

DIREITO À EDUCAÇÃO. A CONCRETIZAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL EM MATÉRIA DE POLÍTICA PÚBLICA, PELA VIA DA ACP

FABIANA REZENDE CARVALHO
Advogada

1. Acórdão

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. 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 político-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'. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento

(RE 594018 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360)

2. Síntese do caso

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, reafirmou entendimento no sentido de que educação é direito fundamental e indisponível; é dever do Estado, cuja desídia acarreta afronta a texto expresso da Constituição da República. Reafirmou, ainda, a possibilidade de implementação de políticas públicas, em casos excepcionais, por meio de decisão judicial, sem que haja ofensa à tripartição dos Poderes.

Trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, a fim de pugnar o preenchimento do deficitário quadro de professores da rede estadual de ensino na cidade de São Gonçalo, garantindo-se, assim, o direito constitucional à educação. A ação foi proposta em desfavor do Estado do Rio de Janeiro, o qual se defendeu alegando, principalmente, violação da harmonia dos Poderes, limitação de recursos orçamentários bem como a observância ao princípio da reserva do possível.

Na primeira instância, a ação foi julgada procedente para determinar o preenchimento do quadro de professores, sob pena de multa diária. Em sede de apelação, o Tribunal reverteu a decisão *a quo*, entendendo haver ingerência do Poder Judiciário na seara de atribuições do Poder Executivo e impossibilidade de revisão do mérito administrativo. Na sequência, o Ministério Público interpôs recurso extraordinário, tendo sido recebido pelo relator, ministro Eros Grau. O demandado insurgiu-se, via agravo regimental, ensejando a prolação do acórdão em estudo.

A decisão exarada, agravo regimental interposto no RE 594018, reconheceu o direito à educação como direito fundamental e suficiente para obrigar a diligência do Estado no sentido de assegurá-la, afastando qualquer premissa de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

O julgado em apreço cuidou de matéria constitucional de grande importância e relevo ao desempenho diário das atribuições do Ministério Público, afirmando textualmente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. A problemática da concretização dos direitos fundamentais e a implementação de políticas públicas, relativamente aos limites traçados pela separação dos Poderes, travam batalhas judiciais fundadas em argumentos do mais alto quilate, em ambas as posições. Todavia, encontrar a tutela adequada a cada caso é tarefa árdua e constantemente enfrentada nos tribunais pelos membros do *Parquet*.

3. Comentários

3.1. Os direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais, consagrados de forma progressiva e sequencial, promoveram e motivaram evolução do texto constitucional conforme as necessidades do povo, em cada época.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, o Estado, antes liberal e abstencionista, vê-se em franca mudança de paradigmas. A sociedade, massificada pela política liberal, passa a necessitar de prestações positivas do Estado, a fim de atenuar as desigualdades e defender direitos mínimos à existência digna dos hipossuficientes. De defensor das liberdades públicas, passa o Estado a protetor e garantidor dos direitos fundamentais.

Surgem os direitos sociais e o modelo de Estado Social (*Welfare State*). Seu caráter intervencionista exerceu forte influência sobre os ditames constitucionais, abrindo espaço para a incorporação de normas de direitos fundamentais concretos (direitos de segunda geração). O rol de direitos civis clássicos foi ampliado (direitos coletivos, sociais, econômicos, direito ao trabalho, à seguridade social, à educação, à cultura, ao lazer e à saúde, entre outros), dando vazão ao desenvolvimento de planos diretivos e programáticos (implementáveis por meio de políticas públicas), aptos a proporcionar o bem-estar social.

Na definição de Soares (2000, p. 89), “[...] os direitos fundamentais são, aqui, conjunto de normas e princípios através dos quais o Estado implementa sua função equilibradora e moderadora em face das desigualdades sociais”.

Nesse cenário, a Constituição da República de 1988 pode ser classificada como uma Constituição Social (CUNHA, 2004, p. 68). Traduz, além dos aspectos de índole político-institucional, normas consagradoras de direção, finalidades e deveres específicos do Estado, de ordem social e econômica. “A dogmática dos direitos fundamentais, em consonância com tais idéias, assume-se como política dos direitos fundamentais processualmente concretizada ou a se concretizar pelo Estado de prestações”, conforme os dizeres de Canotilho citado por Soares (2000, p.106).

Assim, o Estado compromete-se com o postulado da justiça social, com a implementação de políticas públicas, para a efetivação dos direitos fundamentais. A política de direitos fundamentais assume papel prioritário e principiológico.

