

CLAUDIA FARINELLI LEITE

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS
EM RELAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO E A
TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL:
ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Orientador: Prof. Doutor Manuel Tavares

**Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias
Instituto de Educação**

Lisboa

2015

CLAUDIA FARINELLI LEITE

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS
EM RELAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO E A
TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL:
ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Dissertação defendida em provas públicas na Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, no dia 24 de fevereiro de 2016, perante o júri, nomeado pelo Despacho de Nomeação nº 22/2016, de 15 de janeiro de 2016, com a seguinte composição:

Presidente:

Prof. Doutor António Teodoro

Arguente:

Prof. Doutor José Bernardino Duarte

Vogal:

Prof.^a Doutora Isabel Rodrigues Sanches

Orientador:

Prof. Doutor Manuel Tavares

Coorientador:

Prof. Doutor Óscar Conceição de Sousa

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Faculdade de Ciências Sociais, Educação e Administração

Instituto de Educação

Lisboa

2015

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a minha mãe, Maria Stela, ao meu pai, José Maria, ao meu irmão Daniel e ao meu noivo Raoni, por não me deixarem desistir.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Doutor Manuel Tavares, pela paciência e dedicação.

Agradeço ao meu co-orientador, Prof. Doutor Óscar C. de Sousa pela colaboração e dedicação.

Mas meu agradecimento especial é dirigido a minha filha, Maria Clara, por ser a razão da minha existência.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

RESUMO

O direito a educação, como direito fundamental, é previsto constitucionalmente em nossa Carta Magna de 1988, sendo de imediata aplicabilidade. Entretanto, para efetivação desse direito, como dos demais direitos fundamentais, faz-se necessária a criação e implementação de políticas públicas por parte do Estado, enquanto Executivo e Legislativo, garantidoras desses direitos essenciais à coletividade. Todavia, quando o Poder Público é omissor na garantia desses direitos, relegando os cidadãos ao arbítrio de seus governantes, surge a indagação acerca da possibilidade de intervenção de Poder Judiciário nas políticas públicas, visando a garantia de tais direitos, inobstante a escassez de recursos financeiros, argumento utilizado pelo Estado para justificar sua omissão. A presente pesquisa busca analisar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas educacionais, frente a omissão do Estado, bem como se a reserva do possível seria um óbice à efetivação do Direito a Educação, utilizando como objeto de análise desta pesquisa decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial, Políticas Públicas, Educação, Poder Judiciário, Reserva do Possível.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

The right to education as a fundamental right is constitutionally provided in our 1988 Constitution, and immediate applicability. However, for realization of this right, as other fundamental rights, it is necessary the creation and implementation of public policies by the State, while executive and legislative branches, guarantors of these essential rights to the community. However, when the Government is silent on ensuring these rights, relegating citizens to the will of their rulers, there is the question about the possibility of judiciary intervention in public policies aimed at securing these rights, regardless of whether the scarcity of financial resources , argument used by the State to justify its omission. This research seeks to analyze the possibility of the judiciary intervention in the creation and implementation of educational policies, compared to the State's failure and the book can be an obstacle to the realization of the Right to Education, using as analyzed in this Search judgments handed down by the Supreme Court.

KEYWORDS: Judicial Control, Public Policy, Education, Judiciary, the possible reserve.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 PERCURSOS TEÓRICOS DA PESQUISA.....	10
1.1. ESTADO DA ARTE.....	11
1.2. REFERENCIAL TEÓRICO.....	18
1.2.1.DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
1.2.1.1.Direito A Educação.....	25
1.2.2. EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
1.2.3.RESERVA DO POSSÍVEL.....	52
2. PERCURSOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA.....	58
2.1.JUSTIFICAÇÃO METODOLÓGICA.....	59
2.2. TIPOS DE PESQUISA.....	60
2.3. INSTRUMENTOS DE COLETA DE DADOS, SUJEITO E LOCAL DA PESQUISA.....	61
2.4. TÉCNICAS DE ANÁLISE DOS DADOS.....	61
2.5. PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE DE DADOS.....	62
3. ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS DA PESQUISA.....	64
3.1. Análise e interpretação de decisões do Supremo Tribunal Federal.....	65
3.1.1. Análise de Conteúdo.....	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS.....	83
ANEXO 1 - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337.....	CD anexo
ANEXO 2 - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 869.955.....	CD anexo
ANEXO 3 - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 860.979.....	CD anexo
ANEXO 4 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 884.402.....	CD anexo
ANEXO 5 – LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL...	CD anexo
ANEXO 6 – PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO.....	CD anexo

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

6

INTRODUÇÃO

O direito à educação encontra-se elencado no artigo 6º da nossa constituição da república de 1988, que assim dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Nossa Carta Magna traz, em seu Título I os Princípios Fundamentais e em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais. Inseridos neste Título, temos o Capítulo I que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), Capítulo II que versa sobre os direitos sociais (artigos 6º ao 11º), Capítulo III que discorre acerca da nacionalidade, Capítulo IV que elenca os direitos políticos e, por fim, o Capítulo V que trata dos partidos políticos.

Conforme se verifica, o direito social à educação, se encontra dentre os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Lei Maior Brasileira.

Neste sentido, quando tratamos da educação como direito social fundamental que o é, nasce o direito de exigir do Estado a efetivação deste direito, não nos cabendo relegá-lo a simples critérios de nossos ocupantes das cadeiras do Poder Executivo e Legislativo.

Como nos esclarece José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 51-52):

O problema actual dos <<direitos sociais>> (*Soziale Grundrechte*) ou direitos à prestação em sentido restrito (*Leistungsrechten im engeren Sinn*) está em <<levarmos a sério>> o reconhecimento constitucional de direitos como direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjectivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efetivação prática (= accionabilidade), não podemos considerar como simples <<aleluia jurídico>> (C. Schmitt) o fato de as constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua garantia, ou a falta desta, não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio)

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

7

de simples maiorias parlamentares.

Assim, cabe ao cidadão que se sentir lesado na consubstanciação de seus direitos e garantias fundamentais, exigir do Estado, por meio do Poder Judiciário, que aquele cumpra o preceito fundamental de lhe garantir educação, caso o Estado não busque implementar políticas públicas que visem concretizar os direitos garantidos aos cidadãos, como no caso em estudo, a educação.

Todavia, na tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), cabe ao Poder Executivo como atividade típica, a elaboração de orçamento público para efetivação dos direitos dos cidadãos - de forma individual, e sociedade - de forma coletiva, inserindo os custos de suas políticas públicas no orçamento, conforme determinam a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

E nesta seara, afirma Fernando Borges Mânica (2011, p.02), com o aparecimento do Estado Social e na conformação da ordem econômica e social, que

O orçamento público abandona seu caráter de neutralidade e torna-se instrumento de administração pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle. Tal transformação das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, metas e programas – agora constantes dos textos constitucionais – passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que o concretizem. Portanto, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge por meio de políticas públicas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social.

Sendo assim, conclui-se que, caso o Estado não busque incrementar políticas públicas que garantam aos cidadãos o exercício de seus direitos, assim garantidos no texto constitucional, o Poder Judiciário, provocado, poderia compeli-lo a fazer.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

8

Todavia, na prática, não é assim que os fatos têm sido observados.

O Poder Executivo, quando compelido pelo Poder Judiciário, alega em sua defesa a “Teoria da Reserva do Possível”, entendida por alguns doutrinadores como “Teoria da Reserva do Economicamente Possível” que, sucintamente, consiste na alegação do Poder Público enquanto Executivo, de que as políticas públicas visando a concretização dos direitos fundamentais previstos em nossa constituição da república de 1988 devem ser delineadas pelas condições econômicas do Estado, devidamente inseridas em seu orçamento, a fim de não inviabilizar a economia pública e o equilíbrio econômico do Estado.

Interpretando a teoria retro mencionada, Giovani Bigolin (2004, p. 04) afirma que

(...) é necessário não apenas que a norma outorgue certa capacidade de atuação para o seu destinatário como também existam recursos materiais que tornem possível a satisfação do direito, fatores que consubstanciam a cláusula da “reserva do possível”.

Diante desta teoria, utilizada pelo Estado enquanto Poder Executivo, para justificar a ausência de implementação de políticas públicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais sociais, surge o seguinte questionamento: a teoria da reserva do possível pode ser um fator limitador à atuação do Poder Judiciário na busca da efetivação do direito social fundamental à educação, compelindo o Poder Público (Executivo) à elaboração e implementação de políticas públicas que visem garantir ao cidadão o exercício de seu direito à educação?

Num primeiro momento será feita uma revisão de literatura, buscando identificar o posicionamento da doutrina quanto a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas educacionais, inobstante a inexistência de verba orçamentária para tal finalidade.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

9

A metodologia desenvolvida no presente trabalho, que será abordada no segundo capítulo, foi, numa primeira fase, do tipo bibliográfica e, numa segunda fase, com a utilização de processos descritivos e de análise qualitativa, utilizando-se de dados secundários (obras jurídicas e jurisprudência), com a pesquisa delimitada às edições mais recentes dos autores, bem como da análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal relacionados aos questionamentos sobre o tema.

Num primeiro momento, analisaremos os direitos fundamentais, com ênfase no direito social à educação; posteriormente, abordamos a efetividade dos direitos fundamentais sociais e a teoria da reserva do possível. Por fim, trouxemos à colação o entendimento doutrinário quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas educacionais e fechamos a nossa abordagem com a análise de algumas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema da presente pesquisa. Esta análise foi feita de acordo com a técnica de análise de conteúdo, na perspectiva de L. Bardin (1977).

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

10

CAPÍTULO 1
PERCURSOS TEÓRICOS DA PESQUISA

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DE HUMANIDADES E TECNOLOGIAS
INSTITUTO DE EDUCAÇÃO

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

11

1.1. ESTADO DA ARTE

O Estado da Arte ora apresentado visa, de forma sintetizada, analisar a fase de desenvolvimento e conhecimento em que se encontra o objeto de pesquisa em análise, ou seja, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas educacionais e se a reserva do possível seria uma limitação a esta intervenção, na busca da efetivação do direito à educação.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se fonte bibliográfica do período de 2006-2015, ou seja, nove anos, o que se apresenta suficiente para demonstrar a evolução do tema ora abordado, que se iniciou com a proteção jurisdicional individual dos direitos fundamentais, atingindo a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, não apenas na efetivação do dever de prestar do Estado, mas também na implementação e correção de políticas públicas educacionais.

Modernamente se tem observado ampla discussão por parte da doutrina acerca da efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos em nossa Constituição da República de 1988, principalmente no que tange à educação, como direito básico garantido ao cidadão por nossa Lei Maior de 1988 que, na prática, se constata que tem ficado relegado à sua previsão positiva, deixando de produzir os devidos efeitos no mundo fático, não atendendo, portanto, aos anseios e necessidades sociais e culturais.

Todavia, neste contexto, relevante salientar que o direito a educação, como direito fundamental social, norma esta constitucional e de eficácia plena, para seu efetivo cumprimento, necessita de criação e implementação de políticas públicas¹ por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, aos quais o princípio da tripartição de poderes, criado por Montesquieu, foram atribuídas tais funções.

¹Conceituando políticas públicas, Mânica (2011, p. 02) esclarece que “política pública é uma expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos.”

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

12

Isto porque, com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração – direitos econômicos, sociais e culturais, o Estado passou a ter o dever de *facere e prestare*, surgindo, a partir de então, o Estado Democrático de Direito.

Duarte (2007, p. 691-713) corrobora este entendimento:

Após este breve panorama a respeito dos parâmetros que devem informar a tarefa de concretização do direito educacional, é possível afirmar que o Estado deve aparelhar-se para fornecer a todos, progressivamente, os serviços educacionais mínimos. Isso significa reconhecer que o direito à educação só se efetiva mediante o planejamento e a implementação de políticas públicas. Em outras palavras, a satisfação do direito não se esgota na realização do seu aspecto meramente individual (garantia de uma vaga na escola, por exemplo), mas abrange a realização de prestações positivas de natureza diversa por parte do poder público, num processo que se sucede no tempo.

Neste contexto, o dever de *facere e prestare* deve ser exercitado, pelo Estado, enquanto Poder Executivo, por meio de elaboração e implementação de políticas públicas, entretanto, o problema ocorre quando o Estado não cumpre com seu dever de garantir, por meio destas políticas, os citados direitos sociais, não oferecendo o mínimo existencial aos cidadãos, fazendo-se necessário, então, a intervenção do Poder Judiciário, que tem como uma de suas atribuições, garantir a integridade e a eficácia dos fins do Estado Democrático de Direito.

Seguindo este raciocínio, de que, em caso de comprometimento da eficácia e integridade dos fins do Estado, seria possível a intervenção do Poder Judiciário, junto aos Poderes Executivo e Legislativo, numa clara flexibilização do princípio da tripartição de poderes, surge a indagação se esta intervenção independeria de disposição orçamentária por parte destes poderes.

Neste sentido, a teoria da reserva do possível, como limitadora à intervenção do Poder Judiciário, é citada por Grinover (2010, p. 36): “Há limites postos à intervenção do Judiciário

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

13

em políticas públicas. Tais limites são: *i.* a restrição à garantia do mínimo existencial; *ii.* a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; *iii.* a reserva do possível.”

Arenhart (2009, p. 19), por sua vez, entende que a existência de limitações apenas confirma a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, na garantia da efetividade dos direitos fundamentais:

Em conclusão, cumpre considerar que o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário não deve ser tido como uma exceção, mas antes como uma regra. Diante da concepção do sistema dos “freios e contrapesos” – acolhida pelo direito nacional – não há dúvida de que o controle dos demais “poderes” do Estado somente pode ser realizado, em última instância, pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o Judiciário não se pode – justamente porque ele representa o último campo de proteção contra os abusos eventualmente cometidos pelos outros “poderes” – furtar a exercer este papel. Ainda que existam limites para a sua atuação e para o seu controle, a existência destas barreiras não infirmam, mas antes confirmam, a necessidade de atuação desta função pelos órgãos jurisdicionais. De todo modo, a existência destes limites não pode autorizar sua simples *alegação*, como obstáculo à intervenção judicial. A efetiva existência do limite em questão deve ser cuidadosamente verificado pelo Poder Judiciário e devidamente ponderado, a fim de evitar “vácuos” no domínio público, em que certas condutas permanecem simplesmente livres de controle, pelo simples fato de uma invocada ilegitimidade na intervenção jurisdicional.

Martins (2006, p.19) destaca como limitação a intervenção do Poder Judiciários nas políticas públicas, as teorias da “reserva da consistência” e da “reserva do possível”.

De forma especial, observa-se que o conceito da “reserva de consistência” e o conceito da “reserva do possível” devem caminhar juntos para atingir uma solução que não fira os ideais democráticos da nossa Constituição. Portanto, o Judiciário não deve temer a função de assegurar o cumprimento da Constituição, especialmente em sede de Direitos Humanos. O dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo, representado pelo entendimento jurisprudencial tradicional, não pode ser considerado um óbice à força normativa da constituição e consequente efetividade de normas de eficácia limitada.

