noção de proibição de situações envolvendo a problemática de medidas retrocessivas do poder público (especialmente, porém não exclusivamente na esfera legislativa) já se encontra consagrada, pelo menos em algumas de suas dimensões.

Para tanto, menciona a garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, além da proteção contra a ação do poder

²⁸⁹ ABRAMOVICH; COURTIS apud SARLET, op. cit., p. 36, nota 78.

²⁹⁰ RAMOS apud SARLET, op. cit., p. 36, nota 79.

²⁹¹ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Artigo 2º - 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

²⁹² SARLET, op. cit., p. 19 et. seq.

constituente reformador, notadamente aos limites materiais à reforma e manutenção de determinados conteúdos que compreendem o cerne material da ordem constitucional.

Adverte o autor que, por mais paradoxal que possa parecer, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos. Também salienta o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada em sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Estabelece, assim, que a centralidade da questão reside na indagação seguinte: até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais e com os objetivos estabelecidos pelo constituinte – por exemplo, no art. 3.º da CF/88 – no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, caso se assim se prefira esta terminologia) mesmo que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional?

Para o autor, embora o fenômeno não se manifeste apenas em relação aos direitos fundamentais sociais, é na seara das normas que estabelecem objetivos de justiça social que a problemática tem alcançado sua maior repercussão e a atualidade do tema é manifesta em hipóteses de desmonte do sistema de seguridade social, do sistema de ensino público, da flexibilização dos direitos dos trabalhadores – ameaçadores da manutenção dos níveis gerais de proteção social alcançados no âmbito do Estado Social, violando os princípios da Justiça, do Estado de Direito e do princípio democrático, porquanto implica em redução das conquistas sociais. Daí a necessidade de se limitar a auto-reversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos fundamentais em geral (ainda que tenham maior relevância no campo dos direitos sociais).

Desse modo, a partir das noções de segurança jurídica, princípio da confiança e da dignidade da pessoa, no âmbito de uma proibição do retrocesso, é importante situar os direitos fundamentais sociais na crise do Estado Social e Democrático de Direito.

O dilema da manutenção de níveis satisfatórios de proteção social num contexto de crise, quando se verifica o incremento dos níveis de exclusão sócio-econômica com o aumento, inclusive nos países desenvolvidos, do número de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza, a fragilização das instituições

estatais e fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização, faz constatar a problemática da sobrevivência do Estado Social e Democrático de Direito e da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social²⁹³.

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira constata-se, de modo geral, a convergência de posturas, apesar de não absoluta. Na doutrina portuguesa, em especial, que exerce significativa influência em nossa ordem jurídica, defensores da proibição do retrocesso, como Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais assumem a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações, não mais se encontrando na esfera de disponibilidade do legislador, sob pena de infração ao princípio da proteção da confiança²⁹⁴.

Esta mesma concepção encontrou acolhida no Tribunal Constitucional Português quando, por ocasião da decisão proferida no acórdão 509/02, datado de 19.12.2002, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembléia da República n.º 18/IX, por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana e do princípio constitucional da proibição do retrocesso das prestações, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 2.º e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa²⁹⁵ – a lei excluía as

²⁹³ Ibid., p. 23.

²⁹⁴ Ibid., 226 et. seq.

²⁹⁵ O Presidente da República requereu, nos termos do artigo 278º, n.ºs 1 e 3, da *Constituição da República Portuguesa* (CRP) e dos artigos 51º, n.º 1, e 57º, n.º 1, da *Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional* (LTC), a apreciação da constitucionalidade da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembléia da República n.º 18/IX, recebido na Presidência da República, no passado dia 22 de Novembro de 2002, para ser promulgado como lei. Alegando, em síntese: (i) o diploma procede à revogação do *rendimento mínimo garantido* previsto na Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, e cria o *rendimento social de inserção*, podendo, *grosso modo*, dizer-se que os direitos e prestações previstos na legislação que instituiu e regulamentava o rendimento mínimo garantido são substituídos, com as devidas adaptações, pelos direitos e prestações previstos na legislação que cria e, posteriormente, virá a regulamentar, o rendimento social de inserção; (ii) a dúvida de constitucionalidade refere-se ao artigo 4.º, n.º 1, que regula a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que, enquanto o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, que criou o rendimento mínimo garantido, reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o diploma que agora se pretende seja promulgado como lei, com ressalva das exceções também já previstas na lei anterior e das posições subjetivas dos atuais beneficiários, garante a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos; (iii) a dúvida de constitucionalidade respeita, assim, a saber se uma tal restrição objetiva da titularidade do direito em causa é constitucionalmente fundada e se é feita com observância das normas e princípios

peças com idade entre 18 e 25 anos do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido que contemplava essa faixa etária.

O entendimento adotado pela Corte portuguesa foi no sentido de que não é possível *retroceder* no grau de realização até então atingido, sem que tal retrocesso se sustente em uma comprovada incapacidade material, pois, partindo do princípio de que a legislação infraconstitucional, ao instituir medidas de realização ao direito a prestações, concretiza o *direito à segurança social* dos cidadãos mais carenciados – em situação de falta ou diminuição de meios de subsistência – constituindo uma manifestação juridicamente sustentada de chamados direitos derivados a prestações.

A questão da *proibição do retrocesso* não se coloca, em tese, apenas no que se refere aos *direitos sociais*, pelo contrário, estende-se, em um primeiro momento, ao domínio das liberdades fundamentais, não sendo possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. Após, estabelece-se a extensão também no âmbito dos direitos econômicos e sociais.²⁹⁶

constitucionais; (iv) nesse sentido, sem perda do poder de conformação autônomo reconhecido ao legislador em Estado de Direito Democrático, a partir e à medida que, de acordo com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando esses direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos; (v) mesmo quando - atendendo à natureza *sob reserva do possível* ou *do financeiramente possível* que os direitos sociais apresentam - não se sustente, como fazem, todavia, alguns Autores, a existência de um princípio constitucional de *proibição do retrocesso* nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais, é opinião doutrinária e jurisprudencialmente comum que o Estado só pode afetar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida, entretanto, reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional; (vi) na medida em que se lida com direitos fundamentais – e, enquanto tal, furtados à disponibilidade do poder político –, quando pretende *retroceder* no grau de realização entretanto atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afetação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados, com razões não constitucionalmente sustentadas. Em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 04/09/2006.

²⁹⁶ O Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet*. Nesse sentido: FAVOREU L. / PHILIPPE L. Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 10. ed., Dalloz, 1999, p. 581 e ss., e, em especial, nºs 26/27, p. 595/596. FAVOREU, Louis. Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993, p. 432 e ss. FAVOREU, Louis. Revue Française de Droit Constitutionnel, 1991, 6, p. 293. In Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português.

A propósito dessa problemática, afirmou-se no Acórdão n.º 39/84 do Tribunal Constitucional Português²⁹⁷:

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Por seu turno, Joaquim José Gomes Canotilho²⁹⁸, quanto aos direitos derivados a prestações, ensina que

naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de 'guarda de flanco' (J. P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos.

Mais desenvolvidamente sobre o *princípio do não-retrocesso social*, o mesmo autor explana o seguinte²⁹⁹:

O princípio da democracia económica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A «proibição de retrocesso social» nada pode fazer contra as recessões e crises económica (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado

²⁹⁷ Acórdãos do Tribunal Constitucional, 3º vol., p. 95. In Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português.

²⁹⁸ Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 477. In Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português.

²⁹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 327. Íntegra da citação extraída do Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português. Referência da obra extraída de BARCELLOS, 2002, p. 69, nota 119.

justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social». Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito ao subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (cfr. Ac TC 39/84 – Caso do Serviço Nacional de Saúde – e Ac 148/94, DR, I, 13/5/94 – Caso das Propinas). A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da proibição de discriminações sociais e políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas («lei da segurança social», «lei do subsídio de desemprego», «lei do serviço de saúde») deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa «anulação», «revogação» ou «aniquilação» pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. [...]

Embora com importantes e significativos matizes, pode-se afirmar que a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos *direitos sociais* com a *liberdade de conformação* do legislador.³⁰⁰ Essa harmonização implica que se distingam as situações.

Aí, por exemplo, em uma situação em que a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível “determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exeqüibilidade”³⁰¹, a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a conseqüenciar uma *inconstitucionalidade por omissão*.³⁰²

Noutras circunstâncias, porém, a *proibição do retrocesso social* apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática*, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência

³⁰⁰ Ainda sobre a questão: ANDRADE, 2001, p. 391 et. seq.

³⁰¹ Conforme acórdão n. 474/02, do Tribunal Constitucional Português.

³⁰² Nesse sentido é a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso do referido Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional Português.

meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais.

Em outras ocasiões, o Tribunal Constitucional Português³⁰³ - como é o caso do Acórdão nº 101/92, considerou que só ocorreria *retrocesso social* constitucionalmente proibido quando fossem *diminuídos* ou *afetados* “**direitos adquiridos**”, e isto “em termos de se gerar violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*”, tendo em conta uma prévia *subjetivação* desses mesmos direitos.

Todavia, conclui o acórdão n. 509/02, ainda que se não adote posição tão restritiva, a *proibição do retrocesso social* operará tão-só quando, como refere Joaquim José Gomes Canotilho, pretenda-se atingir “o *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, ou seja, quando “sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios”, pretenda-se proceder a uma “*anulação, revogação ou aniquilação* pura e simples desse núcleo essencial”. Ou, ainda, conforme sustenta José Carlos Vieira de Andrade, quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do princípio da igualdade ou do *princípio da protecção da confiança*; ou, então, quando se atinja o conteúdo de um *direito social* cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou *sedimentado* no seio da sociedade.

Na doutrina pátria, não diferente, a questão tem caminhado para o sentido firmado por José Afonso da Silva³⁰⁴, segundo o qual é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que conflite com a Constituição, bem como rechaçar iniciativas legislativas que venham subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior.

Tratando da questão como uma modalidade de eficácia jurídica, à qual denomina de “vedativa do retrocesso”, Ana Paula de Barcellos³⁰⁵ estabelece que esta pressupõe que os princípios que cuidam de direitos fundamentais são concretizados por normas infraconstitucionais e que, além disso, pressupõe também

³⁰³ Nesse sentido, o Acórdão nº 101/92. *In*: Acórdãos do Tribunal Constitucional, 21. vol., p. 389-390. *In*: Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português.

