

# A implementação judicial do direito à educação no Brasil: análise sob a perspectiva do STF



## Bruno César Lorencini

Juiz Federal Substituto do TRF da 3ª Região. Professor de Direito Constitucional, Direito Internacional e Ciência Política da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito do Estado pela Universidade São Paulo – USP. Doutor em Direito Administrativo, Financeiro e Processual pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito Político e Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SUMÁRIO: 1. Direito à educação: direito subjetivo ou promessa estatal? 2. A justiciabilidade imediata do direito à educação: o caso do artigo 208, IV, da Constituição Federal (creche e pré-escola). 3. A questão da erradicação do analfabetismo. 4. Conclusões. Bibliografia.

### 1. Direito à educação: direito subjetivo ou promessa estatal?

A previsão normativa do dever estatal de promover a educação é uma característica marcante das Constituições sociais elaboradas na segunda metade do século XX, especialmente após o segundo conflito bélico mundial, traduzindo – ao lado de outros direitos sociais, como a saúde, a previdência social e a assistência social – a função intervencionista e prestadora que o ente estatal assumiu nesta nova configuração constitucional.

O advento das Constituições sociais está ligado à superação do modelo liberal clássico antecedente. O constitucionalismo social representa, conjuntamente com a teoria econômica de Keynes e o intervencionismo estatal que dela advém, a tentativa de atenuar a tensão disseminada na sociedade causada, entre outros fatores, pelo aumento do número de excluídos e oprimidos decorrente das crises econômicas no início do século XX – espe-

cialmente o *Crash* de 1929 – e dos conflitos bélicos mundiais. Ressalte-se, ainda, como variante importante a difusão da proposta socialista, à época em grande avanço no mundo oriental, que serviu de supedâneo teórico para os movimentos reivindicatórios das massas.

No campo estritamente jurídico, em que se situa nossa análise, verificamos que a grande inovação do constitucionalismo social foi a inserção de direitos à prestação estatal no catálogo de direitos fundamentais. Obriga-se, assim, o Estado a atuar *positivamente* na asseguuração de serviços e proteção aos cidadãos, quebrando com a lógica tipicamente liberal de que o ente estatal deveria se manter inerte e neutro em relação às questões sociais, sob a premissa de que a autorregulação do livre mercado levaria naturalmente ao equilíbrio na distribuição dos bens e serviços à sociedade.

Há, contudo, sensível ganho em complexidade quando se indaga acerca da conformação dos direitos sociais previstos na

Constituição no plano da realidade concreta. Isto porque todo direito social envolve, em certa medida, um *grau de promessa*, de *programa*, de *objetivo* do Estado, não sendo possível taxar – como ocorreria no caso de um direito tipicamente liberal – o que se espera do ente estatal na consecução, por exemplo, do direito à educação. Alexy alerta para esta dificuldade:

(...) os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos não com a mesma intensidade. Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.<sup>1</sup>

A questão que surge na doutrina, portanto, é saber se o dever de prestação que o constitucionalismo social traz ao Estado se apresenta como um *direito público subjetivo*<sup>2</sup> ou se, ao revés, aludido dever não passa de uma norma programática<sup>3</sup> enunciada da Carta

constitucional, cuja conformação dependerá de um constante e progressivo fluir de políticas públicas adotadas pelo Estado.

Parece-nos que a resposta a essa difícil questão não deve ser maniqueísta, isto é, “o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo ou nada”.<sup>4</sup> De fato, os direitos sociais possuem tanto uma *dimensão subjetiva* quanto uma *dimensão objetiva*. Isto é claro, por exemplo, para Canotilho, para quem os direitos sociais são compreendidos como “autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”.<sup>5</sup> Por outro lado, o mesmo autor reconhece a tais direitos uma dimensão objetiva no sentido de consolidarem *imposições legiferantes*, ou seja, vinculam o legislador na implementação das políticas necessárias à concretização destes direitos, e, ainda, por vezes, implicam “o fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais”.<sup>6</sup>

O ponto nevrálgico, portanto, mais do que identificar os direitos sociais como veiculadores de direitos subjetivos ou como meras normas programáticas, é saber se as prestações estatais que os concretizam podem ser reivindicadas com fundamento direto e exclusivo na disposição constitucional, ou se é indispensável a atividade política legiferante e administrativa para vincular o Estado a fornecê-las. A questão não é, por evidente, meramente teórica, uma vez que, caso indiquemos com verdadeira a primeira assertiva, teremos por certo que a questão será judicializável, ou seja, poderá o Poder Judiciário impor ao Estado o fornecimento da prestação

1 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 510.