Neste mesmo contexto, Liang Wang (2008, p. 14-15), desenvolvendo sua pesquisa

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

14

tendo como fonte inúmeras decisões de nossos Tribunais pátrios, faz relevante observação, quanto à limitação imposta pela teoria da “reserva do possível” afirmando que esta não pode ser utilizada pelo Pde Público como desculpa para não efetivação do direito fundamental a educação:

Estas decisões apresentam alguns trechos da ADPF 45, lembrando que a concretização dos direitos sociais é feita de forma gradual e indissociável da disponibilidade de recursos. Abordam também a cláusula da “reserva do possível”, admitindo que o pedido de imediata efetivação de um direito social só deve ser concedido quando razoável e quando houver disponibilidade econômico-financeira do poder público. Ainda na esteira desta ADPF, lembram que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de “exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” e que, mesmo não sendo papel do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, cabe a este poder, “em bases excepcionais”, obrigar que políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional. Afirmam, logo em seguida, citando Otávio Henrique Martins Port, (“Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda), que a cláusula de “reserva do possível”, exceto quando há “justo motivo aferível”, não pode ser invocada pelo Estado para, “dolosamente”, exonerar-se do cumprimento de sua obrigação constitucional e, desta maneira, violar um direito fundamental.

Mânica (2011, p. 16) traz ainda uma elucidação quanto à teoria da “reserva do possível” como limite à intervenção do Poder Judiciário, que esta deve ser observada atendendo-se ao princípio da proporcionalidade:

Diante da escassez de recursos e da multiplicidade de necessidades sociais, cabe ao Estado efetuar escolhas, estabelecendo critérios e prioridades. Tais escolhas consistem na definição de políticas públicas, cuja implementação depende de previsão e execução orçamentária.

As escolhas realizadas pelo Estado devem ser pautadas pela Constituição Federal, documento que estabelece os objetivos fundamentais que deverão ser satisfeitos pela autoridade estatal. A vinculação dos gastos públicos aos objetivos constitucionais é lógica.

Há que se abandonar posições extremadas acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Há

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

15

hipóteses em que tal intervenção é descabida, em face do princípio da separação de poderes, da legalidade orçamentária e da discricionariedade administrativa; há hipóteses em que a intervenção é possível, mediante determinação de que seja prevista determinada despesa na lei orçamentária do ano subsequente; e há hipóteses em que é possível, e necessária, a intervenção direta do Poder Judiciário no orçamento, inclusive mediante sequestro de recursos públicos.

De acordo com a *teoria da reserva do possível*, a decisão por uma ou outra possibilidade deve ser tomada mediante a ponderação dos bens e interesses em questão, segundo critério da proporcionalidade.

Em uma última observação, quanto aos critérios que devem ser observados para intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, Silveira (2011, p. 38), foge dos padrões legais e positivos de limitação, para abordar o preparo dos julgadores para solucionarem lides envolvendo questões pedagógicas e educativas:

Apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, é patente a necessidade de discutir a utilização deste meio para a resolução de litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas, pois esta instituição nem sempre será o mecanismo mais eficaz, devido ao despreparo dos seus membros para as dinâmicas envolvendo o cotidiano educacional.

Alves (2011) destaca que a intervenção do Poder Judiciários nas políticas públicas deve ocorrer exatamente para haver uma estrutura harmônica entre os poderes do Estado, visando o pleno funcionamento do Estado no cumprimento de sua missão.

Na realidade, o que se observa no trato doutrinário acerca do tema em questão e que, apesar de alguns autores mais cautelosos adotarem o entendimento de que o Judiciário deve intervir nas políticas públicas, observando-se algumas limitações, dentre elas o objeto de nossa pesquisa, qual seja, a teoria da reserva do possível, outros estudiosos do assunto, defendem e clamam pela “judicialização da política.”

Dantas (2008, p. 2355) bem nos informa quanto à necessidade da judicialização da política:

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

16

A juridicização da política pela Constituição brasileira leva a uma judicialização da política, conferindo ao Poder Judiciário uma importante participação na conformação e no controle das políticas públicas, sem que tal imperativo conduza a um governo de juízes, assegurando-se a liberdade de conformação do legislador, que não vai a ponto de permitir que se olvide os objetivos e as finalidades que gozam de prioridade constitucional e que se relegue a política de desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Fonseca e Marchesi (2014, p.19), opinam pela necessidade do ativismo judicial, a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, não podendo o julgador se eximir de aplicar as normas constitucionais aos casos concretos que lhe são submetidos por meio de provocação da jurisdição:

Desse modo, diante da retração dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas o Poder Judiciário assume relevante papel de transformação do ideário constitucional em realidade.

Nada obstante, muitas vezes para efetivar os direitos dos cidadãos é necessário que o julgador ultrapasse o liame da mera aplicação estrita da lei, antevendo os resultados concretos de sua decisão e, nesse contexto, adotando uma postura proativa a fim de efetivar a expectativa de justiça que pesa sobre a jurisdição, trata-se do chamado ativismo judicial.

Desse modo, diante de omissões legislativas que deixam o povo impossibilitado de exercer seus direitos, não é viável que os juízes se eximam da responsabilidade, quando o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais, sendo não só legítima como também necessária a atuação proativa do julgador.

Barroso (2009, p.19) defende, de igual forma, o ativismo judicial como solução, entretanto, sustenta que o mesmo deve ser aplicado com cautela:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.

Cury e Ferreira (2009), assim entendem que, a ausência de políticas públicas e

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

17

administrativas que garantam o processo educacional, irremediavelmente, acarretará medidas judiciais, eis que, a função essencial do Poder Judiciário é reconhecer o direito subjetivo dos jurisdicionados e lhes conceder tutela útil e efetiva.

Lagares e Nascimento (2015, p. 101), concluem o pensamento sobre o tema em questão destacando que

Não se pode negar que a efetivação do direito à educação, como um típico direito social, está condicionada a recursos financeiros, mas também não se pode aceitar a mera afirmação de ausência de orçamento como justificativa para o descumprimento de um direito constitucional fundamental. Assim, se justifica a cláusula do mínimo existencial, que consiste exatamente na garantia do mínimo básico para o gozo de uma vida digna, e a educação é, nos dias de hoje, indiscutivelmente necessária para isso. Dessa forma, percebe-se a dignidade da pessoa humana tanto como fundamento do legislador para prever a educação como um direito fundamental social, como também do judiciário para fazer valer no mundo dos fatos essa previsão constitucional.

Após diversas explanações, sobre diferentes e relevantes entendimentos doutrinários acerca da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas educacionais, o que se observa é que, não obstante os autores destacarem, cada um a sua maneira, a importância de uma intervenção cautelosa, observando-se limites e proporções, todos comungam da ideia de que a tal intervenção faz-se necessária, sendo o único meio eficaz à garantia dos direitos sociais, face a inércia do Poder Público, enquanto Legislativo e Executivo, na criação e implementação de políticas públicas hábeis à concretização dos ideais constitucionais, concluindo-se, portanto, que a inexistência de orçamento (reserva do possível) não pode ser óbice à efetividade do direito à educação.

No âmbito da nossa pesquisa e partindo da revisão da literatura e estado da arte sobre a temática, tomamos verdadeira consciência da necessidade de aprofundar a questão de um dos direitos fundamentais dos cidadãos – o direito à educação – e o modo como o poder judiciário entende esse direito face à reserva do possível.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

18

1.2. REFERENCIAL TEÓRICO

1.2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexy (2008, p.107), em sua obra concernente à teoria dos direitos fundamentais, aborda em um dos pontos, sobre o que se refere à estrutura das normas, em que os direitos fundamentais deverão ser considerados como razões para normas.

Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas. Mas com essa identificação como razões *prima facie* e razões definitivas ainda não se disse para quê regras e princípios são razões. Eles podem ser considerados como razões para ações ou razões para normas; enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais e/ou para normas individuais.

Nesse sentido, é necessária a abordagem sobre as etapas e gerações dos direitos fundamentais, analisando assim seu início até ao seu momento atual, em que esses direitos passam a ter força normativa perante a Constituição, e conseqüentemente, atuando conjuntamente com as regras, dando o fundamento e a base principiológica para o sistema jurídico, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Partindo da já justificada necessidade de proposição da abordagem histórica, os princípios fundamentais destacam-se como inerentes à estrutura do Estado. De outro ponto de vista, contudo, também são diretrizes imprescindíveis à figuração do Estado, determinando o modo e a forma de ser.

Está claro também que esses direitos conferem unidade teleológica aos demais princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico constitucional, harmonizando e unificando o sistema jurídico, servindo, ainda, de balizamento para a interpretação e integração da Constituição. Seguirei essas sugestivas abordagens para tratar do surgimento dos direitos fundamentais.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

19

Pois bem, pode-se analisar, pelo contexto histórico que, devido à influência burguesa, dos ideais liberais e da revolução francesa, formou-se o estado liberal, o qual se caracterizava como não intervencionista e com a existência do argumento de participação do povo no poder, levando à quebra da hegemonia da nobreza, a qual detinha o poder no antigo estado vigente, tido como absolutista.

A denominação liberal tem como ideologia assegurar a liberdade dos cidadãos perante o Estado, fruto dos abusos cometidos pelos reis absolutistas que agiam autoritariamente e arbitrariamente. Surge, assim, a primeira geração dos direitos fundamentais, possuindo, preponderantemente, caráter negativo por parte do Estado. Essa geração é constituída pelos direitos individuais, conforme se denomina no Brasil – como direitos civis, direitos de resistência, à vida, à propriedade e à inviolabilidade domiciliar – e também pelos direitos políticos – a exemplo do direito de se candidatar, de formar partido político e de opinar.

Os direitos de primeira geração são oponíveis em relação ao Estado, haja vista a adoção ao modelo de liberalismo político e econômico pelo estado absenteísta, não sendo assim, intervencionista.

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se a fase da segunda geração dos direitos fundamentais, sendo denominados de direitos sociais, em sentido amplo, abarcando os próprios direitos sociais em sentido estrito – os direitos econômicos e os direitos culturais.

A diferença destes em relação à primeira geração consiste no fato de que são direitos prestacionais e requerem a atuação positiva do Estado, ou seja, atuação na educação, na saúde, na segurança pública, no lazer e também na questão dos direitos trabalhistas.

O estado social possui a função de prover as necessidades básicas do homem – bem estar social, fazendo com que se onere o orçamento do Estado em detrimento do Estado

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

20

liberal, com a sua ideologia intervencionista defendida pela escola Keynesiana (RIBEIRO, 2013). Canotilho (2008, p.30), sobre esse tema referiu:

A liberdade dos modernos e a liberdade republicana nada têm a ver (...) com a ideia de cosmo natural e transcendente, geométrico e fechado. O paradigma liberal, tal como ele foi progressivamente delineado, de Adam Smith a Hume, de Ferguson a James Mill, de Constant a Tocqueville, de Silvestre Pinheiro Ferreira a Herculano, é um grito de modernidade a favor das energias individuais, que apenas pedem aos poderes públicos a criação e garantia do mínimo de ordem, necessário ao máximo de liberdade. Estamos longe da ordem do *logos*, que exigia dos cidadãos iguais uma intensa participação nos negócios da *polis*.

A partir dessa via de análise, pode-se considerar a real intenção do bem estar social, adotando-se a ideia de garantias às necessidades básicas do indivíduo perante a sociedade, devendo de tal maneira ser conceituado o chamado bem estar social.

Essa tentativa tinha como intuito, o agigantamento da máquina estatal, para depois se almejar sua diminuição, retornando assim e podendo ser comparado a fase anterior, ou seja, a fase do liberalismo.

A partir da década de 70, com a estagflação, ou seja, com a ocorrência simultânea de baixas taxas de crescimento da produção e de elevadas taxas de inflação, houve a derrocada do intervencionismo keynesiano, momento em que Friedman, resgatando os valores do liberalismo econômico, protagonizou seu renascimento nos anos 1970 sob a forma do neoliberalismo (RIBEIRO, 2013), hoje, também chamado de Estado Democrático de Direito.

Nesse modelo de Estado, deixa-se de investir em determinadas áreas da economia, delegando-as aos particulares, sendo as mesmas regulamentadas a partir de agências; por tal motivo, o neoliberalismo é relacionado e considerado como a fase das privatizações.

Em fins do século XX, surge, por consequência, a terceira geração dos direitos fundamentais, denominados também como direitos meta-individuais, que não se referem aos

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

21

indivíduos, e sim à coletividade.

Vale destacar que, o surgimento da terceira geração dos direitos fundamentais se deu em decorrência da geração pós-positivista. O positivismo teve seu embasamento no normativismo de Hans Kelsen, tendo como características essenciais, sinteticamente analisando, a aproximação quase plena entre o direito e a norma, o formalismo, tendo em vista a estatalidade do direito e, por fim, a completude do ordenamento jurídico. Restando concluir que o positivismo teve como pretensão ser uma teoria do direito.

Sobre o exposto, Barroso (2008, p.26) explica a ascensão do chamado pós-positivismo,

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

Ou seja, com a decadência da ideia positivista, até aos dias atuais, vive-se o chamado pós-positivismo no Brasil, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual se institui um conjunto de normas que devem orientar as decisões e regimentos entre as alternativas possíveis, a partir de princípios, fins públicos e programas de ações.

Convém não esquecer, dado o tema em questão, no que tange a análise de Miguel Slhessarenko Junior (2010, p.15) sobre o processo histórico da sociedade e seus direitos,

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

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

22

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

Nesse contexto, Shlessarenko Junior (2010, p.21), ainda esclarece:

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

O papel dos direitos fundamentais passou a ser o de condensação de valores, dando unidade ao sistema, a partir da relação de regras e princípios, consoante a isso, Barroso (2008, p.30) ainda esclarece que,

A constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

Esses direitos foram divididos em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. É entendido como direito difuso os direitos indivisíveis, tendo como titulares pessoas indeterminadas, além de se referirem a todos. Bom exemplo seria a questão do meio ambiente.

Nesse sentido, o filósofo Norberto Bobbio (1992, p.24) asseverou:

Do ponto de vista teórico, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Quanto aos direitos coletivos, também são indivisíveis, entretanto possuem como titulares uma categoria, uma classe ou grupo de pessoas. Numa primeira análise, o elemento que diferencia os dois direitos supracitados se dá na determinabilidade e na decorrente coesão como grupo ou categoria anterior à lesão, sendo verificado tal fator apenas nos direitos

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

23

coletivos *stricto sensu*, não ocorrendo nos direitos difusos.

Por fim, os direitos individuais homogêneos, são individuais, mas, em contrapartida, também são pertencentes à coletividade. Um direito deste tipo pode ser pleiteado individualmente, ou coletivamente, isto se dá, pois em muitas vezes o dano causado diretamente ao indivíduo é pequeno, porém se multiplicado pela coletividade afetada isso se torna demasiadamente considerável.

Vale ressaltar que a terceira dimensão não pode ser considerada como a última dimensão existente, uma vez que os direitos vão evoluindo com o passar do tempo e da história.

No que diz respeito ao que foi exposto, doutrinadores defendem a existência da quarta geração de direitos fundamentais, em que Bobbio (1992, p. 24) demonstra que se trata dos direitos relacionados à engenharia genética, todavia, não é uma questão pacífica dado que nem todos os doutrinadores estão de acordo com ela. Por outro lado, é importante destacar que existem análises em relação à denominação “geração”, pelo fato de que estes direitos permanecem os mesmos diante de novas gerações de direitos, o que soa como incoerente, dado que as gerações são passageiras, não havendo revogação dos direitos de gerações anteriores, substituídas por novas gerações.

Há ainda o questionamento no que tange à geração como ideia de evolução, o que não se pode afirmar que necessariamente tenha ocorrido em relação aos direitos fundamentais.