³⁰⁴ SILVA, 1982, p. 147 passim.

³⁰⁵ BARCELLOS, 2002, p. 68 et. seq.

que um dos efeitos pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos³⁰⁶ em questão. Discorre a autora:

Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário, é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. A idéia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁰⁷ reconhece que não se pode encarar a proibição de retrocesso como uma regra geral de cunho absoluto. Assim:

[...] assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Desta feita, ante a inviabilidade de sustentação de vedação absoluta do princípio da proibição do retrocesso, em razão da instabilidade da capacidade prestacional do Estado num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que resulta no aumento da demanda por proteção social) e a necessidade de se viabilizar a solução constitucionalmente adequada no âmbito da aferição dos limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, propõe o autor a eleição da dignidade da pessoa, do mínimo existencial e da proteção da confiança como critérios materiais a orientar os padrões de segurança jurídica e social.

Desse modo, no contexto da hierarquização ou ponderação a ser procedida em cada hipótese concreta que estiver em questão uma medida retrocessiva, há que se optar sempre por aquela que se apresentar mais compatível com a dignidade humana. Salvaguardada a noção de núcleo essencial dos direitos

³⁰⁶ Conforme anota Ana Paula de Barcellos (2002, p. 69, nota 118): Na Carta brasileira, esse propósito fica claro tanto no art. 5º, § 2º, como no *caput* do art. 7º.

³⁰⁷ SARLET, 2006, p. 37 et. seq.

fundamentais sociais – à qual está diretamente vinculado o princípio da dignidade humana, a medida retrocessiva deverá, além de contar com uma justificativa de envergadura constitucional, respeitar o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, bem como observar as noções de segurança jurídica e proteção da confiança – critérios que remetem, inevitavelmente, aos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Especificamente quanto ao conteúdo do mínimo existencial, é importante observar que a noção do conteúdo de uma vida digna encontra-se condicionada por circunstâncias históricas, geográficas, culturais, sociais e econômicas, que não podem ser desprezadas na análise.

Importa enfatizar, finalmente, consoante o fez Carmen Lúcia Antunes Rocha, que:

Não se há cogitar de retroceder no que é afirmador do patrimônio jurídico e moral do homem havidos em conquista de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados³⁰⁸.

³⁰⁸ ROCHA, 1999, p. 42.

4 A JUDICIALIZAÇÃO COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

4.1 ATOS ADMINISTRATIVOS E CONTROLE JUDICIAL

Em um primeiro estágio de análise, certo é afirmar-se que não estão os atos administrativos imunes ao controle jurisdicional. Themístocles Brandão Cavalcanti, neste particular, leciona: “O exame dos motivos quando o ato é motivado, o desvirtuamento dos objetivos para atender a um interesse (sic) privado, o desvirtuamento dos limites de apreciação das condições técnicas, a violação da lei são exemplos que justificam a intervenção judicial”³⁰⁹.

A questão assume maior relevo quando se trata de atos tidos por discricionários. Para o sistema jurídico brasileiro, propriamente, Hely Lopes Meirelles lembra:

[...] erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração³¹⁰.

Ressalve-se, porém, que resistência sempre houve à evolução dessa idéia, fazendo com que pressupostos de conveniência e oportunidade fossem transferidos incondicionalmente ao subjetivismo do administrador, como se o próprio sistema constitucional já não estabelecesse os balizamentos normativos para os direcionamentos dessa análise.

Entretanto, o inconformismo surge em muitas vozes, a despeito da rigidez da interpretação, que conduziu, até então, à equivocada conclusão de limitação do controle aos aspectos meramente formais. O controle meramente formal, por óbvio, não permite a verificação da substância, na qual, necessariamente, concentra-se a eficiência e a moralidade do gestor da coisa pública. Ir mais além, por certo, não afronta o princípio da tripartição dos poderes,

³⁰⁹ CAVALCANTI, p. 450.

³¹⁰ MEIRELLES, 2001, p. 112.

mas sim, exercita o chamado sistema de freios e contrapesos. Repisa-se: essa fiscalização ou controle, no que se refere aos atos discricionários, não deve, portanto, ater-se sobre a superfície do ato, pois é exatamente no seu núcleo que se verificam a moralidade e a eficiência.

Colaciona, ainda, o autor, os ensinamentos de Caio Tácito o qual afirma que “[...] para a validade do ato da Administração, faz-se necessário que os motivos do administrador sejam razoáveis e que o seu objeto seja proporcional à finalidade declarada explícita ou implicitamente na norma”³¹¹.

O que se busca é o aproveitamento máximo dos recursos públicos, ou seja, a maximização dos resultados aliada à minimização de sacrifícios. Tal situação levará o administrador público a realizar um amplo planejamento, isto é, extinguindo quaisquer condutas negligentes, e culminará com a aplicação dos recursos públicos às reais necessidades da coletividade.

Importante trazer à colação a lição de Miguel Reale:

[...] não se pode recusar ao juiz, ao apreciar a legalidade de um ato administrativo, o poder de analisá-lo em seu conteúdo ou concreção, para verificar se efetivamente a lei foi atendida em seus ditames axiológicos, isto é, nos fins que constituem a razão de sua vigência. Digna de encômios é, por conseguinte, a jurisprudência que, vencendo preconceitos inspirados por falta de compreensão do princípio da distinção dos poderes, salvaguarda não só a faculdade, mas o dever que tem o magistrado de ‘apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração, por ser possível “o controle judicial do ato administrativo também pelo seu aspecto intrínseco (motivos ou razões) para evitarem os abusos e injustificáveis lesões de direitos individuais”³¹².

O exame dos motivos – quer quanto à subsistência deles, quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – é meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista. Reportar-se aos termos da lei, a título de motivação dos atos administrativos, não se mostra suficiente para o pleno exercício do controle jurisdicional. As normas, em geral, valem-se de termos vagos, genéricos e imprecisos, devendo o administrador bem motivar seus atos para permitir o pleno controle.

Pontuando o controle da atividade estatal pelo Poder Judiciário como um pressuposto do Estado de Direito, o Supremo Tribunal Federal legou

³¹¹ Ibid. Nota do autor: “Vinculação e Discricionariedade Administrativa. RDA 205/125”.

³¹² REALE, 1968, p. 105.

princípio a que se deve manter vigília em hipóteses em que se exige o cumprimento dos deveres constitucionais, inobstante o respeito e a harmonia entre os poderes:

1. A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal - como convém a uma sociedade democrática e livre - ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.
(omissis)³¹³

4.2 HARMONIA E SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar da discricionariedade, em sua obra “Discricionariedade e Controle Jurisdicional” registra que o Estado de Direito encontra-se sujeito aos parâmetros da legalidade, seja na seara constitucional, em um primeiro plano, seja aos termos da lei, bem como, em um terceiro momento, adstrito à também necessária harmonia com atos normativos inferiores.

Invoca o autor o pensamento de Jean Jacques Rousseau o qual, apoiado na idéia de igualdade, sustenta a soberania popular – a quem pertence todo o poder, formatando a democracia. E, de outro lado, o pensamento do Barão de Montesquieu, segundo o qual, todo aquele que recebe parcelas de poder deferidas pelos indivíduos que compõem uma coletividade, tende a abusar dessa delegação sendo, pois, necessária a elaboração de fórmulas de contenção, de limites.

Conclui no sentido de que, para conter o exercício abusivo do poder, é necessário que as atividades estatais – especialmente as administrativas (aqui entendido, em particular, o Poder Executivo) – limitem-se ao cumprimento da vontade geral, que é previamente estabelecida pelo Poder Legislativo e que, por sua

³¹³ MS 20.999. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25.05.90.

vez, serão julgadas por quem nem as faça, nem as execute; ou seja, é o princípio da tripartição, mantida a interdependência, contudo. É a transcrição do lecionado:

Assim, deve-se, desde logo, começar por frisar que o próprio [sic] do Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em qualquer de suas funções, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de “poder” discricionário.

A grande novidade do Estado de Direito certamente terá sido subjugar totalmente a ação do Estado a um quadro normativo, o qual se faz, assim, impositivo para todos – Estado e indivíduos. Se fossem buscadas as raízes produtoras da feição própria do Estado de Direito, poder-se-ia encontrar a seguinte matriz: O Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau³¹⁴.

Com efeito, prossegue o autor, o Estado, ao receber parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos, justifica esse poder diretamente como vontade consonante desses indivíduos que compõem o todo social. É a idéia da soberania popular, é a idéia de democracia³¹⁵. E, com amparo na sentença de Montesquieu, leciona que

para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, sua clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute³¹⁶.

Conclui o autor, a respeito do modelo de Estado de Direito:

A confluência dessas duas ordens de pensamento (de Rousseau e de Montesquieu), dessas duas concepções políticas, haveria de se juridicizar

³¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 10 et. seq. Nota do autor: “Disse Afonso Rodrigues Queiró: ‘Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu’ (Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder, Coimbra Editora, 1940, p. 8)”.

³¹⁵ Nota do autor: “El Contrato Social, tradução espanhola, Editorial Maucci, Barcelona, especialmente capítulos I e II” (Ibid., p. 11).

³¹⁶ Nota do autor: “De L’Esprit des Lois, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869, com notas de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc., págs. 142 e 143. Vale a pena reproduzir literalmente as seguintes passagens: ‘...mais, c’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porte a em abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le droit! La vertu même a besoin de limites.’ E pouco além, depois de referir a separação de poderes: ‘Tout seroit perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.’ (Ibid., p. 12).

[sic] em um modelo, que é o conhecido como Estado de Direito. Nele, por força do fato de que todo poder emana do povo – e o Texto Constitucional brasileiro o afirma no art. 1º, parágrafo 1º (‘Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’) – e por força da tripartição do exercício do poder (art. 2.º), as atividades estatais, maiormente as administrativas, nada mais são do que o cumprimento dessa vontade geral fixada, em primeiro plano, no texto constitucional, e, de seguida, na lei.”³¹⁷

No exame de Andreas Joachim Krell, o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da separação dos poderes evidencia uma postura conservadora da doutrina constitucional tradicional que ainda não se adaptou às condições diferenciadas do moderno Estado Social carecendo da necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico³¹⁸.

