



JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS RELATIVAS AO ENSINO BÁSICO OBRIGATÓRIO

JUDICIALIZATION OF EDUCATIONAL PUBLIC POLICIES RELATING TO COMPULSORY BASIC EDUCATION

José Antonio Remedio

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP).

Eduardo Roberto Antonelli de Moraes Filho

Mestrando pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).

Submissão: 24/05/17.

Aprovação: 29/08/17.

Resumo

A presente pesquisa tem por objeto analisar a implementação de políticas públicas educacionais relativas ao ensino básico obrigatório por decisão do Poder Judiciário, ante a omissão da atuação dos demais Poderes na sua efetivação. Comprovada a inércia do Poder Público, admite-se em caráter excepcional a intervenção do Judiciário na determinação de implementação das políticas públicas educacionais visando assegurar o direito à educação. No caso, o Judiciário não viola a separação de poderes, não ofende a discricionariedade administrativa e não macula a reserva do possível, tendo em vista que ao implementar as políticas públicas educacionais em face da inércia dos demais Poderes, em particular do Poder Executivo, apenas cumpre sua função constitucional, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais. O método utilizado é o dedutivo, com base em pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito à educação. Judicialização da educação. Política pública educacional.

Abstract

The present research aims to analyze the implementation of educational public policies related to compulsory basic education by decision of the Judiciary, in face of the omission of the others public powers in its effectiveness. Having proven the inertia of the public powers, it can be accepted, as an exception, the intervention of the Judiciary Power in determining the implementation of the educational public policies with the purpose of assuring the right to education. When it happens, the Judiciary doesn't violate the separation of powers, it does not offend the administrative discretion and does not tarnish the reserve of the possible, considering that when implementing educational public policies in the face of the inertia of the other powers, particularly the Executive Power, the Judiciary fulfills its constitutional function, guaranteeing the realization of the fundamental rights. The method used is deductive, based on legal, doctrinal and jurisprudential research.

Keywords: Right to education. Judicialization of education. Educational public policy.

1 Introdução

Os direitos fundamentais, principalmente no que tange ao direito à educação, precisam ser efetivados, concretizados. A implementação de um direito fundamental não pode se submeter ou ficar adstrita à vontade exclusiva do administrador público.

O trabalho tem como objetivo analisar se é admissível a implementação de políticas públicas educacionais, em especial no que se refere à educação básica obrigatória e com qualidade, por determinação do Poder Judiciário, no caso de omissão dos demais Poderes incumbidos de sua efetivação.

Inicialmente, buscar-se-á mostrar que os direitos fundamentais, em particular o direito fundamental à educação, devem ser efetivados ou concretizados independentemente da vontade exclusiva do administrador público, uma vez que não se pode tolerar a inércia do Estado no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

Na sequência, discorrer-se-á sobre o direito fundamental à educação e seus desdobramentos, inclusive quanto à necessidade de sua efetivação pelos Poderes constituídos, com ênfase à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, abordar-se-á a discricionariedade e o controle judicial sobre as políticas públicas educacionais, bem como se o administrador público teria total discricionariedade para escolher o momento apropriado para a implementação das políticas públicas necessárias para concretização de tais direitos fundamentais.

Discutir-se-á, a seguir, a possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, bem como diversas questões correlatas ao tema e que normalmente são alegadas como razões para a não atuação do Poder Judiciário, como o princípio da separação dos poderes, a discricionariedade administrativa e a reserva do possível.

Por fim, analisar-se-á a necessidade não só da implementação de um direito fundamental à educação pelo Poder Judiciário no caso de omissão dos demais Poderes, mas de um direito fundamental à educação básica obrigatória com qualidade, conforme ditames constitucionais.