No que diz respeito às características dos direitos fundamentais, inicialmente, passamos ao primeiro ponto, que trata da imprescritibilidade, fazendo com que tais direitos sejam diferenciados de inúmeras normas do ordenamento jurídico, uma vez que os direitos fundamentais não são e nem podem ser esquecidos com o decurso do tempo.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

24

Tem-se ainda como características, a interdependência, que pode também ser denominada de complementaridade; a inalienabilidade pela impossibilidade de transferência, seja a título gratuito, seja a título oneroso; a irrenunciabilidade, podendo em certa circunstância deixarem de ser exercidos, mas nunca poderão ser renunciados.

Quanto à questão da irrenunciabilidade, existem discussões sobre a renúncia ao direito à vida como a eutanásia, o suicídio e o aborto. Para além de questões que poderão ter a sua configurabilidade jurídica, são questões cuja substância é de natureza ética e moral.

Além disso, os direitos fundamentais também são invioláveis, não sendo possível o desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas; são universais, abrangendo todos os indivíduos, tendo como base o princípio da isonomia.

No que diz respeito à efetividade, o Estado deve garantir a sua efetivação, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição não se satisfaz com o reconhecimento abstrato.

Deve-se levar em conta, também, a questão da historicidade, tendo em vista que os direitos fundamentais podem ter o seu sentido e conteúdo alterados com o passar do tempo.

Sobre a sua natureza, são relativos, dado que tais direitos não dispõem de caráter absoluto, já que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados constitucionalmente. Esses limites visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas.

Relevante destacar que não existe hierarquia, *a priori*, entre os direitos fundamentais,

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

25

entretanto, quando houver a verificação de existência de dois ou mais direitos fundamentais em um caso concreto, deve-se, a partir de métodos interpretativos, analisar qual direito possui mais valor para que se efetive o poder do Estado.

No caso de restrições aos direitos fundamentais, as mesmas estão previstas diretamente na Constituição – artigo 5º, incisos XI, XII e XVI; com isso, pode-se aferir que os esses direitos não são dotados de vagueza ou muito menos de meras teorias, uma vez que são amparados por princípios e métodos de aplicação que geram a sua eficácia, bem como a sua efetividade no sistema jurídico.

1.2.1.1. Direito à Educação

Em meio à atualidade jurídica e social, de paisagem complexa e fragmentada, nos deparamos com situações em que se pode claramente concluir a inobservância aos preceitos fundamentais transcorridos acima, mesmo com todo o amparo principiológico e metodológico, e, ainda mais relevantes, quando se discute sobre os direitos sociais.

Sobre os direitos prestacionais, que abarcam o direito fundamental à educação, Canotilho (2008, p. 49), em sua obra sobre o estudo dos direitos fundamentais, expõe:

Configuram-se certas necessidades básicas como direitos. Para alguns, só serão direitos em sentido manifesto, pelo que não podem ser tratados como reclamações válidas, isto é, como fundamento dos deveres de outrem. Para outros, serão sempre direitos, dado que sendo necessidades humanas, cuja satisfação é incondicionalmente exigida, pressupõem um dever da colectividade e do Estado, mesmo que a sua realização esteja condicionada por uma reserva do possível. Esta última perspectiva estará subjacente dos desenvolvimentos que se vão dedicar aos direitos prestacionais.

Há um claro divisor, nesse ponto, quando se trata dos direitos sociais, no qual existe o pressuposto de obrigação da coletividade e do Estado de tornar tais direitos efetivos perante a sociedade. Nesse sentido, a crítica se dá na seguinte perspectiva, segundo Canotilho (2010, p.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

26

113)

Se ressaltarmos alguns aspectos, o desconstrucionismo pós-moderno, traduzido numa automovimentação de grupos sem articulação com os subsistemas dos direitos sociais, as propostas da autoajuda indicam, em sectores obviamente limitados, um caminho fértil para a recuperação do sentido de justiça ínsito nos direitos sociais. A concordância prática da subsidiariedade, realizada por grupos da sociedade civil, da reciprocidade visível entre pessoas e da cumplicidade social dos entes públicos, permite vislumbrar alguma imaginação no discurso saturado dos direitos e políticas sociais.

Para adentrar na questão com o foco no direito fundamental à educação, relevante destacar, de início, conforme citado acima que, a questão dos direitos no âmbito social é tratada e vista como algo saturado.

Isso se dá uma vez que o discurso sobre o tema é considerado como idealizador, podendo ser visto no concreto, ações, na maioria das vezes, por indivíduos comuns pertencentes à sociedade e não dos representantes da sociedade no Estado.

Ao analisar o intuito e os princípios que permeiam o direito à educação, será possível a conclusão da necessária efetividade do mesmo e como está sendo tratado na prática da atual conjuntura brasileira.

A educação no Brasil é regulamentada pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), que estabelece diretrizes e bases da educação nacional, bem como pela Lei 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências.

Pois bem, a educação é necessária para a capacitação da atividade profissional – dado o modo de produção capitalista vigente no Brasil – e para o exercício da cidadania, a partir da noção do conjunto de direitos e deveres previstos na Constituição Federal.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

27

De acordo com o artigo 1º, da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), “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 culturais.”

O direito à educação é classificado como direito subjetivo, colocando em cheque a antiga percepção da geração de direitos, como já discutido acima. No artigo 6º da Constituição Federal do Brasil a educação surge como direito social, possuindo dimensão individual.

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.

Por sua vez, a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), em seu artigo 5º, caput, também traz o direito a educação como direito subjetivo, podendo ser exigido por qualquer cidadão em face do poder público.

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória 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.

No que tange a sua efetivação, a educação é tida como dever do Estado, devendo o mesmo disponibilizar meios para o acesso, sendo um direito de todos e dever do Estado, conforme se infere do artigo 227 da Constituição de 1988:

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 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.

O artigo 4º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), em anexo, também reconhece a garantia a educação como dever do Estado.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

28

Congruentemente, o artigo 205 da Constituição prevê que também é dever dos pais e da família a educação dos filhos e de exigir do poder público medidas para a melhoria na educação.

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.

O artigo 6º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), estabelece que “é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.”

Afigura-se, igualmente, relevante destacar o posicionamento feito por Alessandra Matos de Araújo (2008, p. 517), que assim se referiu à questão:

Canotilho (1998, p. 1049-1051) defende a morte das normas programáticas, o que foi endossado por Eros Grau (1988, p. 126), sob a alegação de que embora a Constituição Federal tenha contemplado de maneira explícita o direito à educação como direito social, conforme previsto nos arts. 6º e 205, há de ser entendido como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, na condição de direito público subjetivo. Nesse contexto, os referidos autores entendem que o direito à educação é mais do que um direito social de segunda dimensão, é um direito fundamental de suma importância para que o ser humano possa atingir a sua plenitude terrena, no plano material e espiritual.

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, que embora exista a previsão explícita do direito à educação na Constituição vigente, tal direito deve ser tratado como direito público subjetivo, isso quer dizer que, além de direito social o mesmo é um direito fundamental, conforme acima descrito, pertencendo-lhe todas as características supracitadas no tópico anterior.

Nesse sentido, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem dedicar

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

29

percentual de seu orçamento à educação, devendo ser comprovado ao final de cada ano a utilização da renda para o seu fim específico.

Tanto assim é que o artigo 212, caput, da Constituição Federal de 1988, prevê que:

A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Tal congruência se verifica na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), em seu artigo 69, caput:

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os estados, o Distrito Federal e os municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas constituições ou leis orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Em seguinte, adentrando na questão principiológica, o direito à educação é composto por princípios inevitáveis e de suma importância de análise, sendo necessário apresentar e demonstrá-los para melhor entendimento e aplicação no que tange ao direito fundamental à educação.

Tais princípios que norteiam a educação nacional, encontram-se elencados no artigo 206 de nossa Carta Magna:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
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 da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
VII - garantia de padrão de qualidade.
VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

30

Tais princípios, em parte, são reeditados no artigo 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), anexa, ressaltando que tal dispositivo legal traz outras bases principiológica, a saber: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber, pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, respeito à liberdade e apreço à tolerância, coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, valorização do profissional da educação escolar, gestão democrática do ensino público, na forma desta lei e da legislação dos sistemas de ensino, garantia de padrão de qualidade, valorização da experiência extraescolar, vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais e, por fim, consideração com a diversidade étnico-racial.

Primeiramente, há o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Mencione-se que, no Brasil, há o programa “Bolsa Família”² como política pública, havendo a exigência de que a criança permaneça na escola para a família obter o recebimento efetivo do auxílio.

Observa-se, ainda, a questão da liberdade de aprender e ensinar. No Brasil existe o currículo mínimo de disciplinas que devem ser estudadas até certo grau.

Conforme é sabido, a educação escolar no Brasil é constituída pela educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, e educação superior, conforme artigo 21 da LDB, possuindo cada uma, currículo mínimo de disciplinas.

Exemplos destes currículos mínimos de disciplinas, podem ser verificados no artigo 210 da Constituição Federal de 1988:

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

² Programa de transferência direta de renda para famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza no Brasil. Disponível em: <<http://mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

31

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º 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.

Podemos verificar ainda a constância de currículo mínimo nos artigos 26, 26-A, artigo 33, caput, e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB, em anexo).

Relevante destacar, entretanto, que não obstante a verificação de currículo mínimo nas diversas fases da educação escolar, o Estado deve incentivar certas áreas consideradas como precárias e que, ao mesmo tempo, tenham a capacidade de gerar benefícios e desenvolvimento para o país.

Cumpra assinalar, o programa “Ciência sem Fronteiras”³, realizado pelo atual governo brasileiro, que impõe como foco o estudo na área de exatas fora do país para os alunos de universidades públicas e privadas, no sentido de fomentar a área tecnológica, acompanhando o que está sendo produzido internacionalmente.

Quanto ao ensinar, trata-se do pressuposto da liberdade de cátedra, na qual o professor pode ensinar pelo caminho que entenda ser mais adequado ao processo de aprendizagem, respeitando, é claro, o conteúdo mínimo curricular exigido por lei.

Da mesma forma, no que diz respeito ao pesquisar, deve-se entender como significado que para além do ensino se faz necessária a pesquisa, devendo existir a liberdade, bem como o fomento pelo Estado em pesquisas nas áreas que tenham escassez de conhecimento aprofundado.

Considera-se, igualmente, que o direito à educação prevê o ensino gratuito e universal

³ Programa de Iniciativa dos Ministérios da Ciência, Tecnologia, e Inovação e do Ministério da Educação. Disponível em: <<http://www.cienciasemfronteiras.gov.br/web/csf>>. Acesso em: 21 de mar. 2015.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

32

para as fases básicas e fundamentais. Hoje, a educação básica nacional encontra-se dividida em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, conforme nos esclarece Cury (2008, p.02):

A expressão “educação básica” no texto de uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN – é um conceito, é um conceito novo, é um direito e também uma forma de organização da educação nacional. Como conceito, a educação básica veio esclarecer e administrar um conjunto de realidades novas trazidas pela busca de um espaço público novo. Como um princípio conceitual, genérico e abstrato, a educação básica ajuda a organizar o real existente em novas bases e administrá-lo por meio de uma ação política consequente. Como conceito novo, ela traduz uma nova realidade nascida de um possível histórico que se realizou e de uma postura transgressora de situações preexistentes, carregadas de caráter não democrático. Como direito, ela significa um recorte universalista próprio de uma cidadania ampliada e ansiosa por encontros e reencontros com uma democracia civil, social, política e cultural. E é aí que se situa o papel crucial do novo conceito inclusive como nova forma de organização da educação escolar nacional. Essa nova forma atingiu tanto o pacto federativo quanto a organização pedagógica das instituições escolares. Esse papel o é como tal porque à educação lhe é imanente o de ser em si um pilar da cidadania e o é ainda mais por ter sido destinado à educação básica o condão de reunir as três etapas que a constituem: a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

Nesse sentido, o ensino gratuito está previsto no artigo 208 da Constituição, e que Maurício de Medeiros Melo (2006, p. 115) destaca:

No que toca a garantia e ao financiamento dos serviços públicos de ensino, destaca-se o art. 208 ao dispensar tratamento especial ao ensino fundamental e gratuito, garantindo, inclusive, sua oferta gratuita a todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria. Por outro lado, os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo asseguram que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui direito público subjetivo, cujo desrespeito pelo Poder Público ensejará a responsabilidade da autoridade competente.

Não obstante tais fatos, ante a coexistência da União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, o constituinte e o legislador infraconstitucional optaram por traçar prioridades, deixando a cargo dos Municípios a educação básica e fundamental, o ensino médio dos Estados e Distrito Federal, e, por fim, o ensino superior da União.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

33

Conforme podemos observar pelo texto do artigo 211 da Carta Magna de 1988:

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 de ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

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

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

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

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

O traço de tais prioridades pelo legislador infraconstitucional, também pode ser verificado nos artigos 9º, inciso IX, artigo 10, inciso VI e artigo 11, inciso V, todos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB).

Neste contexto, é relevante destacar que no Brasil há discussão acerca da federalização do ensino fundamental básico, a partir do Projeto de Lei de Cristovam Buarque (2015), para que a União tenha o dever de assumir o ensino fundamental.

Ainda com relação aos princípios, há o pluralismo de ideias e constituições pedagógicas, nessa linha de entendimento, deve ser adotada a prática de respeitar as várias ideias que surgem dentro de determinado contexto, havendo também a coexistência entre o ensino público e o privado.

Em contrapartida, não se afirma hoje, conforme previsão pela Constituição, a gratuidade universal, eis que nos ensinos públicos e sistemas educacionais referentes ao ensino superior adota-se a questão da meritocracia, sendo realizada e estipulada por

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

34

intermédio do sistema de vestibulares.

A gestão democrática do ensino público, por sua vez, deve ser feita por intermédio dos Conselhos de Educação formados por membros da sociedade.

Já o princípio da garantia do padrão de qualidade, a conceituação da mesma resulta a partir do estabelecimento de um padrão pelo Ministério da Educação⁴, sendo qualificado por avaliadores do mérito e por meio de provas, ou seja, há um instrumento que deve ser seguido. Por fim, há o princípio que norteia a questão do piso salarial profissional para a educação pública, adotando-se o equilíbrio em todas as regiões brasileiras, o que fica claro de ser diagnosticado o descumprimento do princípio em questão.

Nota-se que as características e princípios que norteiam os artigos e previsões sobre a educação no Brasil somente podem ser introduzidas na prática a partir de ações e políticas públicas, provenientes na maioria das vezes pelo Estado, mas sem esquecer, todavia, da sociedade, especificamente no que tange às famílias e aos grupos sociais.

Visando a orientação da execução e aprimoramento das políticas públicas educacionais, que buscam a garantia do direito constitucional a educação, surgiu o Plano Nacional de Educação (PNE), tendo sua criação prevista no artigo 214 da Constituição Federal, alterado em 2009 pela Emenda Constitucional 59, de 11/11/2009, nos seguintes termos:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I - erradicação do analfabetismo;

⁴ O Ministério da Educação foi criado na data de 1930 com o intuito de promoção de ensino de qualidade no Brasil. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

35

- II - universalização do atendimento escolar;
- III - melhoria da qualidade do ensino;
- IV - formação para o trabalho;
- V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.
- VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Historicamente, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a prever a fixação de um Plano Nacional de Educação, todavia, a natureza processual do planejamento não foi reconhecida, uma vez que a proposta previa que o Plano Nacional de Educação, uma vez promulgado, apenas seria passível de modificações seis anos após sua execução e, caso alterado, nova modificação só poderia ocorrer após o mesmo período (MARTINS e PINTO, 2013)

As Constituições de 1937 e 1946 não previam o Plano Nacional de Educação (PNE), entretanto, a antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 4.024/1961, previu sua elaboração pelo Conselho Federal da Educação, surgindo, em 1962, o primeiro PNE, apesar de não ter formatação de lei ordinária.