Nessa linha, segundo o citado autor, o Estado Social moderno está a exigir uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, de maneira que a “a separação de poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito”³¹⁹.

4.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como foi visto, todo o atuar do administrador público está vinculado à observância de um comando de normas, na implementação das políticas públicas necessárias à garantia do efetivo exercício dos direitos sociais, não havendo que se falar em discricionariedade de sua conduta, posto que a omissão, o não-fazer, não lhe é permitido como opção. A discricionariedade que lhe é reservada repousa, unicamente, na escolha da forma de dar melhor cumprimento aos seus deveres, ou seja, da melhor forma de cumprimento da finalidade legal e constitucional.

Dessa forma, o não-agir (a omissão) ou a ação de forma não razoável para atingir a finalidade constitucional (desvio de finalidade), que contraria

³¹⁷ Ibid., p.10 et. seq.

³¹⁸ KRELL, 2002, p. 91.

³¹⁹ Ibid. Nota 237 do autor: GOMEZ, José Maria. Surpresas de uma crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado, p. 107, *apud* LEAL, Rogério Gessa. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil, 2000, p. 66.

o devido processo legal que rege as obrigações da Administração em contrapartida aos direitos dos cidadãos às prestações positivas do Estado, são passíveis de responsabilização e controle judicial³²⁰.

Conforme reconhece o Supremo Tribunal Federal, a formulação e a execução de políticas públicas dependem de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, isto é, elemento que confere a própria legitimidade das escolhas. Entretanto, ressalva que essa liberdade de conformação não se revela absoluta:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. E que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.³²¹

Pertinentes, a tal propósito, as observações de Andréas Joachim Krell³²², ao contextualizar o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais como princípios-condição da justiça social, impondo-se a revisão do dogma da separação dos poderes, sob pena de negar garantia aos preceitos constitucionais:

³²⁰ Neste sentido, Maria Cristina Fonseca Frischeisen, que também acrescenta nota sobre ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal (Procuradoria da República em São Paulo) contra Caixa Econômica Federal, que tramita sob o n.º 1999.61.00.030576-2 na 12.ª Vara Cível Federal da subseção judiciária de São Paulo, com tutela antecipada deferida visando à não-aplicação aos contratos de financiamento de crédito educativo (direito à educação) dos valores de atualização monetária da TR, mas sim de juros que não excedam a 06%, por não ser razoável que programa de caráter social, que foi criado para dar condições de acesso e permanência no ensino superior (construção da igualdade – art. 208 da Constituição Federal) cobre juros da TR de seus mutuários, que a ela recorrem por não terem condições de arcarem autonomamente com os custos do ensino universitário pago, bem como a retirada dos nomes dos devedores dos órgãos de proteção ao crédito.

³²¹ ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 45. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJ N.º 84, DE 04/05/2004, P. 12. DATA DO JULGAMENTO: 29/04/2004.

³²² KRELL, 2002, p. 22 et. seq.

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado livre espaço de conformação (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

O não-cumprimento, pelo Administrador Público, das políticas públicas sociais, tem criado a necessidade dessa judicialização da exigência dos direitos fundamentais. A este clamor da sociedade, tem o Supremo Tribunal Federal respondido com crescente incisividade, visto que, cada vez mais, não se admite o menosprezo aos direitos constitucionais, especialmente em detrimento àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida minimamente digna em sociedade.

Na mesma linha o Supremo Tribunal Federal tem se pautado no sentido de que não se pode deixar de reconhecer que as ações constitucionais em referência qualificam-se como instrumentos idôneos e aptos a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política.³²³

³²³ Neste sentido: Supremo Tribunal Federal – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45 – Relator: Min. Celso de Mello – DJ 04/05/2004.

Para o Ministro Celso de Mello, essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida à Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, como direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas³²⁴, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Para Alexandre de Moraes:

Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ordem constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário, em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Constitucional, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas, pois, conforme salienta Alejandro Nieto, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizada, acabando por gerar intranquilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado³²⁵.

Tão nefasta quanto a má-eleição de condutas positivadas, é a omissão, é o não-fazer. Sobremodo, quando este não-fazer vem ainda maculado pelo vício do desvio de poder por omissão, como chama Celso Antônio Bandeira de Mello, é, igualmente, uma hipótese repugnante. Cita o autor, a fala de Afonso Rodrigues Queiró: “não agir é também agir (não autorizar é decidir não autorizar)”³²⁶.

Assim, a inoperância é também uma forma de violenta agressão ao interesse público, gerando efeitos danosos, de maneira positivada concreta, na vida dos cidadãos.

Com razão, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen insiste em afirmar que de nada adianta ter os direitos universalmente declarados, se não são passíveis de exercício na comunidade na qual o indivíduo vive, ou seja, se sua cidadania e suas características próprias não são reconhecidas. E cita a advertência levada a efeito por Hannah Arendt:

³²⁴ RTJ 164/158-161 – Relator Ministro Celso de Mello.

³²⁵ MORAES, 2001, p. 312.

³²⁶ BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 75.

O paradoxo da perda dos direitos humanos é que essa perda coincide com o instante em que a pessoa se torna um ser humano em geral – sem uma profissão, sem uma cidadania, sem uma opinião, sem uma ação pela qual se especifique – e diferente em geral, representando nada além da sua indivisibilidade absoluta e singular, que privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo o seu significado³²⁷.

Para Frischeisen, este é um dos maiores dilemas do direito constitucional da contemporaneidade: como passar da esfera abstrata de princípios à concretude das normas e exercício dos direitos estatuídos na Constituição? Como dar eficácia às normas que definem a ordem constitucional social?

A resposta, certamente, vem com o raciocínio de que a ordem social constitucional estabelece obrigações para o Estado (como também para toda a coletividade) e orienta a administração na implantação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando o cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.

É certo que não se inclui, conforme registra José Carlos Vieira de Andrade,³²⁸ ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e não se inclui também nas funções da Suprema Corte Constitucional, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas. Como conclui o Ministro Celso de Mello, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

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 conteúdos programáticos. Neste sentido, o conteúdo do relatório e decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja ementa transcreve-se³²⁹:

³²⁷ ARENDT, 1989, p. 325 et. seq.

³²⁸ ANDRADE, 2001, p. 207, item n.º 05.

³²⁹ ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 45. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJ N.º 84, DE 04/05/2004, P. 12. DATA DO JULGAMENTO: 29/04/2004.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA *RESERVA DO POSSÍVEL*. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO *MÍNIMO EXISTENCIAL*. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISAO: [...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional³³⁰: [...]

Cabe assinalar, presente esse 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 ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de*

³³⁰ Neste sentido, RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando e nenhuma for a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. ... - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
[...]

Na seqüência desse entendimento, também a decisão do Ministro Carlos Velloso³³¹, em que se invoca suposta contrariedade ao princípio da separação dos poderes³³².

DECISÃO: - [...] 16. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, caput, da Constituição da República 'é direito de todos e dever do Estado e da família'. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.'. 17. Nesse passo, 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. 18. [...] É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Ballardore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição.

[...] Do exposto, reportando-me ao precedente acima mencionado, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 19 de outubro de 2004. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator – Recurso Extraordinário n.º 352.686-3 – Procedência: São Paulo – Recte.: Município de Santo André – Advdos.: Reginaldo Evangelista Passos e outro – Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Assim, configurada a hipótese de abusividade governamental, resta caracterizado o descumprimento de preceito fundamental. Esta hipótese confere legitimidade constitucional ao controle e à intervenção do Poder Judiciário, em razão da dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, sem que isso configure ingerência de um poder sobre o outro em afronta ao princípio da separação de poderes. Ao contrário, trata-se de um ônus determinando ao Poder Judiciário. Ora, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça em julgamento a recurso especial, se a Constituição Federal consagra um direito e a norma

³³¹ DECISÕES MONOCRÁTICAS – Recurso Extraordinário n.º 352686 – Origem: São Paulo – Relator: Min. CARLOS VELLOSO – DJ 08/11/2004, p. 00053 – Julgamento: 19/10/2004.

³³² Ementa do acórdão atacado: "ECA. Ação Civil Pública. Sentença confirmatória da decisão liminar que determinou a matrícula de criança em creche mais próxima à residência. Ofensa a direito fundamental que motiva correção a ser feita pelo Judiciário.³³² Inteligência dos art. 208, inciso IV e 211, § 2º, da CF; 54, inciso IV, 208, 'caput' e inciso III e 213, § único do ECA. Apelos providos, em parte, apenas para afastar a condenação no pagamento da verba honorária."

infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, mesmo que, para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária³³³:

[...] Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.[...]

A Constituição Federal, a par da consagração desses direitos, previu mecanismos processuais a garanti-los. Instrumentos idôneos e aptos a viabilizar, por exemplo, a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Dessa maneira, ainda que árdua a atuação, a Constituição Federal impôs ao Judiciário a atribuição de guardião. Em que pese ser uma dimensão de confronto e embate aparente de poderes, não pode o Judiciário eximir-se desse ônus, comodamente invocando uma equivocada noção de separação de poderes. Compete a ele – Poder Judiciário, o controle dos atos de governo, sempre que estes ameaçarem ou violarem a ordem constitucional.

Se bem é verdade que o Poder Executivo e o Legislativo representam a legitimidade social, o que os autoriza a procederem escolhas e realizá-las, mais verdadeiro ainda é que a eles pré-existe a vontade do constituinte originário, consagrada no documento máximo da República – sua Constituição Federal. A partir de então, ao Poder Judiciário é conferida, tão-somente, dentro de sua jurisdição constitucional, a atribuição de fazer valer aquelas opções consagradas como direitos fundamentais. Não está, pois, a escolher ou eleger direitos. Não está a formular ou implementar políticas públicas. Entretanto, verificado o comprometimento da eficácia e da integridade de direitos com assento constitucional, cabe ao Poder Judiciário a intervenção para preservação da vontade do legislador originário, determinando sua observância.