Objetiva-se com o trabalho demonstrar que a inércia do Poder Público na implementação de políticas públicas na área da educação, em especial do Poder Executivo, torna possível a intervenção do Poder Judiciário, em caráter excepcional, para assegurar a implementação de políticas públicas educacionais, particularmente no tocante ao ensino básico obrigatório e com qualidade e, por conseguinte, dos próprios direitos fundamentais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da separação de poderes, à discricionariedade do administrador público no exercício de suas funções e à denominada reserva do possível, fundamentando-se, para tanto, entre outros, no princípio da dignidade da pessoa humana, no respeito ao mínimo existencial e na obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais.

O método utilizado é o dedutivo, com base em pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

2 Da efetividade dos direitos fundamentais

É possível olhar os direitos fundamentais no mínimo por duas perspectivas diferentes. Pelo lado dos governantes, que almejam a segurança, de modo que as leis devem simplesmente ser obedecidas pelos governados. E pela ótica dos governados, e aí a justificativa encontra base na liberdade, não existindo o dever de obediência, mas um "direito de resistência à opressão" (LAFER, 1988, p. 187).

Da mesma forma que os governantes podem exigir o cumprimento das leis, o cidadão tem o direito de exigir que as leis sejam justas. Nessa visão, somente as leis justas seriam legítimas.

Em sentido amplo, o cidadão, como titular de direitos, e não somente dos direitos políticos (ou seja, do direito de votar e ser votado), tem o direito a ter direitos, caracterizando este com o primeiro direito humano, sendo os demais decorrência deste (LAFER, 1988, p. 166). Nesse contexto, a cidadania identifica-se como o direito essencial básico, motivo por que não pode ser suprimida, pois somente a cidadania torna possível o acesso pleno à integralidade do ordenamento jurídico.

Não há mais espaço para tratar o cidadão como mero súdito, um sujeito passivo, ao qual as leis são impostas e seu cumprimento se faz sem qualquer análise de seu conteúdo material.

O cidadão, como afirmado, tem o direito a leis justas, o que justifica sua atuação de forma ativa na efetivação de seus direitos.

Noutro giro, não mais se concebe a mera declaração formal de direitos, sem qualquer repercussão para os governantes quanto à sua efetivação material, restando o critério político alheio à intervenção judicial.

Todavia, além dos direitos, não se pode olvidar da existência de deveres fundamentais expressos ou implícitos na Constituição Federal, porquanto todo direito gera um dever, além do fato de a Constituição Federal se referir expressamente aos deveres fundamentais (SARLET, 2012, p. 227). É possível citar, como exemplo, o dever de solidariedade que decorre do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225), vez que não só o Poder Público, mas toda a coletividade, tem o dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

Considerando o rol de direitos fundamentais expressamente previstos na Lei Maior, que não exclui outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais” (CF, art. 5º, § 2º), e a existência de deveres fundamentais também expressos ou implícitos na Constituição, revela-se necessário o estabelecimento de mecanismos aptos a tutelarem tais direitos, pois de nada adiantaria a mera carta de direitos sem que eles pudessem ser efetivados, concretizados.

A Constituição Federal não pode ser tratada como se fosse uma mera carta de recomendações (ATALIBA, 2005, p. 160), ficando a exclusivo critério do Poder Público atendê-la ou não. Se fosse apenas uma carta de recomendações, não teria qualquer valor, não se podendo exigir sua observância. Caso assim fosse, a implementação de determinados direitos fundamentais ficaria a exclusivo critério da conveniência e oportunidade dos administradores, retirando a força normativa da Constituição, que passaria a valer muito pouco, já que o poder de decisão estaria circunscrito, de forma ilimitada, aos administradores públicos.

Os direitos fundamentais não podem ficar à mercê da vontade exclusiva do administrador público, pois sua efetivação depende da necessária implementação de políticas públicas previstas expressa ou implicitamente na Constituição Federal. Não há possibilidade de escolha quanto à sua implementação, uma vez que é dever do Poder Público garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Não é possível o Poder Público se negar a implementar os direitos fundamentais e, caso isso ocorra, o Poder Judiciário exercerá um papel fundamental na implementação das políticas públicas, em especial educacionais, em face da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na sua implementação.