O Plano Nacional de Educação passou a ser obrigatória na Constituição de 1967, entretanto, o planejamento da educação foi inserido, como parte do planejamento global, nos planos nacionais de desenvolvimento, deixando de ser competência do órgão normativo da educação a confecção do PNE. (HORTA, 1982)

Por sua vez, a Constituição de 1988 previu expressamente o Plano Nacional de Educação por lei e, posteriormente, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), que estabelece diretrizes e bases da educação nacional, previu que a União deveria elaborar o PNE, em colaboração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, passando a ser o mesmo decenal, ou seja, deveria conter diretrizes e metas para os dez anos seguintes.

Em 2001, pela primeira vez, o Plano Nacional de Educação era instituído por lei – Lei

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

36

nº 10.172, de 09 de janeiro de 2001, vigorando de 2001 a 2010.

A proposição do segundo PNE passou a tramitar na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 8.035/2010, tendo sido aprovado em 03 de junho de 2014, e publicado em 25 de junho de 2014, constituindo a Lei nº 13.005/2014 o Plano Nacional de Educação atual, com vigência entre 2014 e 2024.

O grande desafio do atual PNE é sua execução, que visa o cumprimento de 20 metas, a partir de suas 254 estratégias.

Como fica inviável a citação, neste texto, de todas as estratégias que pretendem ser utilizadas pela execução das 20 metas previstas no Plano Nacional de Educação, demonstraremos apenas as metas traçadas pelo Poder Público no atual PNE, relacionando-as aos temas específicos, na busca da efetivação do direito a educação em toda sua amplitude constitucional e social.

TEMA	METAS
Educação infantil	universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de quatro a cinco anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, cinquenta por cento das crianças de até três anos até o final da vigência deste PNE.
Ensino fundamental	universalizar o ensino fundamental de nove anos para toda a população de seis a quatorze anos e garantir que pelo menos noventa e cinco por cento dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência deste PNE.
Ensino médio	universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de quinze a dezessete anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para oitenta e cinco por cento.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

37

Educação especial	universalizar, para a população de quatro a dezessete anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados.
Alfabetização das crianças	alfabetizar todas as crianças, no máximo, até o final do terceiro ano do ensino fundamental.
Tempo integral	oferecer educação em tempo integral em, no mínimo, cinquenta por cento das escolas públicas, de forma a atender, pelo menos, vinte e cinco por cento dos(as) alunos(as) da educação básica.
Qualidade da educação básica / Ideb	fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir as seguintes médias nacionais para o Ideb: Ideb 2015 2017 2019 2021 EF iniciais 5,2 5,5 5,7 6,0 EF finais 4,7 5,0 5,2 5,5 EM 4,3 4,7 5,0 5,2
Escolaridade média da população de 18 a 29 anos	eleva a escolaridade média da população de dezoito a vinte e nove anos, de modo a alcançar, no mínimo, doze anos de estudo no último ano de vigência deste Plano, para as populações do campo, da região de menor escolaridade no país e dos vinte e cinco por cento mais pobres, e igualar a escolaridade média entre negros e não negros declarados à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).
Alfabetização da população com 15 anos ou mais / Erradicação do analfabetismo absoluto	eleva a taxa de alfabetização da população com quinze anos ou mais para noventa e três inteiros e cinco décimos por cento até 2015 e, até o final da vigência deste PNE, erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em cinquenta por cento a taxa de analfabetismo funcional.
Educação de jovens e adultos, nos ensinos fundamental e médio, na forma integrada à	oferecer, no mínimo, vinte e cinco por cento das matrículas de educação de jovens e adultos, nos

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

38

educação profissional	ensinos fundamental e médio, na forma integrada à educação profissional.
Educação profissional técnica de nível médio	triplicar as matrículas da educação profissional técnica de nível médio, assegurando a qualidade da oferta e pelo menos cinquenta por cento da expansão no segmento público.
Acesso à educação superior	eleva a taxa bruta de matrícula na educação superior para cinquenta por cento e a taxa líquida para trinta e três por cento da população de dezoito a vinte e quatro anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, quarenta por cento das novas matrículas, no segmento público.
Qualidade da educação superior / Titulação do corpo docente	eleva a qualidade da educação superior e ampliar a proporção de mestres e doutores do corpo docente em efetivo exercício no conjunto do sistema de educação superior para setenta e cinco por cento, sendo, do total, no mínimo, trinta e cinco por cento doutores.
Acesso à pós-graduação <i>stricto sensu</i> / Ampliação do número de titulados	eleva gradualmente o número de matrículas na pós-graduação <i>stricto sensu</i> , de modo a atingir a titulação anual de sessenta mil mestres e vinte e cinco mil doutores.
Formação dos profissionais da educação/professores da educação básica com formação específica de nível superior (licenciatura na área de conhecimento em que atuam)	garantir, em regime de colaboração entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, no prazo de um ano de vigência deste PNE, política nacional de formação dos profissionais da educação de que tratam os incisos I, II e III do <i>caput</i> do art. 61 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, assegurado que todos os professores e as professoras da educação básica possuam formação específica de nível superior, obtida em curso de licenciatura na área de conhecimento em que atuam.
Formação, em nível de pós-graduação, dos professores da educação básica / Formação continuada na área de atuação	formar, em nível de pós-graduação, cinquenta por cento dos professores da educação básica, até o último ano de vigência deste PNE, e garantir a todos(as) os(as) profissionais da educação básica formação continuada em sua área de atuação, considerando as necessidades, demandas e contextualizações dos sistemas de ensino.
Equiparação, até o final de 2019, do rendimento médio dos profissionais do magistério das redes	valorizar os(as) profissionais do magistério das redes públicas de educação básica de forma a

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

39

públicas de educação básica ao dos demais profissionais com escolaridade equivalente	equiparar seu rendimento médio ao dos(as) demais profissionais com escolaridade equivalente, até o final do sexto ano de vigência deste PNE.
Planos de carreira para os profissionais da educação básica e superior pública de todos os sistemas de ensino / Piso salarial nacional para profissionais da educação básica pública – referenciados na Lei do Piso	assegurar, no prazo de dois anos, a existência de planos de carreira para os(as) profissionais da educação básica e superior pública de todos os sistemas de ensino e, para o plano de carreira dos(as) profissionais da educação básica pública, tomar como referência o piso salarial nacional profissional, definido em lei federal, nos termos do inciso VIII do art. 206 da Constituição Federal.
Gestão democrática da educação	assegurar condições, no prazo de dois anos, para a efetivação da gestão democrática da educação, associada a critérios técnicos de mérito e desempenho e à consulta pública à comunidade escolar, no âmbito das escolas públicas, prevendo recursos e apoio técnico da União para tanto.
Investimento público em educação pública	ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de sete por cento do Produto Interno Bruto (PIB) do país no quinto ano de vigência desta lei e, no mínimo, o equivalente a dez por cento do PIB ao final do decênio.

Como se pode observar, o direito à educação no Brasil, apesar de as metas previstas no Plano Nacional de Educação, ainda não terem sido executadas, encontra-se muito distante daquele idealizado pelo Legislador em nossa Carta Magna de 1988 e nas legislações subsequentes. As metas definidas até 2014, num quadro de crise econômica que implica cortes orçamentais em todas as áreas, e também em Educação, dificilmente poderão ser cumpridas. Apesar da previsão de aplicação de 10% do PIB, muito superior aos investimentos que são feitos nos países desenvolvidos, há algum ceticismo relativamente ao cumprimento das metas definidas até 2014.

O que se verifica é a patente omissão do Estado na criação e implementação de políticas públicas educacionais, o que faz com que o tema da presente pesquisa ganhe

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

40

relevante papel social, a fim de que a intervenção do Poder Judiciário seja meio idôneo a garantir a efetividade do direito fundamental a educação.

E mais, o Plano Nacional de Educação, com natureza de lei que possui, faz surgir para o Estado a obrigatoriedade de seu cumprimento, ou seja, um dever de prestar, não podendo o poder público se furtar à execução da norma legal. Compete ao Conselho Nacional de Educação (CNE), órgão de Estado e não de governo, acompanhar e exigir o cumprimento das metas do PNE.

Conforme explana Oliveira (2014, p.07):

Sabe-se, contudo, que esse conjunto de medidas deve ser objeto de ações orgânicas pelos entes federados, que têm competências específicas em matéria educacional, o que já pressupõe diferenciação e comprometimentos distintos, podendo as ações variar não só de acordo com o nível da federação, mas, principalmente, com a capacidade de arrecadação de cada um.

Por fim, cabe ressaltar ainda, em decorrência das bases principiológicas que norteiam os direitos sociais, no sentido prestacional, que a garantia da efetividade do direito a educação, bem como dos demais direitos fundamentais, encontra amparo no princípio da proibição do retrocesso social, na qual Marcelo Rebello Pinheiro conceitua que “o princípio do retrocesso social visa resguardar direito social, que já foi concretizado na ordem jurídica. Indaga-se, desse modo, se poderia outra norma jurídica extinguir tal direito ou então reduzir sua abrangência”. (PINHEIRO, 2008, p. 87)

Da mesma forma pronunciou-se Canotilho (1998, p. 321), com suas precisas palavras, como se pode depreender da seguinte passagem:

O princípio do 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

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

41

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. A liberdade de conformação do legislador é inerente auto reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Adentrando-se sobre o tema, pode-se perceber ainda a divisão desse princípio, entre negativo e positivo, o qual Júlio Pinheiro de Faro Homem Siqueira (2010, p. 51) descreve:

A proibição do retrocesso social, como todo postulado (ÁVILA, 2007, p. 71), relaciona-se com outras proposições deste tipo, principalmente com o postulado da proporcionalidade, que se apresenta de duas formas: “o garantismo negativo (em face dos excessos do Estado) e o garantismo positivo, no sentido de que o Estado não pode deixar de proteger determinado direito fundamental” (CONTO, 2008, p. 100). A proporcionalidade é, pois, um postulado de otimização, que se perfaz mediante observância de seus três níveis (ALEXY, 1994, p. 46): adequação, necessidade e ausência de excesso.

Em conclusão, Siqueira (2010, p. 51) ainda expõe,

Portanto, a proibição do retrocesso social consiste em que o Estado não pode se furtar dos deveres de concretizar o mínimo existencial, de maximizá-lo e de empregar os meios ou instrumentos cabíveis para sua promoção, sob pena de a sociedade vir a experimentar uma imensa limitação no exercício de todos os seus direitos.

Disso resulta concluir que a aplicação do direito fundamental à educação depende, em sua maioria, da assistência e demanda do Estado, assim, o princípio da proibição do retrocesso social serve para abarcar e impedir que todas as limitações passadas sofridas ao indivíduo, conforme analisadas historicamente acima, retornem ao presente e também futuramente na sociedade.

A constituição e os outros princípios que nela permeiam servem, dentre as suas demais funções, para tornar concreta essa proibição do retrocesso. E ainda, viabilizar o mínimo existencial que todo o indivíduo tem como direito perante a sociedade, por meio das ações estatais e políticas para o povo que dentro do país reside, dado o direito público subjetivo em questão.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

42

1.3. EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após ampla análise sobre a teoria dos direitos fundamentais, no capítulo acima, mister se faz tratar sobre a eficácia e efetividade destes direitos, sem as quais, tais conquistas sociais apenas iriam compor nosso texto constitucional positivo sem qualquer aplicabilidade na vida cotidiana da coletividade.

Antes de adentrarmos propriamente ao tema deste capítulo, faz-se necessário estabelecer as diferenças entre eficácia e efetividade dos direitos sociais.

Enquanto a eficácia está relacionada à capacidade da norma em gerar efeitos jurídicos, a efetividade consiste na sua aptidão para ser cumprida no plano social.

José Afonso da Silva (1998, p. 66), assim tratou o referido tema:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. (...) O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade.
(...) Uma norma pode ter eficácia jurídica, sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.

Pois bem, feita a necessária distinção entre os referidos institutos, discorreremos sobre a eficácia dos direitos sociais.

No Direito Constitucional Brasileiro, o estudo sobre a eficácia das normas constitucionais as classificou em: auto-executáveis e não auto-executáveis.

As primeiras não dependem de legislação infraconstitucional para gerarem efeitos, uma vez que o seu conteúdo se encontra determinado. Já as segundas, por necessitarem de

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

43

explicação de seu conteúdo, dependem de atuação do legislador para que possam produzir efeitos.

Posteriormente, Pontes de Miranda (1993) classificou as normas constitucionais quanto à eficácia em três categorias: normas que independem de concretização legislativa, normas que dependem de concretização legislativa e normas programáticas, cuja normatividade apenas proibia o legislador de contrariá-las.

Diferentemente, a teoria de José Afonso da Silva atribui eficácia, mesmo que em graus diferentes, a todas as normas constitucionais. Classificando-as, quanto à eficácia jurídica, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, na qual as normas programáticas estão inseridas.

Segundo essa classificação tripartida das normas constitucionais, as normas de eficácia plena dispõem de aplicabilidade direta (não carecem de regulamentação infraconstitucional para tornarem-se aplicáveis), imediata (estão aptas a produzir todos os seus efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição) e integral (não podem ter o seu alcance contido pela legislação infraconstitucional).

Quanto às normas de eficácia contida, apesar de elas disporem de aplicabilidade direta e imediata, podem ter seu conteúdo reduzido por legislação infraconstitucional.

Já as normas de eficácia limitada carecem de regulamentação para se tornarem aplicáveis, produzindo os seus efeitos a partir da entrada em vigor da lei integrativa infraconstitucional. Dessa forma, tais normas são de aplicabilidade mediata e reduzida.

Portanto, sob o entendimento de José Afonso da Silva (1998), os direitos sociais encontram-se inseridos nas normas programáticas.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

44

Em contrapartida, Barroso (2006, p. 14) distingue o conceito de direitos sociais do de normas programáticas. Direitos sociais são “regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e a realização espiritual”. Já as normas programáticas são “aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos.”

Por conseguinte, para esse ilustre Doutrinador, há alguns direitos sociais que consistem em normas programáticas e outros que não se configuram como tais. Os primeiros são “proposições diretivas” e deverão ser “efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do estado”, configurando-se como normas constitucionais insindicáveis. Já os segundos configuram direitos subjetivos, justiciáveis.