³³³ RESP N.º 575280/SP – RECURSO ESPECIAL 2003/0143232-9 – RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO LUIZ FUX – ÓRGÃO JULGADO: T1 – PRIMEIRA TURMA – DATA DO JULGAMENTO: 02/09/2004 – DATA DA PUBLICAÇÃO: DJ 25/10/2004, P. 228.

Rodolfo de Camargo Mancuso³³⁴ enfatiza a transição que se constata no Estado de Direito de um sentido formal para um modelo plenamente material, em que o pressuposto de legitimidade dos atos dos poderes é, dentre outros valores, a efetividade. A exigência desse pressuposto – em concerto com os demais valores – é que justifica a possibilidade de cobrança das obrigações de fazer do poder público, estabelecidas na própria Constituição, sendo a sindicabilidade judicial a regra, o que vale especialmente para os objetivos de algumas políticas sociais que foram claramente formulados no texto, cuja atuação do administrador deve efetivamente ir ao encontro de tal desiderato:

Essa linha conceitual assim *progressista* tende a uma gradativa superação da concepção de Estado de Direito num senso apenas *formal ou retórico* (= correspondência teórica ou abstrata entre a conduta administrativa e a norma de regência), por um modelo de Estado de Direito num sentido plenamente *material*, onde os atos emanados dos três Poderes, para terem validade e legitimidade, têm de vir respaldados por todo um contexto jurídico-social, dominado pela nota de *efetividade*, com destaque para os valores maiores da moralidade, eficiência, economicidade, razoabilidade, proporcionalidade, não mais bastando, simplesmente, a mera *coincidência* entre o ato ou conduta e a norma de regência.

Para José Eduardo Faria, a magistratura brasileira considerada a partir de concepções culturais, corporativas e profissionais “tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da ‘segurança jurídica’ e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos”³³⁵. Entende, ainda, o autor que, a despeito dos novos direitos consagrados pela Constituição de 1988, os tribunais mantêm uma cultura técnico-profissional obsoleta, com métodos exclusivamente formais de caráter lógico, sistemático e dedutivo, incapazes de interpretar os valores agregados no catálogo republicano e, portanto, incapazes de implementá-los.

Para que se consiga uma realização mais expressiva dos direitos sociais promocionais, Andreas Joachim Krell³³⁶ aponta para a necessidade de uma gradual intervenção ativa e prolongada no tempo³³⁷, a ser efetuada pelos membros do Poder Judiciário, integrada às ações de outros atores estatais (Ministério Público e Defensorias Públicas) e da sociedade civil.

³³⁴ MANCUSO, In MIILARÉ, 2001, p. 723 passim.

³³⁵ FARIA, In FARIA, 1998, p. 111.

³³⁶ KRELL, 2002, p. 75.

³³⁷ Neste sentido: RIBEIRO, 1999, p. 55 et. seq.

Segundo Lenio Luiz Streck, o ativismo judicial – para a corrente substancialista do direito – consiste na postura intervencionista do Judiciário, contrária à posição absenteísta,

própria do modelo liberal-individualista- normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política)³³⁸.

O Judiciário precisa urgentemente rever seus antigos dogmas para concluir que não é aceitável o exercício da jurisdição de forma tal que não seja assegurado o mínimo existencial, garantido constitucionalmente pelos direitos fundamentais.

Não há como negar. O que se espera, hodiernamente, do Judiciário como Poder é a promoção da igualdade substantiva, a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais. Desse modo, o ativismo judicial – exercitado sob a ótica do atual contexto constitucional – pode conduzir à revitalização do Poder Judiciário, fazendo com que a atividade jurisdicional cumpra seus verdadeiros desígnios sociais.

Os benefícios perseguidos pela população como saúde, educação, saneamento básico, dentre outros, colocam o cidadão em litigância com a Administração Pública, responsável pela implementação dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas. Entre eles – administração e povo – deve estar o Poder Judiciário, a fim de assegurar a cada um aquilo que a Constituição da República previamente já conferiu.

Aqui surge o ponto de divergência e resistência sob o argumento de que, como anota José Eduardo Faria, essa concretização está no âmbito das competências do Executivo, que tem autonomia e independência para elaborar seu orçamento, estabelecer prioridades e decidir a alocação de recursos cada vez mais escassos. Assim, ao tentar responsabilizá-lo pela formulação, implementação e execução das políticas públicas necessárias à efetividade dos direitos sociais, o Judiciário é levado a entrar no jogo pragmático da disputa política com os demais

³³⁸ STRECK, 2004, p. 185.

poderes, o que acaba comprometendo a neutralidade intrínseca às suas tradicionais funções adjudicatórias³³⁹.

No entanto, a função do Poder Judiciário não é de permanecer alheio às grandes problemáticas sociais, gerenciadas pelas políticas públicas. Estas, no exercício do controle jurisdicional da administração pública, estão sujeitas ao pleno controle. Para Andréas Joachim Krell,

onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestações dos serviços sociais básicos³⁴⁰.

Analisando a questão da realização dos direitos sociais há que se fazer referência ao direito ao desenvolvimento econômico e social como pressuposto do mínimo existencial e a busca de sua efetividade na condução da gestão das políticas públicas, a fim de possibilitar o real exercício das liberdades³⁴¹. O concerto desses fatores compreende uma seqüência de elementos e premissas que, necessariamente, fazem parte do núcleo sindicável dentro do sistema de freios e contrapesos.

Explica-se. O desenvolvimento – econômico e social, em primeiro raciocínio, demanda um planejamento, no sentido de direcionamento e coordenação das atividades estatais. Esse planejamento deve se orientar a partir de prioridades, estabelecidas constitucionalmente, e realizado mediante procedimentos adequados e eficientes que garantam resultados efetivos, seguido por mecanismos de controle (sociais, políticos e jurídico-jurisdicionais), especialmente, no que se refere à sua implementação.³⁴²

Surge nesse contexto a questão relativa ao “custo dos direitos” que põe em evidência a teoria da “reserva do possível” denunciando a crise de efetividade vivenciada pelos direitos fundamentais. Desse modo, inegável que quanto mais escassa a disponibilidade de recursos financeiros, mais imperativa uma deliberação responsável acerca de sua destinação, o que remete à necessidade de aprimoramento dos sistemas de controle e ampliação do acesso à justiça para a

³³⁹ FARIA, 1999, p. 64 et. seq.

³⁴⁰ KRELL, 2000.

³⁴¹ Neste sentido, a construção de Amartya Sen, especialmente em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

³⁴² SARLET, 2007, p. 377 et. seq.

efetivação de direitos, bem como para aferir a observância dos princípios da moralidade e eficiência pelo administrador, notadamente no que se refere à maximização dos recursos com minimização do impacto da reserva do possível na realização dos direitos fundamentais. Daí, a urgente necessidade proclamada por Ingo Wolfgang Sarlet³⁴³ da intervenção judicial para equacionar todos os fatores e salvaguardar as prioridades constitucionais:

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar a sério o problema da escassez. Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

Conforme o autor, o que tem sido muito comum é a argüição falaciosa da reserva do possível, como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social. Cabe, desse modo, no sentido do disposto no § 1.º do artigo 5.º da Constituição Federal, ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não-desperdício de recursos existentes, assim como de sua eficiente aplicação. Por outro lado, para além do critério do mínimo existencial, há que se explorar outras alternativas disponíveis em nossa ordem jurídica a fim de neutralizar o impacto da realização desses direitos.

Tudo isso traz para o contexto da atuação dos órgãos estatais o princípio da proporcionalidade a presidi-la, como proibição do excesso e de insuficiência, atuando como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público – inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de

³⁴³ Ibid., p. 378 et. seq.

proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isso significa, como explica Ingo Wolfgang Sarlet³⁴⁴, que os responsáveis pela proteção e implementação dos direitos fundamentais – inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais³⁴⁵, deverão observar os critérios parciais da adequação³⁴⁶, necessidade³⁴⁷ e da proporcionalidade em sentido estrito³⁴⁸, respeitando sempre o núcleo essencial dos direitos restringidos, mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outros – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

O que não se pode é estabelecer a interpretação da reserva do possível como um limite orçamentário, de modo a afastar o controle, bloqueando qualquer possibilidade de intervenção neste plano, utilizando-se como estratégia o privilegiamento da legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais, de caráter jusfundamental. Nesse sentido, a advertência de Eros Roberto Grau³⁴⁹ de que a reserva do possível “não pode ser reduzida a *limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”.

Ao abordar a questão do controle jurisdicional das políticas públicas também sob o prisma do sistema de planejamento orçamentário instituído pela Constituição de 1988, Fernando Facury Scaff³⁵⁰ contextualiza a reserva do possível e o mínimo existencial aos objetivos constitucionalmente estabelecidos, de maneira que a atuação do Poder Judiciário consubstancia-se em um imperativo ético:

Outro aspecto a ser destacado é que este procedimento nada tem a ver com o candente debate hoje existente no Brasil, acerca da *judicialização da política*, através do qual se alega estar o Judiciário praticando uma espécie de *ativismo* em prol dos mais necessitados. No Brasil, o que se pede é apenas a aplicação da lei, em consonância com a Constituição. Existem países em que da sua Constituição é necessário extrair as diretrizes normativas oriundas de lacônicos Princípios por um delicado, custoso e árduo processo exegético. Não é o caso brasileiro. O caráter analítico de nossa Carta permite que apenas com sua implementação seja possível

³⁴⁴ Ibid., p. 381.

³⁴⁵ Onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador), causa impacto mais direto e expressivo.

³⁴⁶ Aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada.

³⁴⁷ Menor sacrifício do direito restringido.

³⁴⁸ Avaliação da adequação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação com os meios e os fins.

³⁴⁹ GRAU, In ROCHA; MORAES, 2005, p. 125.