2 Destaca-se, aqui, o conceito de direito subjetivo trazido por Ferraz Júnior, como sendo a “posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de facultades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35.

3 Normas programáticas são entendidas como aquelas que condensam princípios e traçam objetivos de conteúdo eminentemente social. Canotilho destaca que “a relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para a pressão política sobre os órgãos competentes”. O próprio autor ressalva, contudo, que, sob o ponto de vista jurídico, a introdução de direitos sociais por intermédio de programas constitucionais tem relevo no sentido de

“obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 474-475.

4 *Ibidem*, p. 502.

5 *Ibidem*, p. 476.

6 *Ibidem*, p. 476.

diretamente ao sujeito lesado em seu direito social; se, ao contrário, considerarmos correta a segunda afirmação, temos que caberá ao Judiciário, quando muito, o reconhecimento de que existe a omissão legislativa, aplicando a teoria do *apelo ao legislador*.<sup>7</sup>

E, também aqui, não é possível uma posição maniqueísta: nem todo direito social será reivindicável a partir de sua mera previsão constitucional, mas alguns serão. É necessário, sem dúvida, estabelecer um *critério*, mesmo que de conteúdo *aberto*, que possibilite a distinção entre as hipóteses nas quais o juiz poderá diretamente conferir concreção à norma constitucional, daquelas em que ele deve se autorrestringir, reconhecendo a eficácia limitada do dispositivo constitucional, reservando sua concreção à atividade do legislador.

O critério que julgamos mais adequado – embora admitindo, desde já, sua excessiva abertura interpretativa –, é o do *mínimo existencial*, que já foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF em diversos precedentes, dentre os quais destacamos o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Segundo o ministro, o mínimo existencial representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, “emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa

humana”,<sup>8</sup> e concretiza indubitável garantia constitucional. Vale trazer a compreensão do Ministro Celso de Mello acerca de aludido critério:

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 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.<sup>9</sup>

É evidente que a afirmação do *mínimo existencial* como critério para nortear quando o juiz pode, diretamente, concretizar um direito social, traz grande abertura ao fenômeno que tem sido nomeado pela doutrina como *ativismo judicial*. Este fenômeno se caracteriza, essencialmente, pelo Judiciário assumindo diretamente a concretização dos dispositivos constitucionais, principalmente a partir da fundamentação em princípios abertos, como a dignidade da pessoa humana, a força normativa da Constituição, a razoabilidade, entre outros. Alguns o têm identificado como um movimento concertado e autônomo, alcunhado como *neconstitucionalismo*, não sendo, contudo, poucas as vezes que refutam essa nomenclatura e, principalmente, aludida autonomia e sistematização.

Embora o aprofundamento de todos os contornos que este fenômeno tem assumido na contemporaneidade escape aos limites deste estudo, é fato que um Judiciário mais ativo,

7 A teoria do *apelo ao legislador* tem sido a tradicionalmente aplicada pelo STF na questão da inconstitucionalidade por *omissão legislativa*, conforme precedente do Mandado de Injunção nº 107/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves (DJ 21/09/1990). No caso, cabe à Corte Constitucional declarar a configuração da omissão, solicitando ao legislador a colmatação da lacuna. Há quem defenda, como Mendes, Coelho e Branco, que referida solicitação ao legislador teria conteúdo *mandamental*, o que não nos parece correto, uma vez que não há mecanismos indutivos de cumprimento da determinação judicial em relação ao legislador, como, por exemplo, a fixação de multa por descumprimento. Tem predominado o entendimento de que o ato da Suprema Corte não passa, realmente, de um *apelo*, que ingressa no âmbito de discricionariedade do legislador. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1140.

8 STF, ARE 639.337-AgrR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 14/09/2011.  
 9 *Ibidem*.

principalmente por intermédio das Cortes Constitucionais,<sup>10</sup> é uma realidade cada vez mais comum nas democracias ocidentais, sendo a jurisprudência do STF um bom exemplo neste sentido. Decisões em que o Judiciário implementa diretamente políticas públicas,<sup>11</sup> estabelece determinadas situações e regulações jurídicas mediante a criação de normas abstratas,<sup>12</sup> concede direitos individuais e coletivos sem previsão expressa ou implícita na Constituição e na lei;<sup>13</sup> são todos exemplos de decisões que podem, sob a perspectiva apresentada, ser consideradas *ativistas*.