3 Direito fundamental ao ensino básico obrigatório com qualidade e políticas públicas educacionais

A palavra educação, no direito brasileiro, “refere-se a todos os processo formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho” (RANIERI, 2013, p. 75).

De acordo com o art. 1º da Lei 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), “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”.

A educação, inclusive com qualidade, é imprescindível para o desenvolvimento integral do indivíduo. Na lição de Lélío Maximino Lellis (2011, p. 225), “sem a implementação da educação escolar e do ensino normatizados constitucionalmente não se pode falar serem fundamentos do Estado a cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, CF/88)”.

O direito à educação é um direito fundamental social. O Estado tem o dever de implementar, por meio de políticas públicas, tal direito. E, dessa forma, há uma obrigação que pode ser exigida judicialmente em caso de descumprimento estatal.

Nesse sentido, ressalta Nina Beatriz Stocco Ranieri (2013, p. 55) que:

O direito à Educação, no direito internacional e no brasileiro, apresenta características jurídicas que o diferenciam em relação aos demais direitos fundamentais, embora todos tenham a natureza jurídica de direitos subjetivos. É direito fundamental social, é direito individual e também é direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito de dignidade humana. É igualmente dever fundamental. Os seus titulares e os seus sujeitos passivos são, simultaneamente, uma coisa e outra. Comporta obrigações de fazer e não fazer, por parte de titulares e sujeitos passivos, que não se exaurem e exigem diferentes atendimentos, algumas vezes sob a reserva do possível. Seu regime jurídico, portanto, é complexo: envolve diferentes poderes e capacidades de exercício, com a inerente sujeição ao regime jurídico específico dos direitos fundamentais, mesmo dependendo de prestações materiais e de recursos financeiros.

No dizer de Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 1556), “a educação é o caminho para o homem evoluir”. E, de acordo com Rodrigo Batista Coelho (2017, p. 715), o direito à educação “representa o direito de emancipação do indivíduo, de sua formação global e de fruição da sua

liberdade fática. Seu relevo é tamanho que sem ele não se pode pensar no exercício pleno da cidadania e na consolidação de um Estado de raízes sociais e democráticas”.

Nos termos do art. 205 da Constituição Federal, o direito à educação é atribuído a todas as pessoas, sendo dever do Estado, configurando, portanto, uma prestação positiva do Estado. O art. 208, *caput* e inciso IV da Lei Maior, por sua vez, trata de de forma específica do direito à educação das crianças.

Já o artigo 206, VII, da Constituição, estabelece que o ensino será ministrado com base no princípio da garantia de padrão de qualidade. Do mesmo modo, a Lei Maior traça em seu artigo 211, § 1º, o dever do Estado com a educação escolar pública, que será efetivado com garantia de padrão mínimo de qualidade. Igualmente, a Lei 9.394/1996, em seu artigo 4º, IX, preconiza sobre a garantia de padrões mínimos de qualidade de ensino.

Também não se pode esquecer que o art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (UNESCO, 1998) preceitua a respeito da educação que:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

A qualidade do ensino, ínsita à educação, deve ser reconhecida como princípio do direito à educação. Nesse sentido, asseveram Richard Pae Kim e José Roberto Rus Perez (2013, p. 712):

Qualidade é, portanto, um princípio balizador do direito à Educação (art. 206, VII, da CF/88), bem como uma garantia por meio da qual o Estado oferecerá Educação escolar pública (art. 208, IX, da CF), assegurada pelos conteúdos mínimos a serem trabalhados na escola (art. 210, *caput*, da CF), e definidos pelos Parâmetros Curriculares criados pelo Ministério da Educação, reforçados, plurianualmente, pelos Planos Nacionais de Educação.

A Constituição Federal, ao tratar do dever do Estado com a educação, prevê no art. 208, inciso I, que este dever será efetivado, entre outras exigências, mediante a garantia de “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada

inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria” (BRASIL, 1998).

A universalização e ampliação da educação obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade trouxe expressivos avanços em relação ao desenvolvimento da educação brasileira, os quais, entretanto, dependem da adequada implementação das políticas públicas educacionais.