3.2. A concretização dos direitos fundamentais

Na seara dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, o apelo à prestação material por parte do Estado determina a efetivação ou não dessas normas. Daí o ponto de tantas discussões jurídicas doutrinárias. Entre elas, destaca-se a indagação sobre qual seria o grau de vinculação dessas políticas públicas na efetivação dos direitos fundamentais e, também, se seria possível a tutela jurisdicional para compelir a concretização desses direitos.

A reflexão sobre o tema é recorrente nos tribunais e na doutrina. Diante da complexa estrutura do Estado, haveria vários percalços e dificuldades para a implementação dos direitos fundamentais, seja por falta de meios materiais, seja pela falta de recursos

financeiros. Esses são os argumentos mais comumente utilizados pela Fazenda Pública para elidir a prioridade no atendimento de políticas públicas. Para tanto, invoca a chamada cláusula da reserva do possível, que constitui teoria originária da jurisprudência alemã (ALMEIDA, 2007, p. 59).

Ocorre que a teoria importada não se coaduna com a realidade fática de nosso país. Lamentavelmente, sequer podemos afirmar que há êxito nas ações que se destinam a suprir as necessidades mais prementes dos indivíduos. De acordo com a “reserva do possível”, os direitos de prestação positiva estariam subordinados à disponibilidade de recursos, inserindo-se a matéria na esfera do mérito administrativo.

Todavia, é preciso ter em mente que os direitos fundamentais representam compromissos do Estado, devendo este operar em todas as suas esferas com bom senso e objetividade na busca de seus fins, agindo de maneira prioritária, adequada e tempestiva, o que, infelizmente, nem sempre se constata na prática.

A questão afeta contundentemente a concretização dos direitos fundamentais sociais. As políticas públicas estariam à mercê da disponibilidade orçamentária? Não deveria o orçamento ser gasto com as questões mais prementes? Não há orçamento ou não há prioridade orçamentária para as políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais? Parece o melhor entendimento, o que considera não ser dado ao administrador eximir-se do seu legado constitucional sob a alegação de falta de recursos financeiros, especialmente, quando estiver em risco a garantia de direitos fundamentais. Na mesma linha são os ensinamentos do professor Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 60):

Não concordamos com a exigência da reserva do possível nessa dimensão jurídica pertinente à alegação de previsão orçamentária como condição para a implementação de políticas públicas específicas via Poder Judiciário. Não há na Constituição brasileira fundamento jurídico que impeça a efetivação dos direitos sociais fundamentais com base simplesmente na falta de previsão orçamentária. Ademais, a situação do Brasil, em que a exclusão social é grave, não admite qualquer transferência mecânica de concepção teórica predominantemente na Alemanha ou em qualquer outro país do denominado ‘Primeiro mundo’.

Quanto ao mérito administrativo, sustentamos que os atos administrativos discricionários não estariam irrestritamente blindados do controle pelo Poder Judiciário. Em regra, a liberdade existente na produção do ato discricionário (oportunidade e conveniência) vincula-o – ao menos quanto à legalidade – à razoabilidade e aos demais preceitos constitucionais. Ensenaria, pois, o respectivo controle, a presença de vício de competência, legalidade, moralidade, finalidade, desvio de poder ou no caso de omissão, quando esteja viciada a razoabilidade, ainda que nos atos administrativos.

Alguns administrativistas, apesar de admitir o controle judicial dos atos administrativos quanto à legalidade, salientam ser impossível o controle do mérito administrativo – é o caso de Maria Silvia Zanella di Pietro (2008, p. 206-207), Fernanda Marinela (2007, p. 223) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 969). Para eles, não haveria propriamente a revisão do mérito administrativo em si, pois a liberdade na decisão do administrador continua preservada, mas sim verdadeiro controle de legalidade, nesse caso, perfeitamente possível ao Poder Judiciário. Nesse compasso é a grande contribuição do prof. Celso Antônio Bandeira de Mello ensinando que:

para o agente público não há “abracadabras”, justamente porque o Judiciário pode comparecer sob apelo dos interessados, a fim de confirmar comportamento pretensamente discricionário ao plano da legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais.

Por certo, verifica-se a possibilidade de submissão do ato viciado ao crivo do Judiciário, ainda que concebido pelo regime de oportunidade e conveniência, nas hipóteses citadas. Na mesma linha é a lição do professor Alexandre de Moraes (2009, p. 135-136), nos seguintes termos:

Mérito, portanto, do ato administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade, dentro da legalidade e moralidade, existente nos atos discricionários.

Dessa forma, enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto de legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado por seu aspecto meritório. [...] Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevalier, ‘o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito’.

Ultrapassado o argumento de insuficiência orçamentária para escusa de efetivação dos direitos fundamentais, urge enfrentar a questão da viabilização desses direitos por decisão judicial.