É evidente que há, como não poderia deixar de ser, uma série de argumentos contrários ao ativismo judicial, partindo desde a questão da suposta *ilegitimidade democrática* do juiz, chegando ao real risco do *decisionismo judicial*, que vem bem descrito por Sarmento:

Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como normas na prática judiciária brasileira – só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão –, com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água ao vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juizes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.<sup>14</sup>

Independente de aludidas polêmicas, o fato é que o Judiciário é cada vez mais provocado para decidir acerca de direitos sociais previstos na Constituição e não atendidos de forma satisfatória pelo Estado, sendo seu dever, por óbvio, fornecer respostas à sociedade, ainda que tais respostas consistam em reconhecer limites para decidir neste campo. E considerando que nosso tema envolve um dos direitos sociais mais sensíveis, a educação, e que, por vezes, as políticas públicas estabelecidas pelos poderes tipicamente políticos, Legislativo e Executivo, mostram-se

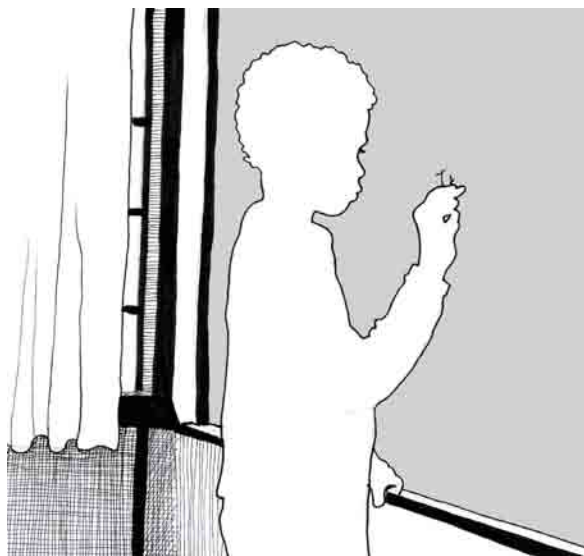
10 Pressupondo-se, é claro, que no sistema jurídico em questão a Corte Constitucional se caracterize como órgão integrante do Poder Judiciário, como é a realidade do STF no Brasil.

11 Caso, por exemplo, da decisão judicial que decide pelo fornecimento de medicamentos que não estão incluídos na lista do Sistema Único de Saúde (ver precedentes: RE 607.381-AgR/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 31/05/2011, DJe 16/06/2011; RE 271.286-AgR/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000; RE 368.564/DF, Primeira Turma, Relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio, j. 13/04/2011, DJe 09/08/2011 entre outros).

12 Caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 19/03/2009, DJe 30/06/2010), em que o STF, efetivamente, criou normas jurídicas abstratas firmando direitos e obrigações sobre as terras demarcadas.

13 Novamente tendo como parâmetro a jurisprudência do STF, a hipótese de greve por servidor público civil trata-se de bom exemplo de concessão de direito coletivo que, embora previsto na Constituição, não foi regulamentado pela lei – o que sempre se entendeu como indispensável. No caso, o STF utilizou a técnica da *sentença aditiva*, pela qual se estendeu aos servidores públicos a regulamentação conferida às greves da iniciativa privada. Neste sentido: MI 708/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008; MI 670/ES, Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008; MI 712/PA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008.

14 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.



insuficientes para assegurar o já citado *mínimo existencial*, é compreensível que o direito à educação se identifique como um dos mais judicializados.<sup>15</sup>

A partir dessas premissas, vejamos, sob a perspectiva de dois precedentes jurisprudenciais do STF, como tem sido resolvida a questão da implementação do direito à educação por intermédio do sistema judicial, distinguindo uma hipótese em que ele foi caracterizado como direito público subjetivo, de outra em que a Corte Constitucional se autolimitou.

## **2. A justiciabilidade imediata do direito à educação: o caso do artigo 208, IV, da Constituição Federal (creche e pré-escola).**

O artigo 208 da Constituição Federal brasileira de 1988 traz um rol de deveres do Estado em relação à concretização do direito social à educação. Vale a pena transcrever o dispositivo para facilitar a análise:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a

garantia de:

I - 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 tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

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

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

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Cada um dos sete incisos do artigo 208 descreve um aspecto essencial da conformação do direito social à educação no Brasil, inexistindo dúvidas acerca do fato de que constitui dever inderrogável do Estado a concretização de todos os dispositivos. A dúvida, contudo, consiste na solução do dilema

15 Equiparável, talvez, somente ao direito à saúde.

apresentado no item anterior: seria possível a judicialização de um litígio individual envolvendo o não atendimento, pelo Estado, de algum dos dispositivos elencados no artigo 208 ou deve-se reconhecer seu caráter meramente programático, no que se torna indispensável a promoção de política pública pelos poderes tipicamente políticos, ou seja, o Legislativo e o Executivo?