O Estado, por meio de políticas públicas, deve implementar suas prestações positivas, de sorte a serem concretizados os direitos fundamentais, entre os quais o direito à educação com qualidade.

A ideia atual de política pública “guarda íntima relação com o aparecimento do Estado de bem-estar (*Welfare State*) – dirigente e prestacional -, marcado pelo compromisso de promover os reclamos sociais” (BUCCI, 2006, p. 14).

A política pública é definida por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 14)

como um programa ou quadro “de ação” governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Fernando Aith (2006, p. 232) considera política pública “a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos”.

Os direitos sociais, entre os quais o direito à educação, devem ser levados a sério, e as disposições normativas a eles concernentes não devem ser entendidas como meras diretrizes ou exortações. O Estado, pela aplicação da força normativa da Constituição, está efetivamente vinculado a tais disposições, de sorte que a concretização dos direitos sociais ocorre por meio da implementação de políticas públicas, que consistem num *facere* a cargo do Estado (COELHO, 2017, p. 174-175).

A educação, enquanto política pública, insere-se no conjunto de ordenações e intervenções de atribuição e responsabilidade do Estado, em especial quanto à educação básica gratuita e obrigatória dos quatro aos dezessete anos de idade (CF, art. 208, I).

A implementação das políticas de educação exige no mínimo o oferecimento de educação com qualidade, qualificação da gestão educacional, capacitação e adequada remuneração dos docentes, oferta de acesso à escola para todos e oferecimento de lazer e cultura para os educandos.

4 Controle judicial das políticas públicas educacionais: discricionariedade administrativa, separação de poderes e reserva do possível

A implementação das políticas públicas educacionais pelo Poder Judiciário exige a ponderação de diversos elementos, entre os quais a discricionariedade administrativa, o princípio da separação de poderes e a teoria da reserva do possível.

Inicialmente, aborda-se a questão da discricionariedade, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 48) é conceituada como

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Embora ínsita ao Estado de Direito, a discricionariedade encontra limites no interesse público, ou seja, o administrador não poderá optar por uma solução que, apesar de prevista em lei, atenda a seu interesse pessoal. O administrador deve sempre perseguir o interesse público primário, sendo que a busca pelo interesse secundário só tem legitimidade se coincidente com o interesse primário (MELLO, 2004, p. 57)

No ato discricionário o administrador possui certa liberdade de escolha, não podendo essa escolha, porém, contrariar o interesse público. Por isso, não há como negar certos limites à discricionariedade, de modo que o administrador público deve ao menos observar os princípios da legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, cabe frisar que não há discricionariedade quanto à finalidade, à forma e à competência (REMEDIO, 2015, p. 341). E mais, considerando-se a análise no âmbito do Estado Democrático de Direito, conforme preconiza o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, cabe ao Poder Legislativo estabelecer (MELLO, 1996, p. 49),

os objetivos públicos a serem perseguidos e de fixar os meios e os modos pelos quais hão de ser buscados, competindo à Administração, por seus agentes, o mister, o dever, de cumprir dócil e fielmente os *desiderata* legais, segundo os termos estabelecidos em lei. Assim, a atividade administrativa encontra na lei tanto seus fundamentos quanto seus limites.

Resta claro que o Poder Executivo tem o dever de cumprir os objetivos e as metas traçadas pelo Legislador. Não é possível se omitir em sua função e muito menos desvirtuar a

finalidade da lei. Por isso, o Administrador encontra-se sempre vinculado à finalidade maior adstrita na lei, consubstanciada no interesse público. O Executivo tem como função concretizar o que foi estabelecido pelo Poder Legislativo, porém, muito mais do que isso, tem o dever de efetivar os direitos fundamentais. É fácil perceber que o Poder Executivo está subordinado à lei, devendo ser fiel a ela.