³⁵⁰ SCAFF, 2005, p. 225 et. seq.

alcançar um maior grau de Justiça Social, sem que os juízes sejam acusados de fazer *ativismo judicial*, o que, em outras plagas, é um imperativo ético. *Aqui o singelo ato de aplicar a Constituição – o que não é habitual – é um imperativo ético de Justiça.*

Ademais, a justificar o necessário controle dos atos de gestão de políticas públicas por todos os meios de participação, em especial aqui tratando do Poder Judiciário, a lembrança de Ingo Wolfgang Sarlet³⁵¹:

Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem 'governa' – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

Do que se percebe, tais orientações deixam para trás a prática confortável então meramente adjudicatória desempenhada pelo Poder Judiciário, impondo-se um exercício permanente e árduo de concretude material e substancial de direitos fundamentais, especialmente, aqueles sociais. Dessa nova atividade que se está a exigir, surge a necessidade de uma readequação do Poder Judiciário, não mais tão burocrata, mas acentuadamente social e político, no sentido da essencialidade constitucional dos termos.

Enquanto a posição majoritária do Poder Judiciário, sobretudo nos Tribunais Superiores, é no sentido absenteísta, resistente às interferências nas políticas públicas, constata-se a perpetuação das carências sociais e econômicas em parcelas absolutas da população, perenes geração após geração, aprofundando verticalmente as desigualdades sociais na linha horizontal do tempo, em razão de um não-fazer do Poder que deveria ser o Executor, requerendo a intercessão do Poder de controle.

Tratando da função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas, Flávio Dino de Castro e Costa³⁵² destaca que, para além das considerações de doutrina jurídica, é necessário destacar uma pré-compreensão essencial: a tarefa de realização dos direitos fundamentais no Brasil é escandalosamente incompleta. Para o autor, no Brasil, a teoria do desenvolvimento

³⁵¹ SARLET, 2007, p. 382.

³⁵² COSTA, 2004, p. 64 et. seq.

desigual e combinado demonstra toda a sua pertinência, no sentido da aproximação das etapas diversas do desenvolvimento, combinando fases discordantes, *da amálgama de formas arcaicas com as modernas*³⁵³:

Esse amálgama revela-se, por exemplo, na inadequação da transposição mecânica para o nosso país do clássico ensinamento acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais: direitos individuais (1ª geração), direitos políticos (2ª geração), direitos sociais (3ª geração). O deslocamento desse esquema conceitual da prática brasileira é manifesto. No plano da efetividade, os direitos políticos estão mais universalizados do que os direitos individuais clássicos. No nosso país o alistamento eleitoral quase universal e as urnas eletrônicas (direitos de 2ª geração na “era da pós-modernidade”) convivem com a difusão de formas de trabalho escravo e com assassinatos de moradores de rua, privados não só do direito à moradia mas também do direito à integridade e da liberdade de ir e vir (de 1ª geração).

Prossegue o autor apontando que tal amálgama jurídico decorre de vários fatores, com destaque para a brutal concentração de renda: “[...] renda mais concentrada que a do Brasil, só em Serra Leoa, República Centro-Africana e Suazilândia – paupérrimos países africanos”. Tudo isso ainda é agravado pelas imensas assimetrias regionais, que reforçam o citado modelo de desenvolvimento desigual. Considerados esses indicativos sociais, enfatiza-se o papel e os limites do Poder Judiciário na busca da superação desse panorama claramente inconstitucional, por intermédio da alteração de políticas públicas.

Toda política que seja mantenedora desse quadro social – por ação ou omissão – viola o princípio fundamental da própria dignidade da pessoa humana, resultado do direito ao desenvolvimento econômico e social e direito à sua eficácia como pressuposto para a garantia das condições basilares para o próprio desenvolvimento da pessoa humana, a partir da fruição de uma vida com dignidade, no âmbito do mínimo existencial.

Na afirmação de Carmen Lúcia Antunes Rocha³⁵⁴, o regime democrático não pode buscar como fim senão a concretização de políticas públicas que revelem ao homem a melhor situação sociopolítica para o bem de todos. E, se é um princípio, obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado no âmbito de sua política governamental. Sem dignidade não há democracia e nem se há de cogitar de poder exercido legitimamente. Ademais, lembra que

³⁵³ Ibid. Nota 2 do autor: FAORO, Raymundo. Os donos do poder. São Paulo: Globo, 2001, p. 821.

³⁵⁴ ROCHA, 1999, p. 23 et. seq.

[...] a conquista dos dois últimos séculos foram exatamente pela jurisdicização de matérias que importassem interesses sociais, de tal modo não ficassem eles em desvalia diante da força do mercado, do *laissez faire, laissez passer que le monde va de lui même*, fase do império da não-lei e da desumanização das relações entre homens, alguns, como no dizer de ROUSSEAU, tão ricos que podem o outro comprar, e esse, tão miserável, que pode se vender.

Dos direitos sociais, como fundantes da própria organização política e composição estrutural do Estado brasileiro, resulta a obrigatoriedade de atuar do Poder Público no sentido de dar concretude a tais princípios mediante a adoção de políticas públicas, sob pena de comprometer a realização integral dos objetivos sociais constitucionalmente estabelecidos. Entretanto, assistimos ao oposto desta formulação: a indignidade construída pela exclusão social humilha e degrada. Em que pese a prevalência hoje, no direito constitucional, do princípio do *não-retrocesso*³⁵⁵.

Em um contexto de confrontos entre os direitos constitucionalmente garantidos e a reiterada omissão e a permanente inércia das instâncias governamentais destinatárias dos comandos inscritos na Constituição da República, é imperioso que o Poder Judiciário compreenda suas novas atribuições.

No atual cenário, insatisfatória é a noção de função do Poder Judiciário meramente como aquela de corrigir atos comissivos da administração. Avulta e impõe-se aquela de correção dos atos omissivos, com vista a garantir a implementação das políticas públicas indispensáveis à efetividade da ordem social constitucionalmente concebida.

Ao Poder Judiciário incumbe a apreciação dessas demandas, na condição de intérprete dos objetivos fundamentais da Constituição. Compete, ao julgador, verificar se a meta central da Constituição da República – 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, está sendo observada pelo gestor público.

Nessa linha de pensamento, Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁵⁶ trabalha com a noção de sentido promocional prospectivo dos direitos humanos ao qual passa a vincular-se a atuação judicial, sofrendo o Poder Judiciário uma

³⁵⁵ Ibid., p. 41.

³⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, apud KRELL, 2002, p. 94.

“desneutralização” que passa a responsabilizá-lo, também, ao lado dos demais poderes, pelo sucesso político das finalidades constitucionais. Assim, é citado por Andreas Joachim Krell:

[...] “o sentido promocional prospectivo” dos direitos sociais “altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar, conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão de poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça”.

[...] Para o autor, a referida “desneutralização” do Terceiro Poder significa que “o juiz é chamado a exercer uma função sócio-terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). (...) A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.”

Como analisa Andreas Joachim Krell, com a exigência desse novo modelo de atuação, não se está a atribuir ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão-somente de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis ordinárias e constitucionalmente.

No sentido da garantia da efetividade dos direitos sociais, considerado o índice de desenvolvimento brasileiro, a intervenção judicial ainda se apresenta como mecanismo isolado de concretização dos fundamentos constitucionais.

A nossa realidade nacional, infelizmente, ainda não está apta a recepcionar o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho³⁵⁷, ao ver a realização dos direitos sociais muito mais na dependência da participação política da população do que numa atuação expressiva dos tribunais. Consoante Andreas Joachim Krell³⁵⁸, essa posição dominante no constitucionalismo alemão não pode ser transportada para o Brasil de hoje sem as devidas adaptações:

³⁵⁷ CANOTILHO, 1994, p. 357 passim.

³⁵⁸ KRELL, 2002, p. 69 et. seq.

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica.

Nos países periféricos como o Brasil, exige-se, mais ainda, um Judiciário intervencionista, que realmente ouse controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e que determine a implementação de políticas sociais eficientes. Esse modelo de atuação é pressuposto da própria democracia que inexistirá sem a garantia da realização dos direitos fundamentais.³⁵⁹ A essa co-responsabilidade na ação providencial do Estado não podem os juízes resistir.³⁶⁰

Superada a questão da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário, Ingo Wolfgang Sarlet³⁶¹ considera os problemas dos limites da atuação jurisdicional em benefício da efetivação ótima dos direitos fundamentais que deverá desempenhar juntamente com os demais atores políticos e sociais:

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável auto-limitação (do assim designado *judicial self restraint*), evidentemente em sintonia com a sua já afirmada e pressuposta legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais. Tal atuação, por sua vez, não poderá descuidar (e neste ponto não há como dispensar uma contribuição dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas) de questões como o combate à corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação dos recursos orçamentários, a cruzada contra a sonegação e a informalização da economia, entre tantos outros problemas correlatos, que, caso não devida e urgentemente equacionados, seguirão impedindo um nível pelo menos razoável de efetividade aos direitos fundamentais. É nesse contexto que assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

³⁵⁹ Neste sentido, nota 256 de KRELL, op. cit., p. 97: STRECK, Lênio L. O controle externo, súmulas vinculantes e reforma do Judiciário como condição de Democracia, in Anais do Seminário Democracia e Justiça – O Poder Judiciário na construção do Estado de Direito. Porto Alegre: TJERS, 1998, p. 178, 186; PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais – Cadernos de direito constitucional e ciência política, n.º 11, 1995, p. 241 ss.

³⁶⁰ Nesse sentido, nota 255 de KRELL, op. cit., p. 97: SANTOS, Boaventura de Sousa. Apud APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. Poder Judiciário: Do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 39.

³⁶¹ SARLET, 2007, p. 383 et. seq.

A questão é abordada com proficiência por Lenio Luiz Streck:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do *Welfare State*. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos, das principais democracias, a função do direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.³⁶²

4.3.1 A ação civil pública e o papel do Ministério Público

Assinala-se, ainda, que a função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da administração – que, porventura, desrespeitem os direitos constitucionais dos cidadãos, como também em face dos atos omissivos – ou seja, buscando a implantação efetiva de políticas públicas visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, conclui Luiza Cristina Fonseca Frischeisen: “A ação civil pública é, portanto, o instrumento processual do Ministério Público para ‘juridicizar’ a demanda coletiva pela implantação de direitos assegurados pela ordem social constitucional”.³⁶³

Assim, é a ação civil pública o instrumento por excelência conferido ao Ministério Público – não excluídas as entidades co-legitimadas na forma da lei (art. 129, § 1.º da CF), além do inquérito civil público e outros procedimentos administrativos, para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente (incluído o meio ambiente artificial) e de outros interesses difusos e coletivos.