Pois bem, fácil perceber que em relação ao inciso I (educação básica obrigatória e gratuita), a própria Constituição fornece a resposta no parágrafo primeiro, quando afirma que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Não há maiores dúvidas, neste ponto, de que a Constituição expressamente autoriza que o indivíduo que tenha negado seu acesso ao ensino obrigatório e gratuito possa acionar diretamente o Poder Judiciário para fazer valer seu *direito subjetivo* a tanto. Na realidade, o que se verifica, *in casu*, é uma *política pública definida pela própria Constituição*, dispensando, para sua implementação, a atividade regulamentadora dos poderes Legislativo e Executivo, atividade esta, inclusive, que não poderá restringir o núcleo deontológico da norma.

A solução não é tão simples, contudo, em relação aos demais incisos. Em relação a estes, necessário, inicialmente, a aplicação do critério do *mínimo existencial*, já delineado, que funcionará como linha divisora para identificar a possibilidade de tutela jurisdicional imediata do direito.<sup>16</sup> E considerando a

abertura do conceito de mínimo existencial, parece evidente que o espaço para a atividade interpretativa do Judiciário neste campo será amplo. Por aludida razão, a jurisprudência, especialmente a do STF, exercerá, em relação a normas de tal natureza, relevante efeito integrador, definindo a conformação mínima que o dispositivo constitucional assume na realidade concreta.

Foi exatamente o que ocorreu em relação à norma do inciso IV do artigo 208 da Constituição Federal, que prevê como dever do Estado a prestação de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade”.<sup>17</sup> No precedente constante do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 23/08/2011, a Suprema Corte reconheceu a imposição ao Estado, por força do artigo 208, IV, da “obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até cinco anos de idade (...), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola”.<sup>18</sup> Referido precedente repete posição já consolidada no âmbito da STF acerca da leitura do artigo 208, IV, entendendo-o como direito público subjetivo, passível de tutela jurisdicional imediata.

Alguns dos pontos normalmente levantados contra a aplicabilidade imediata da

16 Neste sentido se manifesta, também, o processualista Kazuo Watanabe: “A adoção do conceito de mínimo existencial é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da reserva do possível. O mínimo existencial procura assegurar o conteúdo básico do princípio da dignidade humana, ‘sem o qual – conforme bem pondera Ana Paula de Barcellos – se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio’ e sem essas prestações materiais mínimas correspondentes ao núcleo básico do princípio da dignidade ‘se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade’ (...). Admitir-se que em relação

ao mínimo existencial possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, invocando a cláusula da reserva do possível, será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana”. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 193, mar. 2011, p. 13.

17 Trata-se da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 53/2006, que alterou a redação anterior, que falava em “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”. Com exceção da redução etária, aludida alteração não trouxe maiores repercussões à interpretação do dispositivo.

18 STF, ARE 639.337-AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 14/09/2011.

norma em análise são igualmente afastados em aludido precedente e em outros de igual natureza.

O primeiro ponto, neste sentido, é a questão da chamada *cláusula da reserva do possível*, que, embora não tenha uma previsão constitucional expressa, tem sido entendida pela doutrina a partir da concepção de que o orçamento público é finito, razão pela qual a implementação de direitos sociais deverá observar as limitações próprias da capacidade arrecadatória do Estado e, também, a necessidade de distribuir os recursos entre os diversos campos de atuação estatal.

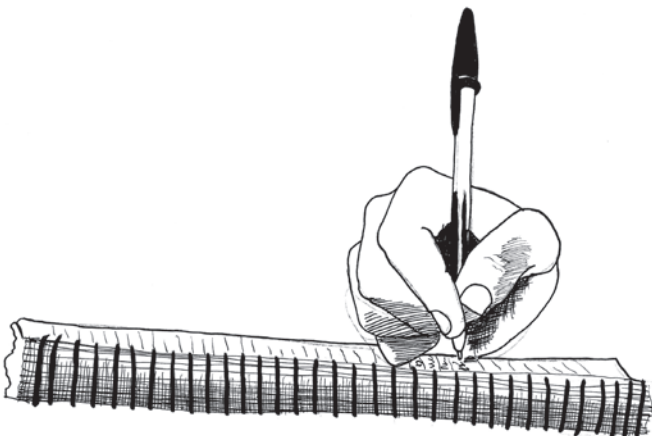
E um segundo ponto, que complementa o anterior, leva em consideração que somente será possível a correta gestão dos recursos públicos, implementando os direitos sociais de acordo com os limites financeiros do Estado, mediante políticas públicas promovidas pelo Legislativo e Executivo, que possuem uma visão *macro* acerca das necessidades sociais prioritárias. O Judiciário, ao revés, visualiza as questões no plano *micro*, isto é, pelo foco das lides concretas trazidas ao seu conhecimento, faltando-lhe recursos para analisar quais as necessidades sociais mais prementes e como gerir os recursos estatais de forma a privilegiar referidas prioridades.