Destaca-se que não se confundem discricionariedade e arbitrariedade, vez que nesta última há uma atuação que extrapola os limites da lei, de sorte que o ato arbitrário é ilegal, ilegítimo e inválido (MARINELA, 2014, p. 221). Caso o Administrador Público venha a se desviar da finalidade traçada pela lei, ele a está transgredindo, e por isso incorre em desvio de finalidade. Isso demonstra que o ato discricionário não é arbitrário.

O administrador público deve tomar a decisão e agir com base no interesse público primário. Quando o administrador excede ou simplesmente se desvia da sua função, torna-se viável ao Poder Judiciário, em caráter excepcional, interferir na função administrativa ou no ato administrativo com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais, porquanto o desvio de finalidade na atuação administrativa implica em transgressão da norma legal.

A respeito da atuação do Poder Judiciário na viabilização dos direitos fundamentais, é precisa a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 269):

Que o Judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, o que não significa a inexistência de limites a esta atividade, que não podem ser desconsiderados. Ainda que pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos em tese, sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, há certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta.

De fato, o Judiciário não pode mais ter um comportamento passivo, apenas declarando a omissão do Poder Público, nada fazendo para efetivamente solucionar o problema. Há de se exigir uma postura mais ativa, visando a concretização dos direitos fundamentais, assumindo, assim, seu papel constitucional.

Durante muito tempo aceitou-se a inefetividade da Constituição Federal, principalmente no que tange aos direitos fundamentais e relativamente à omissão do Poder Executivo. O Poder Judiciário em nada interferia nas políticas públicas e o Poder Legislativo era submisso ao Poder Executivo.

Nesse sentido, ponderam Julio Cesar Marcellino Júnior e Antonio Marcos Gavazzoni (2011, p. 37) que:

No cotidiano brasileiro dos operadores jurídicos vive-se, nas palavras de Streck, o dilema de não se praticarem nem as diretrizes procedimentalistas, nem as substancialistas. Prova disto é, por um lado, a manifesta e quase absoluta inefetividade da Constituição da República aliada à postura “passiva” do Poder Judiciário, e por outro lado, a submissão do Poder Legislativo ao “decretismo” do poder executivo que, em total desvio de finalidade, usa de modo abusivo e despropositado as famigeradas Medidas Provisórias.

Tal visão não mais se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito. Não se tolera mais a não concretização dos direitos fundamentais. Assim, o Poder Judiciário deve se fortalecer, atuando no sentido de garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Não adianta nada a existência de previsão dos direitos fundamentais, se na prática são desprezados. Seria o mesmo se não existissem. Por isso, o Poder Judiciário deve garantir os direitos fundamentais, posto ser guardião da Constituição Federal.

Arrematam Julio Cesar Marcellino Júnior e Antonio Marcos Gavazzoni (2011, p. 32) que:

O eixo substancialista é capitaneado por Mauro Cappelletti e, em parte, por Ronald Dworkin, e representado no Brasil por autores como Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fabio Comparato, entre outros. Todos eles se posicionam, cada qual ao seu modo, de maneira a entenderem que o Poder Judiciário não deve assumir uma postura passiva diante da sociedade, constituindo-se em verdadeiro guardião garantidor da efetividade constitucional.

Importante realçar que se insere entre as funções do Poder Judiciário o cumprimento da Constituição Federal e, no caso de omissão dos demais Poderes na implementação dos direitos fundamentais, está o Judiciário legitimado exercer o controle da discricionariedade administrativa e a agir ativamente na implementação dos referidos direitos.

É certa a existência de um dever prestacional estatal no que tange ao direito à educação. E, não pode este dever ficar a critério exclusivo do Poder Público, que o implementará quando lhe convier. Não há espaço para o juízo de discricionariedade na matéria. Trata-se de um dever fundamental, que cabe ao Poder Público efetivá-lo mediante a implementação das políticas públicas necessárias.

É preciso deixar claro que a Constituição Federal não é uma carta de recomendações, de modo que o Poder Público poderia cumpri-la ou não a seu bel-prazer. Os mandamentos constitucionais devem necessariamente ser respeitados. O Estado tem o dever de efetivar o direito à educação (art. 208 da Constituição Federal).