No intuito de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, a própria Constituição criou mecanismos para frear a má atuação e a omissão do poder público. Prova disso é a previsão do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, entre outras, da ação civil pública (ACP). Tais mecanismos exercem o controle da administração pública pela atuação do Poder Judiciário, com soluções aplicáveis, nos termos da lei, a cada deslinde.

A adoção de providências para a implementação de políticas públicas, sob essa análise, vincula-se não somente aos Poderes Executivo e Legislativo mas também ao Poder Judiciário, responsável pela aplicação da lei e guarda dos preceitos constitucionais. Nesse sentido, mais uma vez, é a notável referência feita pelo professor Gregório Assagra de Almeida (2007), para dizer que “[...] a principal função

do Judiciário, sendo essa *especificação funcional*, é fazer cumprir a Constituição, especialmente no plano dos direitos fundamentais sociais, em relação aos quais estão intimamente ligados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”.

No mesmo sentido são os esclarecimentos do professor Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 331) acerca da efetivação dos direitos fundamentais:

No Brasil, sem dúvida alguma, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar diretamente as normas constitucionais, sobretudo – aqui em particular – as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de tal modo que ele pode, em caso eventual lacuna ou omissão inconstitucional do poder público, colmatá-la, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito (LICC, art. 4) e, ainda e principalmente, através de uma interpretação criativa que, no domínio de uma nova hermenêutica, isto é, de uma hermenêutica constitucional, consiste em *concretizar* os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social e vivenciando a Constituição.

Assim, a concretização dos direitos fundamentais, especialmente daqueles que exigem uma prestação, será realizada, em regra, pelo Poder Executivo ou Legislativo, observando a competência constitucional prevista. No entanto, a insuficiente atuação do Estado na concretização desses direitos enseja a tutela jurisdicional. Refutam-se as barreiras levantadas em nome da reserva do possível, *a priori*, como inservível à realidade brasileira e às questões de mérito administrativo controláveis pelo Judiciário quando houver vício de inconstitucionalidade em geral (repisa-se legalidade, razoabilidade e outros).

3.3. O princípio da separação e a efetivação de direitos fundamentais por meio do provimento jurisdicional

A clássica doutrina da separação de Poderes, trazida por Montesquieu, tem experimentado uma releitura nos tempos modernos. Inspirado na obra de Aristóteles, Montesquieu desenvolveu sua teoria com base na correspondência entre a divisão funcional e a divisão orgânica dos Poderes. Para Montesquieu “[...] *cada órgão exercia somente a função que fosse típica*”, atuando independente e autonomamente, como lembra o prof. Pedro Lenza (2006, p. 222).

Hoje, a teoria da separação dos Poderes, especialmente na visão adotada pela Constituição brasileira vigente, experimenta um flagrante abrandamento da sua compreensão clássica. Tenderia a apresentar-se de forma relativa, permitindo a interpenetração de atribuições. Para cada Poder, além do desempenho de suas funções típicas, ou seja, predominantes, estaria a responsabilidade também de funções atípicas de predominância de outro Poder, nos limites da Constituição.

Assim, a interferência de um Poder em outro é entendida como exercício de atividade atípica nos sistemas de controle recíproco das funções estatais, relativizando a noção original de independência dos Poderes.

Nesse terreno instala-se a competência do Poder Judiciário para concretizar as normas de direitos fundamentais (§ 1º do art. 5º da CF/88), cumprir com os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, reduzir as desigualdades sociais (inciso III do art. 3º da CF/88) e exercer o controle judicial (art. 5º, LIV, da CF/88), viabilizando, em parte, a sustentabilidade do sistema dos *checks and balances*.

Na decisão do Recurso Extraordinário nº 436.996, o ministro relator Celso de Mello realçou a viabilidade de se executar políticas públicas por meio da atuação do Poder Judiciário, ainda que de forma excepcional, com o respaldo da Constituição, conforme trecho recortado abaixo:

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 de encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estrutura constitucional. (DJ 03-02-2006, Ementário 2.219).

Também do memorável julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – nº 45 verifica-se a possibilidade de tutela jurisdicional em matéria de políticas públicas, *in litteris*:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração [...] –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

A inocorrência do desenvolvimento e da implementação de políticas públicas, que caberia ao Poder Executivo, desafia, assim, a interferência do Poder Judiciário, como medida compatível com a nova concepção da separação de Poderes, como chama a atenção o ilustre magistrado Dirley da Cunha Júnior:

Uma nova leitura sobre o vetusto dogma da separação de poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica – como lamentavelmente vem produzindo –, um *efeito paralisante* às reivindicações da sociedade moderna incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido. (CUNHA JR., 2004, p. 329-330).