Mesmo que os dois argumentos sejam verdadeiros como premissas, há que se ponderar que não podem ser utilizados como uma

via de escape das diretrizes constitucionais, principalmente aquelas suficientemente delimitadas no texto magno, a ponto de criarem direitos públicos subjetivos para o cidadão. Vale destacar a doutrina de Barcellos neste sentido:

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência de órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo* (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.<sup>19</sup>



19 BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLI-

O que parece claro é que não é possível esvaziar a eficácia de normas constitucionais que implementam direitos sociais com base em questões meramente pragmáticas ou, ainda, com base na “reserva de competência” para os poderes Executivo e Legislativo. É evidente que pertence a estes a elaboração de políticas públicas e, claro, a realização das escolhas que serão prioritariamente atendidas; mas, ressalte-se, a Constituição não fornece uma “carta branca”, como se fosse opção do Estado a pura e simples inércia. É o que vem entendendo o STF:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”.<sup>20</sup>

Em sede conclusiva, é possível verificar que, em relação à norma do artigo 208, IV, da Constituição Federal, o STF utilizou, fundamentalmente, dois argumentos para reconhecê-lo como um direito público subjetivo, isto é, como um direito passível de tutela jurisdicional imediata, independente

de qualquer regulamentação legislativa: (i) a norma em questão institui verdadeira *política pública constitucional*, ou seja, quando um juiz impõe sua execução não inova juridicamente, tampouco ingressa em área de “reserva política”, mas simplesmente *cumpre* a Constituição; e (ii) o direito ali estabelecido ingressa na seara do *mínimo existencial*, critério delimitador do campo no qual o Judiciário pode atuar de forma a fazer cumprir o direito social fundamental.<sup>21</sup>

Vejamos, agora, outro precedente, que recebeu uma abordagem diferente da Suprema Corte brasileira.

### 3. A questão da erradicação do analfabetismo.

Erradicar o analfabetismo é, sem dúvida, um objetivo fundamental do Estado brasileiro previsto em sua Constituição. Esta conclusão extrai-se de todo o sistema constitucional, seja quando o direito à educação é estabelecido como direito social fundamental no artigo 6º, *caput*, seja pela menção expressa do artigo 214, I:

Art. 6º. 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

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal,

VEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 804.

20 STF, RE 410.715-AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006. No mesmo sentido: RE 582.825/SP, Relator Ministro Ayres Britto, j. 22/03/2012, DJe 16/04/2012; RE 464.143-AgR/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 15/12/2009, DJe 18/02/2010; RE 595.595-AgR/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, j. 28/04/2009, DJe 28/05/2009.

21 Novamente, reconhece-se que se trata de um conceito aberto, sujeito a diferentes cargas valorativas conforme o intérprete. A crítica, contudo, sempre esbarra na dificuldade de se fixar um critério que não seja excessivamente restritivo, esvaziando a força normativa da Constituição, e, ainda, que não seja demasiadamente amplo a ponto de esgotar o espaço da atividade política. Por outro lado, por mais aberto que seja um conceito, haverá zonas valorativas que não gerarão qualquer confusão, nas quais o critério é suficiente para seu propósito. As *zonas cinzentas*, que evidentemente existem, serão resolvidas por critérios hermenêuticos nem sempre unânimes, o que é absolutamente natural no campo das ciências humanas.

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)  
 I - erradicação do analfabetismo;  
 (...)

Fincado nesta premissa, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 1.698/DF no STF apontando, em suma, a “omissão do Executivo Federal em efetivar os princípios constitucionais atinentes à educação dos brasileiros”.<sup>22</sup> Argumentavam os autores que os dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, publicados no Anuário Estatístico do Brasil do ano de 1995, noticiavam que, no ano de 1991, na faixa etária de 15 a 70 anos havia 15.405.311 analfabetos no meio urbano, enquanto que no meio rural esse número chegava, na mesma faixa etária, a 9.671.790, totalizando 25.077.101 pessoas.<sup>23</sup>

O pedido veiculado em aludida ação era de que o STF determinasse ao Presidente da República a “adoção de medidas que visem à plena implementação desses postulados e princípios constitucionais”.<sup>24</sup>

Coube ao STF, portanto, decidir se seria possível considerar a norma do artigo 214, I, e todas as outras que, ainda que de forma indireta, preveem a erradicação do analfabetismo no Brasil, passíveis de judicialização imediata. Em outras palavras, a Suprema Corte

foi provocada para dizer se a erradicação do analfabetismo é um direito público subjetivo que emana diretamente da Constituição, cuja concretização pode ser assegurada pelo Judiciário.