Pode-se afirmar, inclusive, que o direito à educação seria uma limitação à discricionariedade do Poder Público, porque não haveria espaço para escolhas administrativas, senão traçar as medidas necessárias para a sua implementação. Não haveria ao Poder Público conveniência ou oportunidade, cabendo-lhe simplesmente efetivar as medidas traçadas pela Lei Maior, observando-se o princípio da legalidade.

Em segundo lugar, analisa-se a questão afeta ao princípio da separação de poderes e sua relação com a implementação de políticas públicas educacionais pelo Poder Judiciário no caso de inércia dos demais poderes.

No Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento no sentido de que não há que se falar em violação da separação dos poderes no controle pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos praticados pelos outros poderes. Para a Corte, o Judiciário, em caráter excepcional, poderá determinar a implementação de políticas públicas, a fim de garantir os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Nessa esteira, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 839.629-DF, que tratava da implementação de políticas públicas referentes à criança com necessidade educacional especial, o Supremo Tribunal Federal decidiu que (BRASIL, 2016) o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode “determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal”.

Portanto, ante a omissão do Poder Executivo em cumprir com sua obrigação de fazer, torna-se possível ao Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas visando assegurar os direitos fundamentais, principalmente o direito à educação.

É bem verdade que não constitui função típica do Judiciário a implementação de políticas públicas, inclusive na área de educação, uma vez que tal função cabe primordialmente ao Executivo. Não obstante, em razão do descumprimento pelo Executivo ou Legislativo dos deveres estabelecidos pela Constituição Federal, o Poder Judiciário pode implementar em caráter excepcional as políticas públicas necessárias para efetivação dos direitos fundamentais.

Com isso, não há que se falar em indevida interferência do Poder Judiciário em outros Poderes. Na verdade, o Poder Executivo, que deveria implementar as políticas públicas, ao se manter omissivo, justifica a intervenção do Judiciário para que não torne inócuo o direito à educação previsto constitucionalmente. Dessa forma, a omissão da Administração Pública viola

a Constituição Federal e, por conseguinte, cabe ao Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais, inclusive o direito à educação.

Corroborando referido posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP (BRASIL, 2011), em questão referente à implementação de políticas públicas concernentes ao atendimento de criança de até cinco anos de idade em creche e em pré-escola, sufragou o entendimento no sentido de que o Poder Público, ao se abster de cumprir total ou parcialmente o dever de implementar políticas públicas definidas no texto constitucional, “transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional”. Ainda de acordo com a Corte, a intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil, “objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas”.

Considerando-se o direito fundamental à educação como um direito de segunda dimensão, faz-se necessário torná-lo efetivo, não se aceitando a omissão da Administração Pública no tocante à sua realização.

Em terceiro lugar, a teoria da reserva do possível como causa para justificar o descumprimento da implementação de direitos fundamentais exige a adoção de uma série de cuidados, sob pena de macular a Constituição Federal.

Não se desconhece que a realização dos direitos fundamentais prestacionais depende da disponibilidade financeira do Estado, aplicando-se ao caso a denominada reserva do possível. Portanto, é admissível a demonstração objetiva da real incapacidade financeira estatal relativamente à implementação de determinada política pública, o que poderia dar ensejo à inviabilização material da concretização do direito fundamental respectivo. E isso seria lógico, porque não se pode exigir, inclusive do Estado, o que não se tem como realizar, ante a impossibilidade material de sua realização.

Todavia, a reserva do possível não pode servir de impedimento à implementação de políticas públicas educacionais, quando o óbice é gerado pela incúria da própria Administração Pública, posto que aí haveria um ato ilegal, um desvio de finalidade.

Esse, inclusive, foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP (BRASIL, 2011), conforme se constata da seguinte ementa:

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.

Também não se pode desconsiderar necessidade de serem estabelecidas ao menos condições mínimas de existência ao indivíduo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição Federal). E certamente a concretização do direito à educação com qualidade propiciará uma vida mais digna à pessoa. Assim, faz-se necessário efetuar escolhas administrativas, prevalecendo aquela que mais assegure a efetivação dos direitos fundamentais.