Corroborando a tese de Barroso, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira (2010, p. 47), ao lecionar sobre as normas de direitos sociais, destaca que a expressão correta a ser utilizada, seria norma-diretriz; vejamos:

Os direitos sociais de aplicabilidade diferida estabelecidos por enunciados prescritivos de direitos humanos, ao serem interpretados, se apresentam como normas programáticas, que “contêm disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados”, são normas que “não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretivas” gerando a “de determinada prestação” ou, até mesmo, a possibilidade de se exigir “órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas” (BARROSO, 2008, p. 109, 255- 256; FERRARI, 2001, p. 172-181). Pelo que a doutrina vem entendendo sobre o conceito de normas programáticas, a melhor expressão a ser utilizada não é *norma programática*, e sim *norma-diretriz*, porque não se refere propriamente a programas, mas a normas-diretrizes que possuem eficácia limitada à atuação do Poder Público, que deve ser imediata, por imperativo constitucional, a fim de serem concretizados direitos (BARROSO, 2008, p. 170-171). Assim, as normas constitucionais instituidoras de direitos sociais de aplicabilidade diferida indicam a possibilidade de a sociedade efetuar uma cobrança em relação ao Poder Público, em suas três esferas, para que este, por meio de políticas

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

45

públicas adequadas e sujeitas ao devido controle faça com que sejam concretizados esses direitos (FACC HINI NETO , 2006, p. 45); entendendo por adequação de políticas públicas um comportamento estatal tanto positivo (concretização) quanto negativo (não violação de direitos).

O certo é que, não obstante a nomenclatura ou divisão teórica acadêmica que se atribua às normas constitucionais, hodiernamente, não há dúvidas de sua eficácia jurídica, mesmo que limitada. Incluindo-se, dessa forma, as normas de direitos sociais prestacionais.

Araújo (2008, P. 03-04), expõe:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem revelante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Neste contexto, Diniz (1997, p. 115) faz alusão a um “gradualismo eficaz das normas constitucionais”, segundo o qual:

Há um escalonamento da intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais [...]. Todas têm juridicidade, mas seria utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficaz é variável. Logo, não há normas constitucionais destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados.

E a afirmativa de Diniz (1997) se explica, pelo fato de que, conforme é sabido, os direitos sociais prestacionais, encontram-se em nossa Carta Magna de forma ampla e imprecisa, ficando a cargo do legislador infraconstitucional a positivação da forma pela qual tais deveres serão fornecidos pelo Estado.

Tal sistemática, entretanto, assim o é realizada, em razão da constante modificação sócio econômica do Estado, que sofre substanciais alterações com o passar do tempo, garantindo, portanto, a estabilidade da ordem constitucional e possibilitando ao legislador

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

46

infraconstitucional estabelecer o perfil dos direitos sociais.

Diante deste cenário, certo é que as normas constitucionais que prescrevem direitos sociais produzem efeitos no mundo fático, ainda que mínimos, em determinadas circunstâncias, e até mesmo negativos, em outras.

Dentre os efeitos mínimos gerados pela norma constitucional que trata dos direitos sociais, encontramos, primeiramente, aquele que diz respeito à revogação das normas anteriores e contrárias ao seu conteúdo. Apesar deste efeito, verifica-se ainda que o legislador infraconstitucional fica impedido de legislar de forma contrária às normas de direitos fundamentais, eis que esse, por sua vez, tem a função de garantir a concretização dos preceitos contidos na referida norma, não apenas conformando a obrigação estatal, mas também, mantendo-se linear aos critérios previstos na Constituição da República de 1988.

Desta forma, partindo-se da premissa de que o legislador infraconstitucional não poderá legislar de forma contrária as normas delineadoras dos direitos fundamentais, verifica-se o efeito negativo dos preceitos retro citados.

Neste caminho, relevante destacar ainda, que este cunho genérico das normas de direitos fundamentais sociais, não estipulando a forma de concretização destes direitos, faz nascer para os cidadãos o direito de exigir o mínimo para o atendimento do espírito da norma, gerando, desta forma, o efeito mínimo mencionado acima.

José Afonso da Silva (1998, p. 164) faz menção aos efeitos mínimos da norma constitucional de natureza programática:

I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais,

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

47

proteção dos valores da justiça social e revelação de componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; (...)

Conclui-se então, que todas as normas que tratam de direitos fundamentais, inclusive os sociais, produzem algum efeito no mundo fático e jurídico, ainda que simplesmente negativo.

Pois bem, superada a discussão acerca da eficácia das normas de direitos fundamentais, discorreremos sobre a efetividade da mesma.

Neste sentido, primeiramente insta salientar que a própria Constituição da República de 1988, traz posituação acerca do assunto, em seu artigo 5º, § 1º, nos seguintes termos: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Não obstante tal parágrafo se encontrar no artigo 5º da CR/88, o entendimento doutrinário já se assentou no sentido de que tal norma é aplicada sem qualquer restrição a todas as espécies de direitos e garantias fundamentais, e não apenas àquelas constantes no referido dispositivo constitucional.

No mesmo sentido, é o ensinamento de Sarlet (2006, p.272)

Em que pese a circunstância de que a situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica ‘direitos e garantias fundamentais’, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa Lex Suprema, revelando que, mesmo que se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição – como já visto equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

48

Diferentemente da eficácia da norma que prescreve os direitos e garantias fundamentais, a efetividade possui sua dimensão do âmbito fático de aplicabilidade da respectiva norma, isto é, com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração – direitos econômicos, sociais e culturais, o Estado passou a ter o dever de *facere e prestare*, surgindo, a partir de então, o Estado Democrático de Direito.

Como nos esclarece José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 51-52):

O problema actual dos <<direitos sociais>> (*Soziale Grundrechte*) ou direitos a prestação em sentido restrito (*Leistungsrechten im engeren Sinn*) está em <<levarmos a sério>> o reconhecimento constitucional de direitos como direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjectivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efetivação prática (= accionabilidade), não podemos considerar como simples <<aleluia jurídico>> (C. Schmitt) o fato de as constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua garantia, ou a falta desta, não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares.

Todavia, na tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), cabe ao Poder Executivo como atividade típica, a elaboração de orçamento público para efetivação dos direitos dos cidadãos - de forma individual, e sociedade - de forma coletiva, inserindo os custos de suas políticas públicas no orçamento, conforme determinam a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Neste contexto, bem nos elucida Alessandra Matos de Araújo (2008, 5115):

A promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. A liberdade de expressão, por exemplo, será substancialmente protegida na medida em que o Poder Público não procure cerceá-la ou submetê-la de alguma forma. A omissão, neste caso, será fundamental. Todavia, quando se tratar de direitos sociais a situação é bastante diversa, na medida em que para serem implementados depende de ações por parte do Poder Público e, principalmente, dispêndio de recursos públicos.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

49

Ainda nesta seara, segundo Fernando Borges Mânica (2011, p. 02):

Política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos. (...) As políticas públicas podem se encontrar consubstanciadas em leis ou atos normativos, mas com eles não se confundem, pois decorrem do conjunto de atos e/ou de normas que implementam valores e objetivos albergados pelo ordenamento jurídico.

Em resumo, conforme se observa, para efetivação dos direitos sociais previstos em nossa Carta Magna de 1988, como normas de natureza programáticas que o são, necessário planejamento, por parte do Estado, criando e implementando políticas públicas, a fim de que a coletividade possa, de fato, ter garantidos direitos constitucionalmente previstos, necessários ao mínimo existencial para garantia da dignidade humana.

Neste sentido, Sérgio Resende de Barros (2012, p. 29-38) destaca o dever de planejamento por parte do Estado, o planejamento institucional e o planejamento social:

Nessa condição bilateral – determinante para o lado público e indicativa para o lado privado – é que o Estado brasileiro tem a função de planejar para si próprio e para a sociedade civil. Não é função aleatória, a ser exercida facultativamente. É poder-dever. Planejar é função- dever do Estado. Pelo que – por sua autoria – o planejamento pode ser dito *estatal*, ainda que sua condição seja bilateral. Mas dizer que o Estado planeja para si próprio e para a sociedade civil não significa dizer dois planejamentos distintos: o interno, voltado para as instituições do Estado, que pode ser dito *planejamento institucional*; e o externo, destinado à sociedade civil, que se pode dizer *planejamento social*. O Estado representa a sociedade civil que o sustenta. Daí, o planejamento institucional tem de ser acoplado com o planejamento social. Mais ainda: no Estado Democrático de Direito, o planejamento institucional tem de ser condicionado pelo planejamento social que, por sua vez, deve ser condicionado pelas necessidades da sociedade civil.

Ultrapassado conceito de planejamento, é necessário esclarecermos o que são e em que consistem as políticas públicas. Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 730) identifica políticas públicas com condutas administrativas e define que:

[...] a política pública pode ser considerada como *a conduta* comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

50

-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Fábio Comparato (1997, p. 15-17) define políticas públicas como “critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou *programas* de ação governamental.”

Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241) completa bem a sua definição ao deixar explícita a participação da sociedade civil: “Políticas públicas são *programas* de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

Definido o conceito de políticas públicas, é relevante destacar que, não obstante a clarividência no fato de que o Estado tem o dever de planejamento, criando e implementando políticas públicas que garantam a efetivação dos direitos fundamentais sociais, tal fato encontra óbice na discricionariedade do ato administrativo, segundo o qual, os aspectos intrínsecos do ato (mérito) ficariam apenas sob a subjetividade do agente público, numa análise dos critérios de conveniência e oportunidade.

Tais conceitos, de ato vinculado e ato discricionário da administração pública, tiveram a sua origem na doutrina italiana, influenciada pelo liberalismo não intervencionista, entretanto, não foi aceito por todos, como bem atesta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 210): “Nem todos os autores brasileiros falam em *mérito* para designar os aspectos discricionários do ato. Os que o fazem foram influenciados pela doutrina italiana”.

Todavia, o que se verifica hoje é que a ideologia jurídica centrada no mérito administrativo está sendo vencida pois o “império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador” (Relatora, Ministra Eliana Calmon, o Recurso Especial nº 493.811–

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

51

(2002/0169619-5), julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ). No mesmo sentido, há o acórdão relativo ao Recurso Especial nº 429.570– (2002/0046110- 8), acrescentando, ainda, que: “O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.”

Tem-se aí um novo princípio permissivo de que o Poder Judiciário pode analisar as razões de conveniência e oportunidade. O que supera com uma nova tese a antiga doutrina que excluía da apreciação do juiz a conveniência e oportunidade do ato administrativo. Não bastasse esse princípio baseado na moralidade e na razoabilidade, as políticas públicas – respaldadas na Constituição e nas leis – inviabilizam de modo mais concreto o argumento de que não há padrões de legalidade para aferir o “do ato”.

Vale citar aqui novamente a Procuradora da República, Luiza Frischeisen (2000, p. 95) que se refere à capacidade de deliberação do administrador no que diz respeito à implementação das políticas públicas:

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

Assim, verifica-se que, caso o Estado, enquanto Poder Executivo, seja omissivo na criação e implementação de políticas públicas, garantidoras da efetivação dos direitos sociais, tem-se admitido a intervenção do Poder Judiciário, ainda enquanto Estado, guardião das normas constitucionais, a fim de que seja garantido à coletividade os direitos fundamentais sociais básicos e essenciais previstos em nossa Lei Maior de 1988, assunto este que será tratado no próximo capítulo.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

52

1.4. RESERVA DO POSSÍVEL

Hodiernamente, muito se tem discutido acerca da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, ou seja, de cunho positivo, dado que os mesmos, para uma implementação que atinja a sociedade de forma satisfatória, necessitam de políticas públicas que visem a sua concretização.

Entretanto, a criação e implementação de políticas públicas, por parte do Estado, geram dispêndios financeiros que precisam de estar previstos no orçamento do ente público, conhecidos como “custo dos direitos sociais” (KELBERT, 2011, p. 66) e, no atual Estado Democrático de Direito, ou Estado dos Direitos Fundamentais, a prestação dos preceitos fundamentais tem encontrado óbice na alegada ausência de orçamento capaz de garantir a efetividade almejada e prevista pela Constituição da República de 1988.

À este óbice, a doutrina e jurisprudência têm chamado de Teoria da Reserva do Possível ou Cláusula da Reserva do Possível.

O termo “reserva do possível” teve a sua origem na Alemanha (*Vorbehalt des Möglichen*) (CARNEIRO FILHO, 2015, p. 13), em julgamento do Tribunal Constitucional, no qual era discutida a restrição na oferta de número de vagas em faculdades públicas, privando alguns cidadãos alemães de se qualificarem profissionalmente, em cerceamento do direito da livre escolha à profissão.

O Tribunal entendeu pela impossibilidade do Estado Alemão fornecer inúmeras vagas em todas as áreas do conhecimento, ante a ausência de recursos financeiros, sendo então, constitucionalmente admitidos, meios de seleção para acesso às faculdades.

Ao se questionar sobre o “que significa, na realidade, a «reserva do possível»” Gomes

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

53

Canotilho (CANOTILHO apud CARNEIRO FILHO, 2015, p. 15) indica sua resposta por meio de quatro aspectos assim expostos:

- 1 - significa total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionais consagrados.
- 2 - a «tendência para zero» da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
- 3 - *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
- 4 - significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Pois bem, doutrinariamente conceituando a teoria ora em análise, simpatizamos com a doutrina que adota uma classificação bipartindo a teoria da reserva do possível em absoluta (ou fática) ou relativa (ou jurídica), sendo aquela a inexistência total de recursos por parte do Estado e, esta, a inexistência de recursos para atender a determinado direito social, admitindo-se, entretanto, a realocação de recursos financeiros previstos para outros fins. (CARNEIRO FILHO, 2015, p.14)

Quanto à dimensão absoluta ou fática da reserva do possível, Caliendo (2009, p. 204) trata do tema destacando o seguinte:

A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento. Cabe esclarecer que esta insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador.

Nesta mesma linha de análise, José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 180-181) esclarece que a escassez absoluta de recursos não é o único problema a ser discutido, mas a destinação dos recursos existentes, destacando que:

A impossibilidade econômica diz respeito à escassez e a escassez sempre quer dizer desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos. Requer-se, pois, que sejam distribuídos segundo regras e regras que pressupõem o direito igual ao bem e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de uso igual e simultâneo. Há impossibilidade econômica quando, a despeito de existirem condições de outra ordem para criação do

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

54

bem, por motivos variados a provisão do bem não se pode fazer sem o sacrifício de outros bens.

Para Olsen (2008, p. 209-210), em caso de omissão do Estado quanto a efetivação dos direitos fundamentais, deve se observar que tal omissão se deu em razão de ausência total de recursos por parte do Estado, mesmo tendo havido a correta distribuição conforme os ditames constitucionais, oportunidade em que o Estado deverá comprovar tal assertiva.

Nesta perspectiva, conclui-se que a alegação de ausência de recursos por parte do Estado não deve ser admitida como regra, mas sim excepcionalmente, tanto pelo administrador público como pelo Judiciário.

Conforme sustenta Sarlet (2009, p. 356):

Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como a eficiente aplicação dos mesmos.

No que tange à dimensão relativa ou jurídica, que diz respeito à existência de recursos para o financiamento dos direitos sociais, encontramos a problematização na disponibilização de tais recursos.

Segundo Sarlet (2009, p. 286):

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.

Ainda sobre o tema Kelbert (2011, p. 83) explica que “a impossibilidade jurídica pode estar vinculada ao orçamento público já aprovado e que não poderia ser mudado por meio de

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

55

uma determinação judicial, à exceção da possibilidade de remanejamento de verbas previsto na própria lei orçamentária.”