Pois bem, no precedente em questão, a Corte entendeu pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Mais importante que o resultado, contudo, é analisar qual foi o raciocínio construído para alcançar esta conclusão.

A relatora da ação constitucional foi a Ministra Carmen Lúcia, cujo fundamento para negar provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade foi a *inexistência de inércia do Poder Executivo*. De fato, a Ministra elencou uma série de fatos objetivos que demonstraram a existência de políticas públicas efetivamente promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo que, embora não tenham esgotado o grave problema do analfabetismo no Brasil, foram capazes de reduzir drasticamente o número de analfabetos.<sup>25</sup>

Entre as medidas citadas pela Ministra, estão a edição da Lei nº 9.394/1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 10.172/2001, que aprovou o plano nacional de educação. Dentre as políticas sociais adotadas, a Ministra destacou o Programa Brasil Alfabetizado,<sup>26</sup> o Bolsa Família<sup>27</sup> e outras medidas promovidas pela

25 A Ministra referiu-se ao censo do IBGE do ano de 2000, quando se apurou a existência de 14,6 milhões de analfabetos no Brasil, ante os mais de 32 milhões presentes na época do ajuizamento da ação. *Ibidem*.

26 Programa governamental que inclui ampliação do período de alfabetização de seis para até oito meses; aumento de 50% nos recursos para a formação de alfabetizadores; estabelecimento de um piso para o valor da bolsa paga ao alfabetizador, aumentando a quantidade de turmas em regiões com baixa densidade populacional e em comunidades populares de periferias urbanas; implantação de um sistema integrado de monitoramento e avaliação do programa; maior oportunidade de continuidade da escolarização de jovens e adultos, a partir do aumento de 42% para 68% do percentual dos recursos alocados para estados e municípios. *Ibidem*.

27 Programa governamental que tem por objetivo a inclusão social das famílias em situação de pobreza e extrema pobreza por meio da transferência de renda e da promoção

22 STF, ADI 1.698/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 25/02/2010, DJe 15/04/2010.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

União Federal, por intermédio do Ministério da Educação.

A Ministra, contudo, em nenhum momento afirmou a *impossibilidade do controle de políticas públicas por parte do Judiciário*. Aliás, nos debates transcritos no acórdão da ADI nº 1.698/DF, respondeu expressamente esta questão, levantada pelo Ministro Ayres Britto:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITO – Senhor Presidente, a eminente Relatora não está negando a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas no campo da educação.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (RELATORA) – Não, pelo contrário, até acentuo, em todos os campos do Direito Constitucional e muito mais dos direitos sociais. Até fiz um item específico sobre a possibilidade de se poder e dever cobrar a adoção de políticas públicas para chegar não apenas às normas de princípios e de regras, mas inclusive aos objetivos do artigo 3º, que só serão conseguidos quando se chegar à erradicação total do analfabetismo formal e informal.<sup>28</sup>

Percebe-se, assim, que a solução encontrada não partiu de um *judicial self-restraint* por parte do STF, mas o puro e simples reconhecimento de que um dos pressupostos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que é exatamente a inércia dos poderes políticos em conferir efetividade à norma constitucional, não estava presente. Em nenhum momento, a Corte negou sua competência para declarar a inércia estatal e, eventualmente, adotar medidas concretas de



superação das omissões apontadas.<sup>29</sup>

Como a Suprema Corte não avançou sobre o tema, cabe-nos questionar se a solução em relação ao atendimento de crianças até 05 anos de idade em creches e pré-escolas, abordada no item anterior, seria também possível em relação à erradicação do analfabetismo.

Pois bem, em que pese o STF tenha deixado esta possibilidade em aberto, não nos parece viável reconhecer na erradicação do analfabetismo qualquer direito público subjetivo invocável perante o Judiciário. Nesta seara, somente seria possível à Suprema Corte certificar a omissão dos poderes políticos e adotar a já mencionada *teoria do apelo ao legislador*, abstendo-se de qualquer medida concreta de efetivação da norma constitucional. Explicamos o porquê.