Para concretização da existência de uma vida digna é imprescindível que seja respeitado o denominado mínimo existencial, a fim de que seja conferida efetividade aos direitos fundamentais.

A noção de mínimo existencial resulta implícita de determinados preceitos constitucionais, como o art. 1º, III, e o art. 3º, III. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP (BRASIL, 2011), expressou-se no sentido de que o mínimo existencial:

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 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.

Também não se pode deixar de mencionar que a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana dispõe em seu artigo 25 que todo ser humano tem direito a um (UNESCO, 1998)

padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Em síntese, o Estado deve garantir uma vida digna ao indivíduo, o que corresponde, além da garantia do direito à liberdade, também do direito à educação, à saúde, à moradia. Sem estes direitos básicos, não há que se falar em vida digna. Portanto, o Estado deve assegurar ao menos o mínimo para que se torne viável ter uma vida digna.

Por outro lado, não se nega, como antes afirmado, que não incumbe ao Poder Judiciário, em princípio, implementar políticas públicas atinentes ao direito à educação. Ocorre que, se o Poder Público se mantém inerte em sua implementação, comprometendo os direitos fundamentais, torna-se viável a interferência do Poder Judiciário. Isso se verifica para assegurar os direitos fundamentais.

Dessa forma, não há que se tolerar o simples descumprimento da Constituição Federal por qualquer dos Poderes. Por isso, cabe ao Judiciário fazer cumprir os seus preceitos, inclusive no tocante à efetivação de políticas públicas. O Poder Judiciário não pode mais se manter passivo ante a violação da Constituição Federal. A inércia do Poder Público em concretizar as políticas públicas certamente não atende a Constituição Federal.

Ainda como fundamento para a obrigatoriedade da implementação das políticas públicas educacionais, cabe acentuar a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso, de modo que não se pode regredir, ou seja, diminuir ou mesmo eliminar os direitos fundamentais já reconhecidos. Por aí se percebe que os direitos fundamentais devem de fato ser efetivados.

Nesse sentido, é pertinente a lição de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 320-321), no que tange à proibição do retrocesso:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo.

[...]

O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

Também é importante destacar que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas ao Administrador Público, inclusive com a imposição de multa cominatória. Não há qualquer impedimento para tanto. A possibilidade de imposição de multa cominatória à pessoa jurídica de direito público é acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP, decidiu a Corte (BRASIL, 2011) estar o Município obrigado “a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida”.

Ainda, necessário observar que, apesar de não ser objeto específico da presente pesquisa, a ação civil pública, disciplinada em linhas gerais pela Lei 7.347/1985, identifica-se como um dos mais importantes instrumentos jurídico-processuais contemplados na legislação brasileira para a implementação judicial das políticas públicas de educação.

A implementação de políticas públicas pelo Judiciário não implica em se retirar dos Poderes Legislativo e Executivo a sua função de formular e executar referidas políticas. Apenas está se admitindo, em casos excepcionais, e em razão da omissão do Poder Executivo ou Judiciário, a determinação de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, principalmente daquelas definidas na Constituição Federal, vez que a omissão dos demais Poderes compromete a efetividade dos direitos sociais, como no caso do direito à educação.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 603.575-SC (BRASIL, 2010), realçou a educação como direito fundamental, de modo que o Estado tem o dever de viabilizar o exercício deste direito, pois a omissão do Poder Público afronta à Constituição Federal e, nesse contexto, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário na sua implementação:

O Supremo fixou entendimento no sentido de que ‘[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional’.

Em síntese, o quadro apresentado demonstra a admissibilidade constitucional da implementação das políticas públicas na área da educação pelo Judiciário, em especial em relação à educação básica obrigatória e com qualidade, no caso de inércia dos demais Poderes na sua implementação, visando possibilitar ao indivíduo um desenvolvimento com qualidade e uma vida com dignidade.