Outro aspecto relevante que devemos observar quando tratamos da questão jurídica da reserva do possível é a inexistência de lei orçamentária que autorize a realização de gastos e, neste caso, quando tratamento de efetivação dos direitos sociais pode haver conflito entre interesses individuais e coletivos, entretanto, Caliendo (2009, p. 207) defende a prioridade dos direitos fundamentais quando se verificar tal incompatibilidade:

Nesse caso, na colisão de direitos, deverá preponderar o valor mais fundamental. A concretização dos direitos fundamentais sociais estará sempre ligada ao caráter de sua fundamentalidade para a realização de uma vida digna, [...] Igualmente dever-se-á dar um peso relevante à observância do direito a um mínimo existencial, afastando-se, se necessário o princípio da legalidade da despesa pública em prol de valores superiores.

Ainda quanto a impossibilidade jurídica devemos questionar acerca da alocação de recursos para outros fins que não aqueles vinculados pela Constituição. Neste sentido Olsen (2008, p. 209-210) destaca:

Neste âmbito, a escolha de alocação de recursos feita para um determinado fim, e não para outro, necessitará de justificação. A partir do momento que se toma a escassez de recursos econômicos, para realização dos direitos fundamentais como uma escassez artificial, e não natural, quando se está consciente de que o Estado escolhe dedicar recursos a um determinado fim, no lugar de outros, torna-se possível, e desejável, que esta alocação de recursos seja justificada sobre o ponto de vista constitucional. É certo que existe uma margem de discricionariedade que deve ser respeitada, todavia, também existe margem de controle.

Ultrapassados os aspectos fáticos e jurídicos da reserva do possível e consequente ausência de recursos, temos ainda que dispensar relevante atenção aos dispêndios financeiros oriundos de decisões judiciais proferidas de forma particularizadas, que obrigam o Estado a garantir direitos sociais a um determinado cidadão que buscou a tutela jurisdicional, não havendo qualquer preocupação quanto à previsão de recursos orçamentários para tais destinações, culminando, muitas vezes, na realocação de verbas antes destinadas a outros fins

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

56

sociais de cunho coletivo. José Cláudio Carneiro Filho (2015, p.07) se manifesta sobre o assunto, asseverando o seguinte:

Tendo em mente essa função prioritária do Legislador, é evidente que uma condenação judicial que interfira no plano orçamentário do Estado normalmente acarreta uma necessidade de desproteger outro direito anteriormente tutelado. Nesse sentido, deverá o Juiz ter em mente o que se colocou na decisão do Tribunal Constitucional Alemão (a qual relataremos na sequência). Ou seja, se é razoável o indivíduo exigir aquilo da sociedade em que vive. A partir desse critério, poder-se-ia considerar irrazoável a condenação do Estado ao pagamento de medicamento extremamente caro, enquanto outros cidadãos carecem ainda dos medicamentos mais baratos (e por vezes tanto quanto ou mais essenciais), por falta de recursos públicos. Isso pode, a princípio, ofender a dignidade humana daquela pessoa, e até mesmo um alegado “para a existência” (se identificável). Porém, não pode o Judiciário fechar os olhos para o macro e aliviar sua consciência diária ao proteger o micro. Deve-se ainda saber até que valor e em que circunstâncias um pedido é razoável. Dificilmente um pedido isolado comprometerá a capacidade do Estado. Contudo, existe o previsível efeito cascata, que forma um conjunto de decisões análogas, com variação do polo ativo, mas mantendo o custeador do polo passivo. Ainda, é de se perguntar se o simples fato de estar disponível determinada quantia significa que não será a mesma usada posteriormente para outras políticas que a Administração considere ter maior grau de prioridade no decorrer do ano.

Miguel Silhessarenko Júnior (2010, p. 107) distingue “reserva do possível” de “limite do financeiramente possível”, explicando que aquele é gênero do qual este é espécie.

Nessa linha, uma distinção se faz importante: a reserva do possível não se confunde com o limite do financeiramente possível. Neste, vislumbra-se a possibilidade de justificação de ausência orçamentária, ao passo que naquele temos uma impossibilidade material de atendimento. Aquele é gênero, do qual este é espécie.

Como exemplo na área da educação, tem-se a identificação da ausência de vagas na rede pública de ensino, onde duas saídas podem ser indicadas: a construção imediata de uma nova unidade escolar, em reduzido espaço de tempo, com salas, móveis e quadro permanente de professores, ou buscar alocação dessas vagas na rede de ensino existente, contratando-se excepcionalmente novos professores.

A primeira solução apresenta-se com impossibilidade fática de ser alcançada (reserva do possível), ao passo que a segunda pode se equacionar adequadamente nos limites do financeiramente possível.

Assim, quanto aos direitos sociais prestacionais e a ausência de recursos, no

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

57

entendimento de Anderson Rosa Vaz (VAZ apud SLHESSARENKO JUNIOR, 2010, p.107), está-se diante do limite do financeiramente possível, o que leva a reflexões acerca da existência e destinação de recursos públicos à implementação destes direitos.

Tal fato nos faz concluir que a cláusula de reserva do possível está como condição de efetivação destes direitos sociais, e não como barreira injustificada, devendo o poder público comprovar o tratamento que o direito social está recebendo no orçamento, justificando a possibilidade de suplementações ou a impossibilidade atual de atendimento, para sua previsão futura, num verdadeiro processo gradual de concretização.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

58

CAPÍTULO 2
PERCURSOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DE HUMANIDADES E TECNOLOGIAS
INSTITUTO DE EDUCAÇÃO

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

59

2.1. JUSTIFICAÇÃO METODOLÓGICA

Relevante destacarmos o entendimento doutrinário do que vem a ser pesquisa no seu contexto científico. Para tanto, trazemos o entendimento de Orides Mezzaroba e Claudia Servilha Monteiro (2006, p. 105):

Pesquisa é o que fazemos quando nos ocupamos de estudar de forma sistemática um objeto (objeto de pesquisa), mas fazemos isso sempre tendo uma meta a ser alcançada, isto é, pretendemos fazer alguma coisa com o resultado da pesquisa.

Ressaltamos ainda que a pesquisa pode ser considerada “um procedimento formal com método de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais”. (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 139).

Concluímos, portanto, que pesquisa é sinônimo de estudo, onde, de forma sistematizada, se busca uma verdade que esteja o mais próximo possível da realidade.

Este tópico se destina a explicitar os percursos metodológicos seguidos para alcançar a resposta ao problema e à questão de pesquisa formulados que, salientamos, se relaciona com o direito à educação como um dever do Estado e um direito dos cidadãos e como esse dever se “concretiza” tendo em consideração a teoria jurídica da reserva do possível; bem como a cumprir os objetivos gerais que consistem em conceituar os direitos fundamentais e suas origens, com ênfase no direito a educação, explicar acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais e, por fim, tratar sobre a teoria da reserva do possível e suas peculiaridades. Formulamos, como objetivo geral, a análise, tendo por base as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas relativas ao direito a educação.

Neste capítulo, abordaremos o tipo de pesquisa, os instrumentos para coleta de dados,

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

60

o universo da pesquisa e o local da pesquisa, bem como os procedimentos de análise dos dados coletados tendo em vista uma interpretação que possa responder ao problema de pesquisa e à questão formulada.

2.2. TIPO DE PESQUISA

Utilizando as lições de Mezzaroba e Monteiro (2006), identificamos o tipo desta pesquisa nos aspectos de forma de abordagem, objetivos e procedimentos.

Quanto à forma de abordagem, a presente pesquisa é qualitativa. Considera-se qualidade como “uma propriedade de ideias, coisas e pessoas que permite que sejam diferenciadas entre si de acordo com suas naturezas. A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, procurar identificar suas naturezas.” (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2006, p. 110)

No que tange à natureza da pesquisa, ela é descritiva, dado que se descreve em que consiste o direito à educação, do ponto de vista jurídico-constitucional, como um direito inalienável de todos os cidadãos e, ao mesmo tempo, se procura analisar esse direito do ponto de vista da sua operacionalização, dimensionando o objeto de pesquisa do ponto de vista da sua extensão e da intervenção do poder judiciário na garantia de um direito básico de qualquer cidadão.

A partir dos documentos que nos serviram de suporte empírico procuramos estabelecer uma comparação entre os dados empíricos e o suporte teórico, de caráter jurídico proposto pelos principais teóricos que serviram de suporte à nossa pesquisa.

Em se falando de procedimentos, nos valem da pesquisa documental, precedida e acompanhada da pesquisa bibliográfica. Documental, pois a investigação constituiu-se de coleta de dados, especialmente as decisões do Supremo Tribunal Federal (LAKATOS;

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

61

MARCONI, 2010, p. 157), e bibliográfica, sendo o reforço paralelo na análise e manipulação das informações (TRUJILLO, 1974, p. 230 apud LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 157), a fim de estabelecer a fundamentação teórica essencial para o entendimento dos resultados da pesquisa.

2.3. INSTRUMENTOS DE COLETA DE DADOS, UNIVERSO E *LOCUS* DA PESQUISA

Após a coleta dos dados extraídos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pudemos constatar como tem ocorrido na prática a intervenção do Poder Judiciário, universo da pesquisa, no que tange à criação e implementação de políticas públicas na área educacional por parte do Poder Público (Executivo) na garantia da efetividade dos preceitos constitucionais aos cidadãos.

O universo da pesquisa é o comportamento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, foram analisadas quatro decisões emanadas por aquela Corte no que se refere ao entendimento a respeito da intervenção do Poder Judiciário na criação e efetivação de políticas públicas relacionadas ao direito a educação em face da cláusula da reserva do possível, que constituíram o nosso campo empírico e objeto de análise, proferidas nos seguintes processos: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 – São Paulo; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 869.955 – Sergipe; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 – Distrito Federal; Agravo em Recurso Extraordinário 884.402 – Rio Grande do Sul.

De salientar, que a proposta inicial no que diz respeito ao trabalho empírico, apontava para a realização de entrevistas aos juízes e Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Todavia, esse percurso se revelou absolutamente inviável pela inacessibilidade dos referidos juízes.

3.3. TÉCNICAS DE ANÁLISE DOS DADOS

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DE HUMANIDADES E TECNOLOGIAS
INSTITUTO DE EDUCAÇÃO

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

62

Os dados coletados foram trabalhados de acordo com a técnica de análise de conteúdo, o que possibilitou a descrição e interpretação dos documentos selecionados, ou seja, as decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, em função de um conjunto de categorias selecionadas: reserva do possível; intervenção do poder judiciário na garantia do direito à Educação; entendimento a respeito da intervenção do Poder Judiciário na criação e efetivação de políticas públicas relacionadas ao direito a educação em face da cláusula da reserva do possível.

3.4. PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE DE DADOS

O procedimento de análise de dados consiste numa ferramenta utilizada pelo investigador para interpretar os instrumentos utilizados para coleta de dados que sustentarão sua pesquisa. Isto porque o caráter intersubjetivo das investigações poderá culminar em hermenêuticas distintas sobre os conteúdos analisados, dependendo da interpretação pessoal de cada investigador, segundo sua perspectiva. Segundo Moraes (1999, p. 7-32):

A análise de conteúdo constitui uma metodologia de pesquisa usada para descrever e interpretar o conteúdo de toda classe de documentos e textos. Essa análise, conduzindo a descrições sistemáticas, qualitativas ou quantitativas, ajuda a reinterpretar as mensagens e a atingir uma compreensão de seus significados num nível que vai além de uma leitura comum.

Essa metodologia de pesquisa faz parte de uma busca teórica e prática, com um significado especial no campo das investigações sociais. Constitui-se em bem mais do que uma simples técnica de análise de dados, representando uma abordagem metodológica com características e possibilidades próprias.

A matéria-prima da análise de conteúdo pode constituir-se de qualquer material oriundo de comunicação verbal ou não-verbal, como cartas, cartazes, jornais, revistas, informes, livros, relatos auto-biográficos, discos, gravações, entrevistas, diários pessoais, filmes, fotografias, vídeos, etc. Contudo os dados advindos dessas diversificadas fontes chegam ao investigador em estado bruto, necessitando, então ser processados para, dessa maneira, facilitar o trabalho de compreensão, interpretação e inferência a que aspira a análise de conteúdo.

A análise de conteúdo, em sua vertente qualitativa, parte de uma série de pressupostos, os quais, no exame de um texto, servem de suporte para captar seu sentido simbólico. Este sentido nem sempre é manifesto e o seu significado não é único. Poderá ser enfocado em função de diferentes perspectivas. Por isso, um texto

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

63

contém muitos significados e, conforme colocam OLABUENAGA e ISPIZÚA (1989, p.185):

- (a) o sentido que o autor pretende expressar pode coincidir com o sentido percebido pelo leitor do mesmo;
- (b) o sentido do texto poderá ser diferente de acordo com cada leitor;
- (c) um mesmo autor poderá emitir uma mensagem, sendo que diferentes leitores poderão captá-la com sentidos diferentes;
- (d) um texto pode expressar um sentido do qual o próprio autor não esteja consciente.

Neste sentido, a nossa opção, em termos analíticos, foi pela análise de conteúdo por se tratar de um conjunto de documentos de caráter judicial que foi necessário analisar e interpretar para descortinar e compreender o sentido atribuído pelo Supremo Tribunal Federal às decisões tomadas, que poderá coincidir ou não com a intencionalidade dos autores e com o próprio aparato jurídico existente no que diz respeito ao direito à educação.

A análise de conteúdo foi feita de acordo com um conjunto de categorias que previamente selecionamos e que foram esclarecidas no referencial teórico que nos serviu de fundamentação: a reserva do possível, a intervenção do poder judiciário na garantia do direito à Educação e o entendimento a respeito da intervenção do Poder Judiciário na criação e efetivação de políticas públicas, relacionadas ao direito à educação em face da cláusula da reserva do possível.

Para melhor compreensão, elaboramos um conjunto de tabelas onde inserimos o discurso documental, que separamos por unidades de significação, na perspectiva de Bardin (1977) e que nos permitiu, posteriormente, fazer a análise e interpretação.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

64

CAPÍTULO 3
ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS DA PESQUISA

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DE HUMANIDADES E TECNOLOGIAS
INSTITUTO DE EDUCAÇÃO

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

65

3.1. Análise e interpretação das decisões do Supremo Tribunal Federal

Antes de adentrarmos propriamente na interpretação dos dados colhidos nesta pesquisa, conforme análise de conteúdo proposta por Bardin (1977), optamos por fazer um breve resumo sobre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal objetos de análise desta pesquisa, visando facilitar o entendimento do leitor.

A primeira decisão a ser analisada, que vem sendo utilizada como paradigma para as demais decisões que versam sobre o assunto, se trata de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 23 de agosto de 2011. A referida decisão trata da obrigatoriedade do Estado de São Paulo em matricular crianças de até 05 anos em creches e pré-escolas próximas de suas residências ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, garantindo assim a educação infantil. Vejamos o resumo da decisão:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOUTRINA – JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

66

ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.(AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S). Brasília, 23 de agosto de 2011) (texto original em letra maiúscula)

No texto da referida decisão o Ministro destaca que a educação infantil consiste em prerrogativa constitucional indisponível, assegurando às crianças o seu desenvolvimento integral, como primeira etapa do processo de educação básica. Afirmar que tal prerrogativa impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que a possibilite, sob pena de configuração de inaceitável omissão governamental, frustrando o adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal imposta pelo texto constitucional federal.

Sustenta, ainda o Ministro, que a educação infantil, como direito fundamental, não se subordina a simples análise discricionária da Administração Pública, possuindo tal concretização caráter vinculante.

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, o Ministro entende que, embora seja atribuição primária do Poder Executivo e Legislativo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, ao Poder Judiciário, ainda que, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela Carta Magna, sempre que os órgãos estatais competentes vierem a comprometer a eficácia e

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

67

integridade dos direitos sociais.