Inicialmente, há ampla diferença estrutural entre as normas constitucionais do artigo 208, IV (atendimentos em creches e pré-escolas para crianças até 5 anos de idade) e todas aquelas que, mesmo indiretamente,

do acesso aos direitos sociais básicos de saúde e educação. *Ibidem*.

28 É importante ressaltar, ainda, que houve voto divergente do Ministro Marco Aurélio, que entendia que as medidas adotadas eram insuficientes, devendo ser reconhecida a omissão dos poderes políticos na concretização das normas constitucionais. *Ibidem*.

29 Conforme mencionado em notas anteriores, é tendência recente marcante do Judiciário, inclusive e principalmente no âmbito do STF, o avanço sobre temas de omissão constitucional, seja na via concentrada, seja na via difusa do controle de constitucionalidade. Os citados precedentes do direito de greve do servidor público, da Reserva Raposa do Sol e decisões determinando o fornecimento de medicamentos não previstos em lista do Sistema Único de Saúde servem como exemplos nesta seara.

estabeleçam a *erradicação do analfabetismo*, inclusive a que expressamente utiliza o termo, a do artigo 214, I, já transcrito. De fato, no plano da deontologia, percebe-se que o modal deôntico<sup>30</sup> da primeira é muito mais preciso que o da segunda.

Isto implica dizer que o ajuizamento de uma ação, por qualquer indivíduo, pleiteando a matrícula de criança até 05 anos idade em uma creche e pré-escola poderá receber uma tutela jurisdicional suficientemente precisa, criando um dever de agir igualmente preciso por parte do Estado, qual seja o de fornecer aludido serviço. Ainda que o juiz não ingresse no mérito de saber a fonte dos recursos e se o orçamento público poderá suportar o ônus, a verdade é que lhe será possível fornecer um comando concreto e definido, pois a norma constitucional assim permite.

A solução não é idêntica em relação à erradicação do analfabetismo. O comando normativo *erradicar o analfabetismo* não é preciso como no caso anterior, pois mesmo que seja evidente que isto significa reduzir a zero o número de analfabetos no país, não é possível definir um rol de medidas concretas que alcancem aludido objetivo. Isto porque o analfabetismo é um grave problema social que não se resolve pelo mero fornecimento de ensino gratuito a todos; sabe-se que há questões profundas, mesmo culturais, que interferem decisivamente neste cenário. Como poderia uma sentença judicial definir a medida ou as medidas necessárias para solucionar a questão do analfabetismo no país?

Um segundo ponto, indispensável nesta análise, diz respeito ao *mínimo existencial*, que adotamos como critério distintivo para definir a seara em que pode o Judiciário atuar. É evidente que a alfabetização integra, no campo do direito à educação, o conteúdo básico deste direito social, razão pela qual aludido critério estaria atendido. No entanto,

esta argumentação somente faz sentido sob um ponto de vista *individual*, em que é possível identificar qual o obstáculo para o alcance da alfabetização (como, por exemplo, a falta de vaga em uma escola pública) e, assim, superá-lo por intermédio da sentença. Não é, contudo, sob esta perspectiva individual que a erradicação do analfabetismo é enunciado na Constituição, mas sim sob a perspectiva de um *objetivo do Estado em relação à sociedade*, uma *meta* geral a ser alcançada.

E aí reside outra diferença entre a concretização de uma norma como a do artigo 208, IV e outra que prevê como objetivo estatal erradicar o analfabetismo. No primeiro caso, o de fornecimento de creche e pré-escola a crianças de até 5 anos, é possível a fruição individual do direito ali previsto, sem alterar sua natureza e conteúdo. Em razão disso, afirma-se que nesse caso há uma *política pública definida pela própria Constituição Federal*. No segundo caso, contudo, não há qualquer sentido na visualização da erradicação do analfabetismo sob uma perspectiva individualizada, em uma lide concreta, pois uma norma de aludida natureza somente tem sua carga valorativa preservada quando considerada como um *programa ou objetivo* do Estado.

Percebe-se, portanto, que na questão da erradicação do analfabetismo apenas sob um ponto de vista *macro*, com a elaboração de políticas públicas, é que se torna possível cogitar da concretização da norma. E quando isto ocorre, a nosso ver, exclui-se a possibilidade do Judiciário atuar, uma vez que este, como já ressaltado, atua no plano *micro*, limitado pela demanda que lhe foi apresentada, ainda, ressalte-se, que referida demanda integre um processo objetivo de controle de constitucionalidade.<sup>31</sup>

30 No campo da deontologia jurídica, o modal deôntico deve ser interpretado como o comando extraído da norma, isto é, o *dever ser* da norma de direito.