Conforme enfatizam Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior³⁶⁴, a ação civil pública encontra-se inserida na problemática maior da participação da sociedade, por meio de segmentos sociais, nos problemas de direção do aparelho estatal.

³⁶² STRECK, 2004, p. 167.

³⁶³ FRISCHEISEN, 2000, p. 126 et. seq.

³⁶⁴ FERRAZ; MILARÉ; NERY JÚNIOR, 1984, p. 23 et. seq.

Para Vittorio Denti, estar-se-ia diante da participação popular na administração por meio da justiça³⁶⁵, representando a ação civil pública um instrumento de garantia, de controle e de transformação.

Por sua vez, Mauro Cappelletti³⁶⁶ salienta que essa forma de participação também responde à exigência da legitimação democrática no exercício da jurisdição e às instâncias prementes de educação cívica. É por meio dela que se busca responsabilizar o agente público que, não cumprindo o seu dever (aqui entendido, não cumprimento por omissão, bem como, por atuação ineficiente), desrespeita direito alheio, coletivamente considerado, impondo-lhe uma obrigação de fazer.

De acordo com Celso Bastos³⁶⁷, esses direitos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, e não ao homem isoladamente considerado; é um homem na qualidade de membro de grupos autônomos e juridicamente definidos.

Nessa linha, Maria Cristina de Brito Lima³⁶⁸ considera que, no que diz respeito à educação básica, esse homem, cujo interesse visa a ser defendido, faz parte de um grupo, o grupo de analfabetos (de identificação necessária do grupo), que o transporta à categoria de cidadão excluído da sociedade, lesionando, então, a sua dignidade humana (cujo interesse é afetado), porque cidadão de uma sociedade que não lhe dá igualdade de oportunidades, deixando-o à margem, em razão de seu pouco ou nenhum conhecimento.

Acrescenta que, diante desses argumentos, pode-se concluir que o direito à educação básica reúne as características dos interesses coletivos, podendo contar com a ação civil pública como um importante instrumento de acesso à justiça e, por conseguinte, a seu direito fundamental à educação básica, cabendo ao Judiciário analisar as demandas da espécie com respaldo não só na ordem jurídica e nas respectivas instituições, mas, também, sob a perspectiva do direito coletivo invocado, que toca a seus destinatários.

Na observação de José dos Santos Carvalho Filho³⁶⁹, a responsabilidade demonstra, como regra, a existência de ilicitude, significando que a conduta retrata procedimento contrário a um dever preexistente e que, exatamente

³⁶⁵ DENTI, 1976, pág. 7 et. seq.

³⁶⁶ CAPPELLETTI, 1975, p. 397 et. seq.

³⁶⁷ BASTOS, 1981, p. 40.

³⁶⁸ LIMA, 2003, p. 44.

³⁶⁹ CARVALHO FILHO, 1999, p. 10.

por faltar ao dever a que está jungido é que o indivíduo comete a ilicitude ensejadora da responsabilidade.

Tratando da proteção dos direitos fundamentais e afirmando serem de todo “justiciáveis”, afasta Paulo Bonavides³⁷⁰ a crença de quantos os supunham mero programa de política social enxertado no corpo das Constituições:

O problema da ‘juridicização’ dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social. Cumpre, pois, na busca de uma solução, observar toda essa seqüência: reconhecer a vinculação constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle judicial de constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade.

Enfim, é função do Ministério Público não somente atuar para corrigir os atos comissivos da administração, mas também a correção dos atos omissivos, de maneira a garantir a implementação das políticas públicas, visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

Para Maria Cristina de Brito Lima, a busca da efetividade do direito público subjetivo à educação básica – da qual a educação infantil constitui etapa, pela via judicial, com efeito, é a mais importante conseqüência de sua categorização. Nessa esteira, e com maior respaldo, está a possibilidade de se levar ao Judiciário a questão do cumprimento de norma constitucional, de cunho fundamental, tendente à realização das liberdades fundamentais, como é o caso da educação básica.³⁷¹

Cabe aos cidadãos, via Ação Popular (CF, artigo 5.º, inciso LXXIII) e ao Ministério Público, por meio da Ação Civil Pública e Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa, a provocação da atividade jurisdicional do Estado, no intuito de ver anulado o ato discricionário ineficiente, devendo, em se tratando do *parquet* e, se for o caso, ventilar sobre possível improbidade administrativa do gestor da coisa pública.

Antes disso, é curial o uso da Recomendação como estratégia de prevenção de responsabilidades da Administração, instrumento previsto na Lei Complementar n.º 75/93, em seu artigo 6.º, inciso XX dentre as atribuições do Ministério Público da União, bem como encerrada no artigo 80 da Lei n.º 8.625/93 aplicável aos Ministério Público dos Estados.

³⁷⁰ BONAVIDES, 1996, p. 186.

³⁷¹ LIMA, 2003, p. 33 et. seq.

Assim, a Recomendação, na área dos direitos sociais, além de prevenir o administrador das conseqüências de eventual omissão, também exercerá papel relevante à medida que permite à administração incorporar em seu ordenamento e planejamento de políticas públicas, linhas de atuação que auxiliam o efetivo exercício dos direitos assegurados na Constituição, possibilitando também a conciliação de interesses, que foram levados pela Sociedade Civil ao Ministério Público, ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei exercida pelo Parquet.³⁷²

Quanto ao cabimento e procedência da ação civil pública como instrumento para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais é o acórdão proferido no RESP n.º 575280/SP, pela T1 – PRIMEIRA TURMA, do qual foi relator o Ministro Luiz Fux³⁷³. É a transcrição da ementa e extrato da fundamentação:

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

[...]

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consecutivamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.
[...].³⁷⁴

Como argumenta o acórdão, um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

³⁷² FRISCHEISEN, 2000, p. 139.

³⁷³ RESP N.º 575280/SP – RECURSO ESPECIAL 2003/0143232-9 – RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO LUIZ FUX – ÓRGÃO JULGADO: T1 – PRIMEIRA TURMA – DATA DO JULGAMENTO: 02/09/2004 – DATA DA PUBLICAÇÃO: DJ 25/10/2004, P. 228.

³⁷⁴ Referências doutrinárias fornecidas pelo Superior Tribunal de Justiça: OBRA 1: Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2001, págs. 395-398. Autor: José Carlos Vieira de Andrade; OBRA 2: O direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 5ª ed., pág. 115. Autor: Luís Roberto Barroso.

Afastando, ademais, a tese da discricionariedade, o acórdão, tendo em vista a explicitude do ECA, conclui pela inequívoca normatividade da previsão constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. E considera: “Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana”.³⁷⁵

No entanto, no que se refere à legitimidade, cumpre tecer alguns registros. Conforme principia Rodolfo de Camargo Mancuso, em seu artigo Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas³⁷⁶ em nosso país, ao tempo em que se entrava a cogitar de um instrumento processual idôneo para a tutela dos então florescentes interesses meta-individuais (que anos depois apareciam trifurcados em difusos, coletivos e individuais homogêneos – art. 81 e incisos da Lei 8.078/90), a etimologia da ação civil pública aparecia ligada, estreitamente, ao Ministério Público, por ser este o agente usualmente credenciado pelo legislador para a proteção judicial de valores e interesses genericamente referidos ao bem-comum, consoante se colhe da Constituição Federal, à leitura dos artigos 127, 129, III, IX, e bem assim dos artigos 81 a 83 do Código de Processo Civil.

Segundo lembra o autor, esse histórico é testemunhado por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, que laboravam sobre o tema ainda antes da promulgação da lei que viria a se tornar o texto padrão em matéria de ação civil pública – a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985: “Caracteriza-se, assim, a ação civil pública, por ser de iniciativa de uma parte que é precisamente *pública*”. E concluíam: “Podemos, assim, conceituar a ação civil pública como o *direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional*” (grifos no original).³⁷⁷

Desse modo, a legitimação do Ministério Público para a tutela dos interesses individuais homogêneos (que não exclui a de outros co-legitimados – art. 5.º da Lei 7.347/85), deflui da interpretação sistemática de vários textos (CF, art.

³⁷⁵ Neste sentido, também: VEJA: (POSSIBILIDADE - CONTROLE JUDICIAL) STF - MS 20999-DF (IMPOSSIBILIDADE - CONTROLE JUDICIAL) STJ - [RESP 169876-SP](#) (RSTJ 114/98, RTJE 173/103), [RESP 63128-GO](#) (RSTJ 85/385, LEXSTJ 86/149), [AGRG NO RESP 252083-RJ](#).

³⁷⁶ MANCUSO, In MILARÉ, 2001, p. 707.

³⁷⁷ Ibid., p. 708. Nota do autor: “A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984, p.22”.

129, IX; Lei 8.078/90 – CDC – art. 82, I; LC 75/93, art. 6.º, XII; Código de Processo Civil, art. 82, III).

Aqui, em especial, vale trazer à colação a advertência de Mancuso quanto à natureza da ação em causa, quando afirma que a ação não é pública, pois o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses meta-individuais que, de outra forma, permaneceriam num 'limbo jurídico'.³⁷⁸

Como teria que ser, é de se registrar, finalmente, que considerando a ação civil pública como instrumento voltado à proteção de interesses e valores maiores da sociedade – no caso aqui analisado, em especial, a efetividade das políticas públicas – destinados seus efeitos a favor de sujeitos indeterminados e, de outra parte, sendo o Brasil uma República organizada sob a forma de democracia participativa, ou seja, Estado e sociedade, não faria sentido uma legitimidade exclusiva do Ministério Público, ainda que superlativamente qualificado (conforme define Mancuso), sendo de importância inclusive educativa ao aprendizado permanente das práticas da cidadania, que tal legitimidade não se estreite. Contrariamente, deve ser preservada a proporcionalidade entre o largo objeto da ação civil pública e o rol dos co-legitimados ativos.

4.3.2 A educação infantil

O Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial em que apreciava o direito constitucional à creche posicionou-se no sentido de que não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados – sendo, nesse campo vinculada a atividade, sem admissão de qualquer exegese que vise a afastar a garantia pétrea³⁷⁹:

³⁷⁸ MANCUSO, 2001, p. 709.