E continua defendendo que a inércia estatal em adimplir imposições constitucionais reflete desprezo pela autoridade da constituição e revela comportamento que deve ser evitado, sob a justificativa de que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Quanto ao argumento governamental de ausência de recursos (reserva do possível), a decisão afirma que a destinação de recursos públicos, sempre tão escassos, resulta em contextos de antagonismo que impõem ao Estado superá-los mediante opções por determinados valores em detrimento de outros igualmente relevantes, procedendo a verdadeiras “escolhas trágicas” cujo parâmetro deve ser fundado na dignidade da pessoa humana e na busca da garantia do mínimo existencial, conferindo real efetividade às normas programáticas previstas na Constituição da República.

Segue sustentando que a reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público para fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas previstas no próprio texto constitucional, encontrando insuperável limitação na garantia magna do mínimo existencial.

Quanto ao conceito de “mínimo existencial”, o Ministro destaca que:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

68

direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).(AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S). Brasília, 23 de agosto de 2011)

Outro princípio que, nos termos da decisão proferida no ARE 639.337, embasa a limitação à aplicação indiscriminada da reserva do possível é o da “vedação ao retrocesso social” que, “impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”. E finaliza:

Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.(AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S). Brasília, 23 de agosto de 2011)

Outra decisão oriunda do STF que contempla o tema em questão é a proferida nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo 869.955, em 19 de março de 2015, proferida pela Ministra Carmen Lúcia, versa sobre determinação judicial de reforma da Escola 11 de Agosto, no Estado de Sergipe, por reconhecido abuso governamental. No bojo da decisão, a Ministra entendeu por negar seguimento ao recurso de agravo de instrumento, sob o seguinte argumento:

O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal assentada em ser possível intervenção excepcional do Poder

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

69

Judiciário na adoção de providências necessárias a serem determinadas aos entes administrativos estatais, máxime quando se cuidar, como na espécie, de práticas específicas, garantidoras do direito constitucional fundamental à educação e à segurança pública, impossível de ser usufruído pela ausência de dotação das condições materiais imprescindíveis ao desempenho do serviço pela omissão da entidade recorrente. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 869.955 SERGIPE. RELATORA :MIN. CÁRMEN LÚCIA RECTE. (S) :ESTADO DE SERGIPE PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE PROC.(A/S)(ES):PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Brasília, 19 de março de 2015.)

Destaco ainda decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo 860.979, do Distrito Federal, proferida em 04 de fevereiro de 2015 pelo Ministro Gilmar Mendes, na qual o Poder Judiciário obriga o ente governamental a contratar professor de libras para aluno deficiente auditivo, afastando o argumento da reserva do possível, ou seja, ausência de orçamento público entendendo por conhecer do agravo para negar provimento ao recurso extraordinário, sob os seguintes argumentos:

Inicialmente, constato que o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante do inadimplemento pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas. Incabível, portanto, falar interferência do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 860.979 DISTRITO FEDERAL RELATOR:MIN. GILMAR MENDES RECTE.(S) :DISTRITO FEDERAL PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Brasília, 4 de fevereiro de 2015)

Por fim, trago a colação da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo, do Rio Grande do Sul, proferida em 29 de abril de 2015, pelo Ministro Gilmar Mendes na qual o Poder Judiciário compele o Estado do Rio Grande do Sul a contratar monitores para alunos portadores de necessidades especiais.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

70

O Douto Ministro entendeu negar provimento do Recurso Extraordinário, sob a transcrita fundamentação:

Constato que o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.(ARE 884402 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 29/04/2015. Publicação PROCESSO ELETRÔNICO. DJe-082 DIVULG 04/05/2015 PUBLIC 05/05/2015. Partes RECTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RECD.(A/S): M H R F. PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Brasília, 29 de abril de 2015.)

Após resumir as decisões que nos serviram de objeto de pesquisa, passemos a interpretar os dados coletados.

3.1.1. Análise de Conteúdo

Os dados foram interpretados de acordo com a análise de conteúdo, proposta por L. Bardin (1977) a partir das categorias que, previamente, foram selecionadas: reserva do possível; intervenção do poder judiciário na garantia do direito à Educação; entendimento a respeito da intervenção do Poder Judiciário na criação e efetivação de políticas públicas relacionadas ao direito a educação em face da cláusula da reserva do possível.

Categoria: Reserva do possível

Documentos	Unidades de Significação
Agravo Regimental	Sustenta que a cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

71

no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 – São Paulo	Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 869.955 - Sergipe	Afirma que a jurisprudência do Supremo Tribunal assentada em ser possível intervenção excepcional do Poder Judiciário na adoção de providências necessárias a serem determinadas aos entes administrativos estatais, máxime quando se cuidar, como na espécie, de práticas específicas, garantidoras do direito constitucional fundamental à educação e à segurança pública, impossível de ser usufruído pela ausência de dotação das condições materiais imprescindíveis ao desempenho do serviço pela omissão da entidade recorrente.
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 – Distrito Federal	Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.
Agravo em Recurso Extraordinário 884.402 – Rio Grande do Sul	Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

Conforme observamos pela análise e interpretação das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, concluímos que se encontra consolidado na jurisprudência desta Egrégia Corte que a reserva do possível não pode ser utilizada como óbice à implementação do direito a educação previsto constitucionalmente.

Tal posicionamento não se encontra completamente em consonância com o entendimento da doutrina pátria a respeito do mesmo tema. Isto porque conforme é sabido, a criação e implementação de políticas públicas, por parte do Estado, geram dispêndios financeiros que precisam estar previstos no orçamento do ente público, conhecidos como “custo dos direitos sociais” (KELBERT, 2011, p. 66) e, no atual Estado Democrático de Direito, ou Estado dos Direitos Fundamentais, a prestação dos preceitos fundamentais tem

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

72

encontrado óbice na alegada ausência de orçamento capaz de garantir a efetividade almejada e prevista pela Constituição da República de 1988.

Para Olsen (2008, p. 209-210), em caso de omissão do Estado quanto a efetivação dos direitos fundamentais, deve se observar que tal omissão se deu em razão de ausência total de recursos por parte do Estado, mesmo tendo havido a correta distribuição conforme os ditames constitucionais, oportunidade em que o Estado deverá comprovar tal assertiva.

Ainda sobre o tema Kelbert (2011, p. 83) explica que “a impossibilidade jurídica pode estar vinculada ao orçamento público já aprovado e que não poderia ser mudado por meio de uma determinação judicial, à exceção da possibilidade de remanejamento de verbas previsto na própria lei orçamentária.”

Neste sentido, Miguel Slhessarenko Júnior (2010, p. 107) distingue “reserva do possível” de “limite do financeiramente possível”, explicando que aquele é gênero do qual este é espécie.

Nessa linha, uma distinção se faz importante: a reserva do possível não se confunde com o limite do financeiramente possível. Neste, vislumbra-se a possibilidade de justificação de ausência orçamentária, ao passo que naquele temos uma impossibilidade material de atendimento. Aquele é gênero, do qual este é espécie.

Como exemplo na área da educação, tem-se a identificação da ausência de vagas na rede pública de ensino, onde duas saídas podem ser indicadas: a construção imediata de uma nova unidade escolar, em reduzido espaço de tempo, com salas, móveis e quadro permanente de professores, ou buscar alocação dessas vagas na rede de ensino existente, contratando-se excepcionalmente novos professores.

A primeira solução apresenta-se com impossibilidade fática de ser alcançada (reserva do possível), ao passo que a segunda pode se equacionar adequadamente nos limites do financeiramente possível.

Desta forma, verifica-se que a doutrina entende que a cláusula de reserva do possível está como condição de efetivação destes direitos sociais, e não como barreira injustificada,

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

73

devendo o poder público comprovar o tratamento que o direito social está recebendo no orçamento, justificando a possibilidade de suplementações ou a impossibilidade atual de atendimento, para sua previsão futura, num verdadeiro processo gradual de concretização, divergindo, em parte, dos documentos analisados, eis que estes, demonstram o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a reserva do possível, de forma absoluta, não pode ser arguida como óbice à efetivação do direito fundamental à educação, ante sua previsão constitucional.

Categoria: intervenção do poder judiciário na garantia do direito à Educação

Documentos	Unidades de Significação
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 – São Paulo	Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 869.955 - Sergipe	Possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário para determinar aos entes administrativos a adoção de providências necessárias à efetiva garantia dos direitos constitucionais fundamentais à educação e à segurança pública
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 – Distrito Federal	O óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas.
Agravo em Recurso Extraordinário 884.402 – Rio Grande do Sul	O óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas.

Analizando as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e escolhidas como paradigmas para a presente pesquisa, no que tange a categoria “intervenção do poder judiciário na garantia do direito à Educação”, verificamos que, apesar de em alguma parte do

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

74

texto das decisões, esta intervenção seja aceita excepcionalmente, de fato, verificamos que em todos os casos de patente omissão do Poder Público (Executivo e Legislativo) na garantia de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como é o caso do direito a educação, a intervenção do Poder Judiciário na busca de efetivação desta garantia constitucional tem sido irrestrita.

O que se observa, entretanto, na análise do entendimento da doutrina pátria sobre o tema, é que entre os próprios doutrinadores há divergência acerca da intervenção de poder judiciário na criação e efetivação de políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais. Grinover (2010, p. 36) aponta alguns limites à intervenção do Poder Judiciário, explanando entendimento de que a mesma não pode ser efetivada de forma irrestrita: “Há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. Tais limites são: i. a restrição à garantia do mínimo existencial; ii. a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; iii. a reserva do possível.”

Arenhart (2009, p. 19), por sua vez, entende que a existência de limitações apenas confirma a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, na garantia da efetividade dos direitos fundamentais como regra, e não como exceção:

Em conclusão, cumpre considerar que o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário não deve ser tido como uma exceção, mas antes como uma regra. Diante da concepção do sistema dos “freios e contrapesos” – acolhida pelo direito nacional – não há dúvida de que o controle dos demais “poderes” do Estado somente pode ser realizado, em última instância, pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o Judiciário não se pode – justamente porque ele representa o último campo de proteção contra os abusos eventualmente cometidos pelos outros “poderes” – furtar a exercer este papel. Ainda que existam limites para a sua atuação e para o seu controle, a existência destas barreiras não infirmam, mas antes confirmam, a necessidade de atuação desta função pelos órgãos jurisdicionais. De todo modo, a existência destes limites não pode autorizar sua simples *alegação*, como obstáculo à intervenção judicial. A efetiva existência do limite em questão deve ser cuidadosamente verificado pelo Poder Judiciário e devidamente ponderado, a fim de evitar “vácuos” no domínio público, em que certas condutas permanecem simplesmente livres

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

75

de controle, pelo simples fato de uma invocada ilegitimidade na intervenção jurisdicional.

Ainda neste contexto de intervenção irrestrita do Poder Judiciário nas políticas públicas, Alves (2011) destaca que tal intervenção deve ocorrer exatamente para haver uma estrutura harmônica entre os poderes do Estado, visando o pleno funcionamento do Estado no cumprimento de sua missão.

Por sua vez, Fonseca E Marchesi (2014, p.19), opinam pela necessidade do ativismo judicial, a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, não podendo o julgador se eximir de aplicar as normas constitucionais aos casos concretos que lhe são submetidos por meio de provocação da jurisdição:

Desse modo, diante da retração dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas, o Poder Judiciário assume relevante papel de transformação do ideário constitucional em realidade.

Não obstante, muitas vezes, para efetivar os direitos dos cidadãos é necessário que o julgador ultrapasse o liame da mera aplicação estrita da lei, antevendo os resultados concretos de sua decisão e, nesse contexto, adotando uma postura proativa a fim de efetivar a expectativa de justiça que pesa sobre a jurisdição, trata-se do chamado ativismo judicial.

Desse modo, diante de omissões legislativas que deixam o povo impossibilitado de exercer seus direitos, não é viável que os juízes se eximam da responsabilidade, quando o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais, sendo não só legítima como também necessária a atuação proativa do julgador.

Em uma última observação quanto aos critérios que devem ser observados para intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, Silveira (2011, p. 38), foge dos padrões legais e positivos de limitação, para abordar o preparo dos julgadores para solucionarem lides envolvendo questões pedagógicas e educativas:

Apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, é patente a necessidade de discutir a utilização deste meio para a resolução de litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas, pois esta instituição nem sempre será o mecanismo mais eficaz, devido ao

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

76

despreparo dos seus membros para as dinâmicas envolvendo o cotidiano educacional.

Desta forma, como podemos observar, enquanto o Supremo Tribunal Federal, na prática, aplica de forma irrestrita a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas educacionais garantidas pela Constituição da República de 1988, a doutrina diverge acerca desta intervenção, mas apenas quanto a imposição ou não de limites ao ativismo judicial garantidor dos direitos fundamentais.

Categoria: entendimento a respeito da intervenção do Poder Judiciário na criação e efetivação de políticas públicas relacionadas ao direito a educação em face da cláusula da reserva do possível.

Documentos	Unidades de Significação
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 – São Paulo	A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 869.955 - Sergipe	O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal assentada em ser possível intervenção excepcional do Poder Judiciário na adoção de providências necessárias a serem determinadas aos entes administrativos estatais, máxime quando se cuidar, como na espécie, de práticas específicas, garantidoras do direito constitucional fundamental à educação e à segurança pública, impossível de ser usufruído pela ausência de dotação das condições materiais imprescindíveis ao desempenho do serviço pela omissão da entidade recorrente.
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979 – Distrito Federal	Inicialmente, conforme já posto na decisão agravada, constato que o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

77

Agravo em Recurso Extraordinário 884.402 – Rio Grande do Sul	O óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas. Incabível, portanto, falar em interferência indevida do Judiciário em matéria orçamentário-financeira, quando a obrigação decorre de mandamento constitucional. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.
--	--

Conforme se observa pelo discurso dos documentos utilizados na presente pesquisa como fonte de dados – decisões do Supremo Tribunal Federal, esta Colenda Corte entende que a reserva do possível (escassez de recursos) não pode ser utilizada como óbice a criação e implementação de políticas públicas educacionais, sendo papel do Poder Judiciário a garantia dos direitos fundamentais, intervindo junto ao Estado (Executivo e Legislativo) quando estes permanecem omissos, não garantindo a população o mínimo existencial previsto em nossa Lei maior Brasileira no que pertine aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito a educação.

A doutrina, por sua vez, diverge em seu entendimento quanto a intervenção de Poder Judiciário nas políticas públicas, desconsiderando completamente a reserva do possível. Martins (2006, p.19) destaca como limitação a intervenção do Poder Judiciários nas políticas públicas, as teorias da “reserva da consistência” e da “reserva do possível”.

De forma especial, observar-se que o conceito da “reserva de consistência” e o conceito da “reserva do possível” devem caminhar juntos para atingir uma solução que não fira os ideais democráticos da nossa Constituição. Portanto, o Judiciário não deve temer a função de assegurar o cumprimento da Constituição, especialmente em sede de Direitos Humanos. O dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo, representado pelo entendimento jurisprudencial tradicional, não pode ser considerado um óbice à força normativa da constituição e consequente efetividade de normas de eficácia limitada.