31 Mesmo nas ações diretas no plano do STF ou, ainda, em ações que envolvam interesses difusos e coletivos, a verdade é que sempre o Judiciário atuará em um plano *micro*, pois ele sempre está limitado pelas questões postas a julgamento e pelos pedidos elaborados pelas partes. Sendo-lhe vedado transbordar esses limites, ele não pode,

Concluimos, portanto, que o parâmetro do *mínimo existencial* deve ser associado à análise da possibilidade da norma ser judicialmente tutelada sem perda de sua natureza e conteúdo. Em outras palavras, a sentença judicial para assegurar um direito social fundamental deve, pura e simplesmente, promover a concretização desta norma e não alterar sua natureza e conteúdo. Isto é possível no caso do artigo 208, IV, da Constituição Federal, mas não é viável em relação à erradicação do analfabetismo.

#### 4. Conclusões.

Podemos afirmar, em linha conclusiva, que a implementação de direitos sociais por intermédio de sentenças judiciais deve ser considerada exceção, reservada a hipóteses em que há efetiva omissão por parte dos poderes Executivo e Legislativo em conferir concreção a um direito social fundamental previsto na Constituição Federal.

Realmente, o mecanismo natural e adequado para a conformação de direitos sociais constitucionais é a edição de políticas públicas por parte dos chamados poderes tipicamente políticos, Executivo e Legislativo, reservando-se ao Judiciário a função de controlar o cumprimento de aludidas políticas, atividade em que, a rigor, não há que se falar em qualquer *ativismo judicial*, pois o juiz estará simplesmente exercendo a função típica de aplicação da lei em lides concretas.

Há que se considerar, entretanto, hipóteses em que existe completa ou parcial omissão por parte do Estado na concretização de um patamar mínimo de direitos sociais constitucionalmente previstos. Neste caso, conforme demonstramos ao longo deste estudo, deve ser fixado, inicialmente, um critério para autorizar a tutela judicial imediata da

norma constitucional. Elegemos, para tanto, o critério do *mínimo existencial*, que, não obstante sua abertura valorativa, serve para delimitar o campo em que a não concretização do direito social representa verdadeira ofensa à força normativa da Constituição.

Não bastará, contudo, a eleição do critério do mínimo existencial, sem que se tenha em conta a natureza da norma constitucional cujo descumprimento se alega. De fato, há normas, como é o caso do artigo 208, IV, que representam verdadeira *política pública constitucional*, ou seja, são suficientemente fechadas e determinadas a ponto de permitirem, por parte do juiz, a enunciação de uma ordem judicial com as mesmas características, mantendo, portanto, a natureza e o conteúdo semântico do direito social previsto na Constituição. Nestas hipóteses, será possível ao Judiciário analisar, inicialmente, se o direito social descumprido integra o parâmetro do mínimo existencial constitucionalmente garantido; em caso positivo, poderá o juiz pura e simplesmente assegurar o cumprimento da norma constitucional, exigindo do Estado a produção de atos concretos em aludido sentido. Foi o que ocorreu no precedente do STF que exigiu o cumprimento, por parte do Estado, do artigo 208, IV, que assegura a matrícula de crianças até 5 anos de idade em creches e pré-escolas, obrigação da qual o Estado não poderá se isentar com base em argumentos pragmáticos, como a *reserva do possível*.

Situação distinta, a nosso ver, ocorre em normas que veiculam objetivos e programas do Estado, cujo modal deontico não é suficientemente definido a ponto de permitir a edição de medidas judiciais concretas de cumprimento. Em casos assim, como é o da erradicação do analfabetismo, as políticas públicas promovidas pelo Legislativo e Executivo são o único caminho possível para concretizar a norma constitucional. Ao Judiciário caberia, somente, quando provocado em ações que tenham por objeto a omissão na regulamentação de normas constitucionais – caso

---

por certo, substituir-se à ampla liberdade deliberativa que possuem os poderes políticos, que podem, e devem, considerar todos os aspectos envolvidos na implementação de direitos sociais.

da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção –, constatar eventual inércia dos poderes tipicamente políticos, aplicando a teoria do apelo ao legislador e solicitar, sem poder mandamental, que a omissão seja superada.

É este, em nosso sentir, o delineamento correto para a intervenção do Judiciário no implemento de direitos sociais previstos na Constituição Federal.

## **Bibliografia.**

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

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337-AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 14/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.698/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 25/02/2010, DJe 15/04/2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.1-49.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.