³⁷⁹ RESP N.º 575280/SP – RECURSO ESPECIAL 2003/0143232-9 – RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO LUIZ FUX – ÓRGÃO JULGADO: T1 – PRIMEIRA TURMA – DATA DO JULGAMENTO: 02/09/2004 – DATA DA PUBLICAÇÃO: DJ 25/10/2004, P. 228.

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

Muito incidente tem sido a apreciação da temática pela Corte Suprema Constitucional. Em recurso extraordinário³⁸⁰, interposto pelo Município de Santo André³⁸¹, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo³⁸², negou o Ministro Marco Aurélio seguimento, em razão de inconstitucionalidade não verificada:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - IMPOSIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. [...] 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

³⁸⁰ RE 411518/SP – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RELATOR MIN. MARCO AURÉLIO – DJ DATA 26/03/2004 – P. 00081 – JULGAMENTO 03/03/2004

³⁸¹ Algumas das razões da municipalidade e que restaram rechaçadas pela Suprema Corte: o Município articula com a transgressão aos artigos 2º, 165, 169, 206, incisos I, VI e VII, 208, incisos I e II, e 211, § 2º, da Constituição Federal, ao argumento de que a determinação do Judiciário para que efetue matrícula de criança em creche, independentemente de existência da respectiva vaga e dos recursos financeiros necessários, fere o princípio da separação dos Poderes. Salienta não caber ao magistrado "substituir os critérios de oportunidade e conveniência expressados pelo administrador público". Consoante afirma, a Carta da República estabelece que a prioridade do Poder Público é oferecer o acesso ao ensino fundamental gratuito, e não à educação infantil, que estaria em segundo plano. Evoca o princípio da isonomia, alegando que a possibilidade de ingresso em creche subsidiada pelo Poder Público é direito previsto não apenas para as crianças que procuram o Judiciário, mas também às centenas que "aguardam em fila de espera sua oportunidade nas vagas a serem abertas". Discorre o recorrente sobre a situação financeira por que passa e as providências que vêm sendo tomadas relativamente à ampliação da rede pública de ensino. Ao final, conclui encontrarem-se "as escolas municipais de educação infantil no limite da capacidade do seu atendimento, e a concessão da ordem poderá acarretar sérios prejuízos para os menores, não podendo neste caso responsabilizar-se pelas conseqüências advindas desse ato".

³⁸² Ementa da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: Criança - Direito fundamental à educação - restrição de vagas em creche - Inadmissibilidade - Segurança concedida - Recursos improvidos. A garantia de atendimento constitui direito público subjetivo e dever do Estado, que de forma prioritária deve possibilitar o acesso à pré-escola e não pode ser dar o direito de não dispor das vagas necessárias ao atendimento da demanda.

eterna lengalenga. O recurso extraordinário 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. [...].³⁸³

³⁸³ Neste mesmo sentido: STF – Recurso Extraordinário n.º 401673-7/SP – Relator: Min. Marco Aurélio – DJ 19/04/2004, pág. 00089; STF – Recurso Extraordinário n.º 356.479/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio – Decisão Monocrática – DJ 24/05/2004, pág. 00062.

5 CONCLUSÃO

A investigação científica que se pretendeu desenvolver teve por objetivo a identificação de parâmetros existentes no ordenamento jurídico vigente, sobre o exercício do controle jurisdicional das políticas públicas encetadas em matéria de educação infantil. Ao termo da pesquisa, que ainda merece aprofundamento em momento oportuno, não se chega propriamente a respostas definitivas quanto aos limites desse controle. No entanto, algumas conclusões podem ser extraídas do trabalho.

Admite-se no plano teórico que a educação apresenta uma dimensão muito mais extensa do que aquela que usualmente se apregoa. A educação visa ao preparo profissional do cidadão, mas não é somente isso; deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, sua necessidade de aperfeiçoamento – o aprendizado, para muitos, é a própria realização do ser humano. Essa educação – concebida inclusive no plano constitucional – deve ser a educação para a decisão, para a responsabilidade social e política, porque pressuposto da conquista e exercício dos demais direitos fundamentais.

Especificamente quanto à educação infantil – compreendida como a primeira etapa da educação básica, precedente ao ensino fundamental, dirigida às crianças de zero a seis anos de idade –, anote-se que as pesquisas desenvolvidas no campo da psicologia e da neurobiologia indicam que até os quatro anos a atividade cerebral alcança uma atividade que jamais se repetirá. A partir dessa constatação, os cientistas formam o conceito de “janelas de oportunidade” – de relevância singular para o futuro da educação. Tal termo denomina os momentos mais propícios de estimulação do cérebro para que assimile informações de determinada natureza. São consideradas chances de desenvolvimento em cada atividade na vida da criança e, assim, a educação nessa fase afigura-se como pressuposto para o adequado aproveitamento do ensino em suas etapas subseqüentes.

Isso significa que os cidadãos que tiverem a oportunidade de ser estimulados desde o berço, em tese, demonstram maior probabilidade de progresso intelectual e profissional. Como prognóstico, a constatação de que se o poder

público investir em educação infantil, os futuros trabalhadores serão mais qualificados e os cidadãos, mais educados. A pré-escola é, portanto, um dos mais poderosos instrumentos para combater a pobreza e a desigualdade e, assim, de alcance à dignidade.

Entretanto, o cenário nacional da Educação Infantil apresenta uma estarrecedora realidade, concluindo-se que o Brasil está longe de cumprir sua missão junto às crianças, no que diz respeito à igualdade de oportunidades. Ao lado disso, o direito à educação, na Constituição da República, vem garantido com *status* fundamental logo no artigo 6.º (Título III – Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

Da condição fundamental do direito à educação decorre uma consequência importante: impõe-se a obrigação ao Poder Público de implementar políticas públicas tendentes à concretização desse direito. Confere-se, dessa forma, caráter relativo à liberdade de conformação do legislador (e do Poder Executivo), sendo exigível, por parte dos cidadãos, o acesso universal e gratuito à educação infantil.

Está-se na seara das políticas públicas – grande legado do Welfare State – matéria essa que no campo do direito público leva à discussão, muitas vezes mal posta, sobre a discricionariedade do administrador público e a equivocada idéia das margens da liberdade existente em sua atuação.

Com efeito, as políticas públicas são, antes de mais nada, estratégias do administrador público e, dada essa sua natureza, são a elas reservadas certa discricionariedade em sua idealização, planejamento e implementação. Todavia, e isso nada mais é que consectário do Estado Democrático de Direito, são fartamente disciplinadas por princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, os quais se não exaurem seu desenho, dá-lhes ao menos visível contorno.

Buscou-se nesse sentido, a identificação, no arcabouço normativo que diz sobre a educação – sempre vista sob a perspectiva dos direitos fundamentais –, dos mandamentos dirigidos ao Estado, de tal forma que fosse possível enumerar as balizas dentro das quais deve o administrador público se encontrar para a elaboração das respectivas políticas. Por óbvio, o transbordamento desses delineamentos normativos irá justificar o exercício do controle jurisdicional.

Com maior razão, a omissão do administrador quanto ao seu dever funcional, afastando-se das imposições normativas, implicará violação, negativa, do

texto constitucional. É certo que o processo de concretização dos direitos de segunda dimensão consubstancia-se em implementação sempre onerosa. Contudo, esta vertente da realização não o legitima a desrespeitar a Constituição, mediante ação estatal desviada ou mediante inércia governamental.

O Poder Público não pode, sob o argumento da incapacidade econômico-financeira e, mediante indevida manipulação de sua atividade político-administrativa, criar obstáculos artificiais à implementação de direitos constitucionais. Isso porque, o que se procura justificar com a denominada teoria da reserva do possível não traz como conseqüência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar este direito; ou seja, os direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

A contraface da reserva do possível pode ser definida pela necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana. Esse princípio vem a ser fundamento do próprio Estado brasileiro e a existência de uma sociedade democrática pressupõe, necessariamente, o acatamento daquele conjugado com princípio da cidadania. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula e obriga todas as ações e políticas públicas.

Em que pese a limitação de recursos, não se pode descurar do fato de que a finalidade do Estado é a realização dos objetivos fundamentais da República, que se resumem na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está justamente em assegurar as condições de sua própria dignidade. 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 dever-se-ão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Dessa maneira, se os recursos financeiros disponíveis são limitados, a conclusão necessariamente implica a idéia da priorização dos recursos em face dos fins assim considerados essenciais pela Constituição e, ainda, em razão dos compromissos internacionais assumidos formalmente pela República Federativa.

Verifica-se, desse modo, que a teoria da reserva do possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla liberdade de conformação, pois estão vinculados ao princípio da supremacia constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição. É essa combinação de princípios que legitima o Poder Judiciário, dentro da teoria da separação dos poderes, a realizar o controle do poder em benefício da sociedade, sempre que esse *mínimo existencial* – formado pelas condições materiais básicas para a existência e representando um conjunto de condições iniciais para o exercício da liberdade – não for realizado. Assim, compete ao Poder Judiciário tutelar o *mínimo existencial*, sem o qual a própria dignidade resta comprometida.

Por outro lado, a proteção à dignidade da pessoa humana não implica, apenas, a proteção em face de atos de cunho retroativo, mas também em face de atos de cunho retrocessivo (inclusive aqueles de efeitos prospectivos). É o que a doutrina tem denominado como proibição (ou vedação) de retrocesso. Destarte, no contexto da hierarquização ou ponderação a ser procedida em cada hipótese concreta em que estiver em questão uma medida retrocessiva, há que se optar sempre por aquela que se apresentar mais compatível com a dignidade humana, salvaguardando a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais – à qual está diretamente vinculado o princípio da dignidade humana.

Esses parâmetros autorizam – na verdade, exigem – o controle judicial. Certo, portanto, é afirmar-se que não estão os atos administrativos imunes ao controle jurisdicional, da mesma forma que não está esse controle jungido aos seus aspectos formais. Ao contrário, a previsão normativa – inclusive de forte conteúdo principiológico – demanda que o controle ultrapasse os aspectos formais e, ingressando em componentes materiais do ato administrativo, avalie-se se o ato (ou a política) atende aos ditames da eficiência, da dignidade, da prioridade absoluta, da moralidade, dentre outros. Isso está no ordenamento e sua obediência, no mais das vezes, não é espontânea. Daí o papel do Judiciário.