Diante da nova perspectiva da “independência” dos poderes, não se vislumbra óbice ao provimento jurisdicional consiste na implementação de políticas públicas para satisfação de direitos fundamentais caso haja omissão constitucional.

3.4. O direito fundamental à educação

Sob a égide da então Constituição Cidadã de 1988, como já referenciado, contata-se a previsão expressa acerca dos direitos sociais e, nesse rol, o direito fundamental à educação. Previsto no artigo 205, o direito à educação destaca-se como um dos mais importantes direitos ao desenvolvimento do país e da democracia, um eficiente meio para a promoção de melhores condições de vida ao indivíduo e, conseqüentemente, para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Salutar é a apreciação do entendimento firmado pelo STF, no sentido de destacar o direito à educação como direito fundamental, de caráter necessário e irretocável, nos termos do acórdão, objeto do presente estudo, a saber: “[...] a educação é direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar os meios que viabilizem o seu exercício. A omissão administrativa impede que o Poder Público cumpra integralmente dever a ele imposto pela própria Constituição do Brasil” (RE nº 594.018-7, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 03.02.06).

No mesmo julgado, o ministro relator Eros Grau fez alusão à decisão proferida no RE nº. 436.996, sob relatoria no ministro Celso de Mello, no sentido de que a “[...] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”. (DJ. 03.02.2006, Ementário 2.219).

Como um direito social, a educação destina-se à melhoria das condições de vida dos indivíduos e realiza-se mediante prestações positivas do Estado. É, portanto, expresso por meio de norma programática que impõe dever de agir ao poder público. Nessa linha, as considerações do professor Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p. 727):

São direitos de status positivos, já que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação ao Estado, com o objetivo de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade. Envolvem a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante a instituição e execução de políticas públicas.

Educação é direito fundamental e impostergável e, sobre isso, não há assertiva contrária. Todavia, é preciso ponderar que os direitos fundamentais não são direitos absolutos. Tendo em vista a natureza principiológica dos direitos fundamentais, permite-se certa relativização, viabilizando a própria convivência entre as liberdades públicas. Desse modo, todas as vezes que a implementação de um direito fundamental colidir com a de outro, a análise do caso concreto é a pauta necessária e prudente para a solução do caso, segundo critérios de ponderação.

4. Considerações finais

A Constituição da República de 1988 traduz um modelo de Constituição moderna, atualizada, agregadora de normas que se alicerçam na proteção da dignidade da pessoa humana. Em seu complexo elenco de normas, sobreleva-se a unidade e não a dissidência entre suas normas, uma vez que uma está a serviço da outra.

Os direitos fundamentais foram amplamente abarcados pelo texto constitucional escrito, compreendendo-se até mesmo aqueles direitos que venham a incorporar-se no ordenamento jurídico brasileiro por meio de tratados internacionais. Contudo, não basta a norma escrita se não se encontra respaldo fático. Assim, o desafio do constitucionalismo moderno é encampar a missão de tornar efetivas as normas previstas pelo constituinte.

Nesse diapasão, verifica-se o provimento jurisdicional como solução válida para a implementação dos direitos fundamentais, devendo ser analisada a cada caso a premência do direito fundamental em conflito com outros direitos e tendo como diretriz o viés valorativo da dignidade da pessoa humana e do princípio democrático.

À guisa do controle recíproco, o princípio da separação das Funções/Poderes Estatais permite conferir legitimidade à jurisdição em matéria de políticas públicas, em prol da concretização dos direitos fundamentais sociais. A revisão dos rígidos paradigmas da divisão de Poderes dá lugar a importantes meios de efetividade das normas constitucionais.

O Ministério Público, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, guardião e porta-voz dos interesses sociais, desempenha, no exercício das suas atribuições conferidas pela Constituição de 1988, função indispensável na fiscalização da lei e na defesa dos direitos sociais não implementados. Nesse cenário, é reconhecido seu importante papel no postulado da concretização dos direitos fundamentais.

“O progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e pela sua afirmação em juízo. De modo que, os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade” (SOARES, 2000, p. 141). Nessa linha, baseou-se o julgado ora apresentado sob a perspectiva de democratização dos direitos fundamentais e reconhecimento do meio adequado para a efetivação dos comandos constitucionais.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional Positivo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das omissões do poder público*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STF, Rel. Min. Celso de Mello, RE 436.996, 2ª T., DJ de 03.02.2006.

STF, Rel. Min. Eros Grau, AG REG no RE 594.018-7 /RJ, 2ª T., DJ de 7.12.2000.