5 Conclusão

A Constituição Federal inseriu o direito à educação entre os direitos fundamentais e previu a obrigatoriedade em relação ao ensino básico. Além disso, a Lei Maior exige uma educação com qualidade (arts. 205, 206, VII, 208, IV e 227, *caput*). Do mesmo modo, a Lei 9.394/1996, no art. 4º, IX, refere-se a uma educação com qualidade. O direito à educação também está previsto no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Isso demonstra que é possível exigir do Poder Público uma educação com qualidade. De outro lado, não se pode mais tolerar a omissão do Poder Público no que tange à implementação de políticas públicas visando à efetivação do direito à educação.

O próprio Supremo Tribunal Federal afirmou a possibilidade, em caráter excepcional, de determinar a implementação judicial de políticas públicas para efetivar o direito à educação no caso de inércia dos demais Poderes, e que isso não viola a tripartição dos poderes e nem a discricionariedade do administrador judicial. Também, não há qualquer impedimento no que tange à reserva do possível.

O direito à educação deve ser efetivado nos termos traçados pela Constituição Federal e, assim agindo, o Poder Judiciário não estará fazendo mais do que exercer a sua função primordial, que é assegurar o cumprimento da Lei Maior. Por isso, não existe violação à separação dos poderes. Do mesmo modo, a Administração não tem qualquer liberdade de escolha, ou seja, de efetivar ou não direitos. Em razão da inexistência de escolas ou instituições de ensino, resta ao Poder Público, por meio do Judiciário, tomar medidas para efetivação do direito à educação. Assim procedendo, o Poder Judiciário não interfere na discricionariedade do administrador público, apenas age em cumprimento dos ditames constitucionais.

A alegação de falta de disponibilidade financeira não pode servir para o Poder Público se desvencilhar de seu dever de implementação das políticas públicas educacionais. Havendo alegação dessa natureza, deve-se investigar as reais possibilidades no caso concreto, não se descartando de imediato uma real impossibilidade financeira. Na verdade não se pode fechar os olhos para a realidade. Mas tudo isso deve ser demonstrado.

Não se nega que cabe ao Poder Público fazer escolhas. Todavia, diante da impossibilidade de implementação de todas as medidas necessárias para o atendimento do interesse público, devem-se estabelecer as prioridades, entre as quais a educação, a fim de resguardar uma existência digna ao indivíduo.

Em síntese, ante a inércia do Poder Público, em especial o Poder Executivo, em implementar as políticas públicas na área de educação com qualidade, principalmente quando relacionada ao ensino básico obrigatório, pode e deve o Poder Judiciário implementá-las, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente.

Referências

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-245.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2016.

_____. Lei n. 9.394, de 12 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 12 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 603.575-SC. Relator Ministro Eros Grau. Brasília: **Dje**, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28603575%2ENU%2E+OU+603575%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j62hehg>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: **Dje**, 15 set. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 839.629-DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília: **Dje**, 4 mar. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10412931>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COELHO, Rodrigo Batista. **Direitos fundamentais sociais e políticas públicas: subjetivação, justicialidade e tutela coletiva do direito à educação**. Leme: Habermann Editora, 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

KIM, Richard Pae; PEREZ, José Roberto Rus. Responsabilidades públicas, controles e exigibilidade do direito a uma educação de qualidade. In ABMP. Todos Pela Educação (Org.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 711-791.

LELLIS, Lélío Maximino. **Princípios constitucionais do ensino**. São Paulo: Lexia, 2011.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; GAVAZZONI, Antonio Marcos. A jurisdição constitucional e os limites ao protagonismo judicial: concepções jurídicas contrapostas. In: CECATTO, Maria Aurea Baroni; MISAILIDIS, Mirta Lerena; LEAL, Mônica Clarissa Hannig; MEZZARROBA, Orides (Orgs.). **Cidadania, direitos sociais e políticas públicas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 27-39.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (ABMP). TODOS PELA EDUCAÇÃO (Org.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55-103.

REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: 1998. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.