A apreciação jurisdicional quanto à substância do ato, por certo, não afronta o princípio da tripartição dos poderes, mas sim exercita o chamado sistema de freios e contrapesos. A proteção judicial faz, tão-somente, com que seja preservada a vontade concreta da lei e da Constituição.

Se bem é verdade que o Poder Executivo e o Legislativo representam a legitimidade social, o que os autoriza a procederem escolhas e a realizá-las, mais verdadeiro ainda é que a eles pré-existe a vontade do constituinte originário, consagrada no documento máximo da República – sua Constituição Federal. A partir de então, ao Poder Judiciário é conferida, unicamente, no exercício de sua jurisdição constitucional, a atribuição de fazer valer aquelas opções coroadas como direitos fundamentais. Não está, pois, a escolher ou eleger direitos. Não está a formular ou implementar políticas públicas. Todavia, verificado o comprometimento da eficácia e da integridade de direitos com assento constitucional, cabe ao Poder Judiciário a intervenção para preservação da vontade do legislador originário, determinando sua observância.

Essa é a função jurisdicional da qual se quis tratar. Função essa que assume especial relevo frente às questões educacionais dadas suas particularidades examinadas no trabalho em uma abordagem que pretendeu ser multidisciplinar. Esse papel do Poder Judiciário, que até há pouco sequer era cogitado, mostra-se ser essencial para o adequado zelo aos bens jurídicos de envergadura constitucional.

Não obstante, a matéria somente em tempos recentes ocupou os espaços da academia e gradativamente vem encontrando aceitação nos meios judiciais. Uma longa jornada há que ser percorrida, já que, conforme registra a Professora Flávia Piovesan, o incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos revela a apropriação ainda tímida pela sociedade dos direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos legais, acionáveis e justiciáveis³⁸⁴.

Menciona, ainda, citando Asbjorn Eide e Allan Rosas que levar esses direitos a sério implica um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a distribuição de renda. Na análise da autora, a justiciabilidade ganha relevância em razão de seu caráter transformador e emancipatório, dissociando o Poder Judiciário de seu perfil conservador, não mais condizente com a realidade social:

Ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e

³⁸⁴ PIOVESAN, 2006, p. 55 et. seq.

emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário. Assinala-se, como caso emblemático, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, que, somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área.

É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do empowerment da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

Há que se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter este Poder em um “locus” de afirmação de direitos, que dignifique a racionalidade emancipatória dos direitos sociais e econômicos como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

Posicionar o Judiciário para esse caminho, sem que isso represente qualquer ofensa à harmonia e à estabilidade entre os Poderes, representa um grande desafio para o direito da pós-modernidade. O custo dos direitos não deve estar somente sobre a mesa do administrador. Antes disso, a escassez dos recursos – e sua inevitável priorização – já ocupou a pauta das casas legislativas, as quais, ao fazê-la, perfilharam os desideratos que a sociedade almeja, restando ao Estado buscá-los. Na correta adequação desse agir estatal, o Poder Judiciário encontra sua legitimidade de atuação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da educação**. São Paulo: Moderna, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./fev./mar. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 7 jan. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **RePro 23**, São Paulo, jul/set. 1981.

_____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEUST, Luis Henrique. Ética, valores humanos e proteção à infância e juventude. In: KONZEN, Afonso Armando (coord.). **Caderno pela justiça na educação**. Brasília: MEC. FUNDESCOLA, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais** – Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAMPOS, César. **Concertos didáticos**. Disponível em: <<http://www.riototal.com.br/feliz-idade/medica29.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2007.

CAMPOS, Maria Malta. **Reescrevendo a educação – propostas para um Brasil melhor. Educação infantil**. Disponível em: <<http://www.reescrevendoaeducacao.com.br/2006/download.php?recid=7>>. Acesso em: 1 mai. 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Rever ou romper a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, n.15, abr./jun. 1996.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti allá giusttizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1975.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Revista de Direito Administrativo**. Seleções Históricas.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva** – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista Interesse Público**, n. 16, p. 50-64.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. A Educação como Política Social Básica. Estatuto e LDB: Direito à Educação. In: KONZEN, Afonso Armando (coord.). **Caderno pela justiça na educação**. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, Ano 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 64-103.

DENTI, Vittorio. **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Pádua: Cedam, 1976.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. **Nota Técnica n.º 7: O FUNDEB e o Financiamento Público da Educação**. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatecFundeb.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2007.

DIMENSTEIN, Gilberto. Cotidiano. **Folha de São Paulo**, 3 jul. 2005, p. C-8.

EDUCATICA.NET. **Janelas de oportunidades de aprendizado**. Disponível em: <<http://www.educatica.net/curiosidades/curiosidades02.php>>. Acesso em: 28 mai. 2007.

_____. **Processo de aprendizagem por estímulos**. Disponível em: <<http://www.educatica.net/curiosidades/curiosidades02.php>>. Acesso em: 28 mai. 2007.

FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Administrativo – RDA** 14/52. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALCÃO, Gerson Marinho. **Psicologia da aprendizagem**. São Paulo: Ática, 1984.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O Judiciário e seus dilemas. **Revista do Advogado**, n. 56, set./99.

FAZZIO, Guisepe. **Sindicalità e motivazione degli atti amministrativi discrezionale**. [S.l.]: A. Giuffrè Editore, 1971.

FEIJÓ, Patrícia Collat Bento. O fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais da educação – FUNDEB. Aspectos jurídicos e administrativos da implantação do fundo nos municípios. **Interesse Público**, Porto Alegre, Ano 9, n. 41, jan./fev. 2007, p. 283-301.

FERRAZ, Antônio Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. A Constituição de 1988 como Constituição Legítima. **Constituição de 1988 – Legitimidade, vigência e eficácia e supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Ciências e Tecnologia – Universidade Estadual Paulista, Campus de Presidente Prudente, como requisito para obtenção do título de Mestre em Educação, na área de concentração: Formação de Professores, maio/2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990-1995. 4 v.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1984.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Boletim de Direito Administrativo**, jun. 1995, p. 324-337.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. O que fazer diante do não fazer do Estado em face aos comandos constitucionais. **Revista da Procuradoria Geral da República**, São Paulo, n. 08, jan./ jun. 1996, p. 172-179.

_____. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Disponível em: <http://www.fgv.br/ibre/cps/pesquisas/impacto_2005/hc388.jpg> Acesso em: 31 mai. 2007.

_____. Disponível em: <<http://www4.fgv.br/cps/simulador/infantil/index.htm>>. Acesso em: 31 mai. 2007.

GARCIA, Maria. A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 23, abr./jun. 1998.

_____. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 15, 1996.

GOIS, Antônio. Cotidiano. **Folha Online**, 8 mai. 2005. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95ul108807.shtml>. Acesso em: 18 ago. 2005.

GOMES, Patricia Saboya. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/>>

PatriciaSaboyaGomes/sala/Disc_externos/20050728.ppt#1>. Acesso em: 28 mai. 2007.

GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 13, n. 51, abr./jun. 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito constitucional contemporâneo**. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HERKENHOFF, João Batista. **Constituinte e Educação**. Petrópolis: Vozes, 1987.

HUGO, Victor. **O último dia de um condenado**. Bahia: Livraria Progresso e Editora Cidade de Salvador, 1954.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia: a formação do homem grego**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KRAMER, Sonia. **As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: educação infantil e é fundamental**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a09v2796.pdf>>. Acesso em: 1 mai. 2007.

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

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: UFPE, 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei 9.394, de 20.12.1996: jurisprudência sobre educação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública. Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Ação civil pública**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos direitos difusos em juízo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Manual do FUNDEF**. [S.l.: s.n.], 2004.

_____. **Política nacional de educação infantil: pelo direito das crianças de zero a seus anos à Educação**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Educinf/eduinfpolit2006.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2007.

_____. **Portal – FUNDEB**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/index.php?option=content&task=view&id=799&Itemid=839>>. Acesso em: 11 jun. 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PIAGET, Jean. **O juízo moral na criança**. São Paulo: Summus, 1994.

_____. **Para onde vai a educação?** 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974.

PIOVESAN, Flávia (coord.). **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos anotado**. no prelo.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 2, abr./jun. 2006, p. 55-70.

_____. **Proteção judicial contra omissões constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo (org.). **Atlas da exclusão social no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder**. [S.I.]: Coimbra, 1940.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas. **Encontro Nacional do Ministério Público**, 2001.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Revista CEJ**, n. 9, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 4, 1999, p. 23-48.

ROCHA, Mauro Sérgio. O princípio da eficiência e conseqüente lei de responsabilidade fiscal como forma mitigadora do poder discricionário do administrador público. **Congresso Nacional do Ministério Público**, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou da educação**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O contrato social**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SAMARA, Helena. **As janelas de oportunidade e o papel da Educação Infantil no século XXI**. Disponível em: <<http://www.escolamobile.com.br/artigos/janelas.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. _____. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 14, n. 57, out./dez. 2006, p. 05-48.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse Público. **Revista Bimestral de Direito Público**, Porto Alegre, Ano 7, n. 32, jul./ago. 2005, p.213-226.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUSA, António Francisco de. Os 'conceitos legais indeterminados' no direito administrativo alemão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 166:276-91, out./dez. 1986.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TÁCITO, Caio. Vinculação e discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 205/125.

TOMASEVSKI, Katarina. O direito universal à educação e o Estado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno "Opinião", 17 jan. 2003.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226:281-92, out./dez. 2001.

TORRES, Ricardo Lôbo (org.). A cidadania multidimensional na era dos direitos. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. **Acórdão 509/02**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 4 set. 2006.

VEJA. O Paradoxo da Miséria. **Revista VEJA**, São Paulo, 23 jan. 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIGOTSKII, Lev Semenovich; LURIA, Alexander Romanovich; LEONTIEV, Alex N. **Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem**. São Paulo: Ícone – Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. Questões de fato, conceito vago e sua controlabilidade através do recurso especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Acesso em: 4 maio 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)