Neste mesmo contexto, Liang Wang (2008, p. 14-15), desenvolvendo sua pesquisa tendo como fonte inúmeras decisões de nossos Tribunais pátrios, faz relevante observação, quanto à limitação imposta pela teoria da “reserva do possível” afirmando que esta não pode

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

78

ser utilizada pelo Póde Público como desculpa para não efetivação do direito fundamental a educação:

Estas decisões apresentam alguns trechos da ADPF 45, lembrando que a concretização dos direitos sociais é feita de forma gradual e indissociável da disponibilidade de recursos. Abordam também a cláusula da “reserva do possível”, admitindo que o pedido de imediata efetivação de um direito social só deve ser concedido quando razoável e quando houver disponibilidade econômico-financeira do poder público. Ainda na esteira desta ADPF, lembram que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de “exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” e que, mesmo não sendo papel do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, cabe a este poder, “em bases excepcionais”, obrigar que políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional. Afirmam, logo em seguida, citando Otávio Henrique Martins Port, (“Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda), que a cláusula de “reserva do possível”, exceto quando há “justo motivo aferível”, não pode ser invocada pelo Estado para, “dolosamente”, exonerar-se do cumprimento de sua obrigação constitucional e, desta maneira, violar um direito fundamental.

Mânica (2011, p. 16) traz ainda uma elucidação quanto à teoria da “reserva do possível” como limite à intervenção do Poder Judiciário, que esta deve ser observada atendendo-se ao princípio da proporcionalidade:

Diante da escassez de recursos e da multiplicidade de necessidades sociais, cabe ao Estado efetuar escolhas, estabelecendo critérios e prioridades. Tais escolhas consistem na definição de políticas públicas, cuja implementação depende de previsão e execução orçamentária.

As escolhas realizadas pelo Estado devem ser pautadas pela Constituição Federal, documento que estabelece os objetivos fundamentais que deverão ser satisfeitos pela autoridade estatal. A vinculação dos gastos públicos aos objetivos constitucionais é lógica.

Há que se abandonar posições extremadas acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Há hipóteses em que tal intervenção é descabida, em face do princípio da

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

79

separação de poderes, da legalidade orçamentária e da discricionariedade administrativa; há hipóteses em que a intervenção é possível, mediante determinação de que seja prevista determinada despesa na lei orçamentária do ano subsequente; e há hipóteses em que é possível, e necessária, a intervenção direta do Poder Judiciário no orçamento, inclusive mediante sequestro de recursos públicos.

De acordo com a *teoria da reserva do possível*, a decisão por uma ou outra possibilidade deve ser tomada mediante a ponderação dos bens e interesses em questão, segundo critério da proporcionalidade.

Analisando detidamente o entendimento explanado nas decisões do Supremo Tribunal Federal e na doutrina pátria sobre o tema em questão – intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas garantidoras do direito fundamental a educação frente a reserva do possível, o que se observa é que, apesar de os autores destacarem, cada um à sua maneira, a importância de uma intervenção cautelosa, observando-se limites e proporções, todos comungam da ideia de que a tal intervenção faz-se necessária, sendo o único meio eficaz à garantia dos direitos sociais, face a inércia do Poder Público, enquanto Legislativo e Executivo, na criação e implementação de políticas públicas hábeis à concretização dos ideais constitucionais, concluindo-se, portanto, que a inexistência de orçamento (reserva do possível) não pode ser óbice à efetividade do direito a educação.

Não obstante a doutrina divergir, mesmo que de forma modesta, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da intervenção irrestrita do Poder Judiciário nas políticas públicas frente a reserva do possível, o que verificamos é que há um clamor pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito a educação, não podendo a escassez de recursos financeiros constituir um óbice a aplicação das normas constitucionais.

Finalmente, pretendemos que a pesquisa realizada possa contribuir para ampliar os conhecimentos na área jurídica e judicial no que diz respeito ao direito à educação, direito inalienável de qualquer cidadão, independentemente do grupo social a que pertença. Cremos, por isso, que esta pesquisa é um contributo importante na área da educação e, sobretudo na

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

80

área da relação entre o direito e a educação, nem sempre estabelecida nas pesquisas sobre educação.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

81

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação é um direito subjetivo fundamental social previsto em nossa carta magna de 1988, sendo portanto, como norma pragmática de efetividade imediata, surgindo para o Estado o dever de prestar, garantindo à população um amplo acesso a uma educação de qualidade.

Entretanto, na prática, não é esta realidade que vem sendo vivenciada pela população nacional, onde nos deparamos com ausência de vagas em escolas para todos, qualidade de ensino deficitária e até mesmo, estrutura física precária.

De fato, ao revés do que deveria se dar, deparamo-nos com ausência de políticas públicas educacionais capazes de atender aos anseios sociais, por omissão do Estado ou má administração deste quanto a seus recursos financeiros.

Assim, diante da necessidade de garantir o direito fundamental social a coletividade, surge o questionamento de que, se em face da omissão do Estado, enquanto Executivo e Legislativo, poderia o Poder Judiciário, intervir na criação e elaboração de políticas públicas, capazes de garantir a efetividade dos direitos constitucionalmente previstos.

Questiona-se ainda, se tal intervenção poderia ocorrer de forma ampla e irrestrita, inobstante a alegação do Estado de ausência de recursos financeiros que possibilitassem a adoção de políticas públicas garantidoras do direito a educação, a chamada reserva do possível.

Pois bem, após a conclusão da presente pesquisa, que utilizou como parâmetro decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a corte suprema brasileira, verificamos que, não obstante alguma divergência doutrinária, o entendimento que prevalece, tanto no

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

82

STF quanto entre os doutrinadores, é que se admite a intervenção de Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas pelo Estado (Executivo e Legislativo), independentemente da alegação de ausência de recursos financeiros (reserva do possível), visando a garantia do direito fundamental à educação.

Ao nosso sentir, de fato, verificamos que a população como um todo, vem sendo relegada à omissão do Estado, sendo-lhe suprimido direitos básicos, para garantia do mínimo existencial, não apenas em relação ao direito a educação, mas também em relação a outros direitos fundamentais como saúde, moradia, etc.

Ante tais fatos, concordamos com a conclusão da presente pesquisa, na qual verificamos que a doutrina e a Corte Suprema têm buscado defender os direitos constitucionais da população, admitindo a intervenção de Poder Judiciário nas políticas públicas educacionais.

Observamos, também, pela LDB e PNE, que o Estado tem buscado, ao menos por meio de projetos e estratégias, a mínima garantia da população de acesso à educação, entretanto, ainda encontramos-nos longe de uma realidade idealizada e satisfatória tendo em consideração o desfasamento que existe entre o desenvolvimento econômico do país e a formação dos cidadãos.

Para concluirmos a presente pesquisa, deparamo-nos com algumas dificuldades, como o acesso aos julgadores de primeiro e segundo graus do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, o que poderia ter tornado a presente pesquisa mais completa se tivesse sido possível entrevistar os juízes do Poder Judiciário.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

83

REFERÊNCIAS

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

ALVES, Máira Feltrin. O princípio da separação de poderes e o controle judicial de políticas públicas. **Revista FMU Direito**, ano 25, n. 35, pp.73-84, São Paulo, 2011.

Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/147/201>>. Acesso em: 02/12/2014.

ARAÚJO, Alessandra Matos de. A Interferência do Poder Judiciário no Direito à Educação. Congresso Nacional do CONPEDI (17:2008 : Brasília, DF) **Anais...**, pp. 5114-5131. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/brasil/brasil/integra.pdf>>. Acesso em: 02/12/2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Custus Legis** - Revista eletrônica do MPF no Rio de Janeiro, ano I, n. 1, 2009 . Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 02/12/2014.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARROS, Sérgio Resende de. Políticas públicas e o poder judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 2, n. 2, pp. 29-38, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1704/pdf>>. Acesso em: 05/12/2014.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Plataforma

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DE HUMANIDADES E TECNOLOGIAS
INSTITUTO DE EDUCAÇÃO

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

84

Democratica. Fundação Instituto Fernando Henrique Cardoso; Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 10/01/2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2004. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15658-15659-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10/01/2015.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. [Lei Darcy Ribeiro (1996)]. LDB nacional [recurso eletrônico] : **Lei de diretrizes e bases da educação nacional** : Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. – 11. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. – (Série legislação ; n. 159). Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/ldb_11ed.pdf>. Acesso em: 15/07/2015.

_____. [Plano Nacional de Educação (PNE)]. **Plano Nacional de Educação 2014-2024** [recurso eletrônico] : Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. – 2. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. – (Série legislação ; n. 193). Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/plano_nacional_educacao_2014-2024_2ed.pdf>. Acesso em: 15/07/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23 de agosto de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em:

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

85

20/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 869.955 SERGIPE. RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 19 de março de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 860.979 DISTRITO FEDERAL. RELATOR :MIN. GILMAR MENDES. Julgamento: 4 de fevereiro de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 884402 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Julgamento: 29 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20/05/2015.

BUARQUE, Cristovam. **A federalização da educação básica**: Educação Integral de Qualidade para Todos. 2013. Disponível em:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/federalizar_cristovam%20(1).pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. **ÂNIMA: revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**. Faculdades Opet. publicação semestral, ano I, vol. 1, pp. 531-563, Curitiba, Paraná. Disponível em:

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

86

<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Jose_Claudio_Carneiro_Filho_a_reserva.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

COLLEY, Thomas. **Treatise on the Constitutional Limitations**. 6. ed., p. 93. Tradução de Ruy Barbosa. In *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Tomo II. Saraiva: São Paulo, 1933.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **RT**, São Paulo, n.737, p. 15-17, mar. 1997.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica como direito. **Cadernos de Pesquisa**. Fundação Carlos Chagas, São Paulo, Trimestral, v. 38, n. 134, pp. 293-303, maio/ago. 2008. Disponível em:
<<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/306/972>>. Acesso em: 10/01/2015.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. A judicialização da educação. **Revista CEJ**, Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, Brasília, trimestral, ano XIII, n. 45, pp. 32-45, abr./jun. 2009. Disponível em:
<<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1097/1258>>. Acesso em: 10/01/2015.

DANTAS, Miguel Calmom. O dirigismo constitucional sobre as políticas públicas. Encontro Preparatório para Congresso Nacional do CONPEDI (17:2008 : Salvador, BA) **Anais...** [Recurso eletrônico], pp. 2338-2358. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: < <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>>. Acesso em: 05/06/2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas , v. 28,n. 100,pp. 691-713,out. 2007. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

87

733020070003000004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05/06/2015.

FONSECA, Leonardo Alvarenga; MARCHESI, Makena. A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais. **Derecho y Cambio Social**, n. 35, ano XI, 2014, Lima-Peru. Disponível em:

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/A_LEGITIMIDADE_DEMOCRATICA_DO_ATIVISMO_JUDICIAL.pdf>. Acesso em: 10/06/2015.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo . Faculdade de Humanidades e Direito, São Paulo, vol. 7, n. 7, pp. 9-37, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 10/06/2015. ISSN: 2176-1094.

HORTA, José Silvério Baia. **Liberalismo, Tecnocracia e Planejamento Educacional no Brasil**. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1982.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LAGARES, Fernanda Rodrigues; NASCIMENTO, Lúcia Maria Barbosa. A intervenção judicial na efetivação do direito fundamental a educação. **Vertentes do Direito**, n. 1, p. 82-103, 2015. Disponível em:

<<http://revista.uft.edu.br/index.php/direito/article/view/1242/8242>>. Acesso em: 10/09/2015.

LAKATOS Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Controle judicial das chamadas políticas públicas**. In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

88

Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.

Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fev./mar./abr. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 03/12/2014.

MARTINS, Marianne Rios. Os limites de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão. Congresso Nacional do CONPEDI (15:2006: Manaus, AM). **Anais...** [Recurso eletrônico]. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf>. Acesso em: 03/12/2014.

MARTINS, Paulo Sena; PINTO, José Marcelino de Rezende. Como seria o financiamento de um Sistema Nacional de Educação na perspectiva do Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova. **Jornal de Políticas Educacionais**. Curitiba: NuPE/UFPR, v. 7, n. 14, pp. 3-16, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/jpe/article/view/38221/23324>>. Acesso em: 10/01/2015.

MELO, Maurício de Medeiros. Políticas públicas de educação e sua implementação pelo poder judiciário: acesso à educação infantil e ao ensino fundamental pela via judicial.

Revista INTERFACE - Centro de Ciências Sociais Aplicadas

Universidade Federal do Rio G. Norte. Natal: Interface, v. 3, n. 2, pp. 111-124, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://ccsa.ufrn.br/ojs/index.php?journal=interface&page=article&op=view&path%5B%5D=7&path%5B%5D=6>>. Acesso em: 20/05/2015.

MEZZAROBBA Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**. 4. ed. rev. aum. Forense: Rio de Janeiro, 1993.

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

89

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. **Revista Educação**, Porto Alegre, v. 22, n. 37, pp. 7-32, 1999. Disponível em: <http://cliente.argo.com.br/~mgos/analise_de_conteudo_moraes.html>. Acesso em: 10 jun. 2012

MOREIRA, Vagner Rangel. Eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,eficacia-e-efetividade-dos-direitos-sociais-prestacionais,31225.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

MOTTA JÚNIOR, Eduardo de Carvalho. Controle jurisdicional de políticas públicas e as limitações do atual modelo de processo civil. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 1, pp. 44-61, maio 2013. Disponível em: <<http://mo.adv.br/wp-content/uploads/2013/06/MOTTA-JR.-Eduardo-de-Carvalho.-Controle-jurisdicional-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-e-as-limita%C3%A7%C3%B5es-do-atual-modelo-de-processo-civil.pdf>>. Acesso em: 20/05/2015.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. A política educacional brasileira: entre a eficiência e a inclusão democrática. **Educação e Filosofia**, v. 28, n. 1 especial, pp. 225-243, Universidade Federal de Uberlândia, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/EducacaoFilosofia/article/view/24611/15301>>. Acesso em: 16/04/2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf>. Acesso em: 16/04/2015.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no o Brasil: desafios e perspectivas. **Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, vol. 8, núm. 15, primer semestre, 2006, pp. 128-146, Universidade de Sevilla Sevilla, Espanha. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?>

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

90

id=28281509>. Acesso em: 02/11/2014.

RIBEIRO, Fernando. Friedman, Monetarismo e Keynesianismo: um itinerário pela história do pensamento econômico em meados do século XX. **Revista de Economia Mackenzie**, v. 11, n. 1, pp. 58-74, São Paulo, jan./abr. 2013. Disponível em:

<<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/5858/4242>>. Acesso em: 02/11/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, nº 9, pp. 30-40, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/jpe/article/view/25173/16821>>. Acesso em: 02/11/2014.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro de Faro Homem. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 76, n. 3 – ano XXVIII, pp 45-56, Minas Gerais, jul./ago./set. 2010. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf>>. Acesso em: 25/01/2015.

SLHESSARENKO Junior, Miguel. **A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais**: constitucionalização das políticas públicas, reservada do possível e ponderação social na educação. Brasília, 2010. 195 f. – Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/103/disserta%C3%A7%C3%A3o_Miguel%20Slhessarenko%20Junior.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25/01/2015.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista DIREITO GV**, 8, pp. 539-

CLAUDIA FARINELLI LEITE
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS EM RELAÇÃO AO
DIREITO À EDUCAÇÃO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

91

568, FGV Direito SP Escola de Direito de São Paulo, jul./dez. 2008. Disponível em:

<<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd->

08_10_escassez_de_recursos_custos_dos_direitos_e_reserva_do_possivel_daniel_wang.pdf>. Acesso em:
20/03/2015.