

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Cristielen Capareli Bezerra

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO
PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ESTATAIS**

Belém

2019

Cristielen Capareli Bezerra

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO
PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ESTATAIS**

Trabalho de Curso (TC) apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Belém

2019

Cristielen Capareli Bezerra

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO
PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ESTATAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Data da defesa: ___/___/___

Conceito: _____

Banca examinadora:

Prof. Orientador José Claudio Monteiro de Brito Filho

Doutor em Direito

Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA

_____ - Examinador (a)

Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA

A Deus, ao meu marido, Heverton Antonio,
aos meus queridos avós, Raimunda e Eládio e
a minha mãe, Eliene, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiríssimo lugar a Deus, que foi minha maior força nos vários momentos de angústia e desespero que passei, me confortando com o seu infinito amor, não só durante a elaboração desse trabalho, mas desde o início, quando comecei trilhar meus caminhos, saindo de uma cidade pequena do interior aos 17 anos de idade, para uma capital que pouco conhecia, mas o que me movia, era o bastante para aguentar todas as dificuldades.

Agradeço ao meu marido que esteve comigo desde antes do início da faculdade, me ensinando a enfrentar o mundo, me aconselhando, me confortando e me motivando a não desistir em vários momentos, quando tudo parecia perdido. Obrigada por suportar as várias crises de estresse que tive nesse período, por suportar minha ausência em diversos momentos em que não pude lhe ajudar.

Agradeço a minha mãe, que tanto acredita em mim, que me impulsiona e faz acreditar que irei conseguir todos os meus objetivos.

Minha eterna gratidão aos meus avós, que desde bebê cuidaram de mim e me deram a educação que tenho, obrigada por vocês não me abandonarem em nenhum momento, mesmo nos meus períodos de rebeldia que tive quando adolescente, serei sempre grata por sempre oferecerem o melhor que podiam, sempre fazendo o que estava ao alcance de vocês, e até mesmo o que não estava, por mim.

Obrigada pelas palavras de conforto que eram proferidas a mim sempre que ligava reclamando das muitas coisas que acontecia na minha vida e que tanto me desgastava, agradeço pelo incentivo, coragem e admiração que sempre tiveram por mim, me sinto muito agradecida pelo amor de vocês.

Agradeço a todas as minhas amigas que me ajudaram nesse trabalho, me incentivando, me dando força e entendendo as minhas várias ausências no decorrer do semestre.

“Métodos estruturais e políticas públicas quando bem empregadas, determinam o equilíbrio na orla educacional dum país.”

(Erasmus Shalkytton)

RESUMO

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, vieram vários direitos que são inerentes ao homem, dentre eles, no presente trabalho, dar-se-á especial atenção ao da educação, que veio com *status* de direito público subjetivo, sendo dotado de exigibilidade perante o Judiciário. Ocorre que muitas vezes este, assim como outros direitos elencados no texto constitucional, não são realmente efetivados, ou efetivados como muita deficiência, pelos Poderes competentes, como o Executivo e o Legislativo. Desse modo, a quem recorrer para ter essa garantia efetivada? Traz-se como resposta o Poder Judiciário, que atua para efetivação de algumas políticas públicas educacionais porque é o que lhe cabe fazer, visto a sua atuação se dar visando resguardar Direitos Fundamentais, ou seja, diante de uma violação flagrante a um direito fundamental, seja ele individual ou coletivo. O nome que se dá a esse acontecimento é judicialização da política educacional, o que acaba gerando críticas ao Judiciário no sentido de que está extrapolando sua esfera de poder, gerando ofensa ao princípio da separação dos Poderes, não obstante ressalta-se que transferência de decisões para o Judiciário ocorre por imensa necessidade de se conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais justamente por ser o Poder que detém a competência de guarda da constituição, o que se depreende de todo o estudo é o fato de que intervenção judicial, ao invés de ser um defeito, constitui uma qualidade essencial na resolução de controvérsias para o atendimento de demandas que buscam tão somente a efetividade de suas garantias. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, documental e teórica através de método dedutivo, e como técnica, a análise textual e interpretativa.

Palavras-chave: Educação. Direito público subjetivo. Poder Judiciário. Políticas públicas.

RESUMEN

Con la promulgación de la Carta Magna de 1988, vinieron varios derechos que son inherentes al hombre, entre ellos, en el presente trabajo, se prestará especial atención al de la educación, que vino con *status* de derecho público subjetivo, siendo dotado de exigibilidad ante judiciales. Se produce que muchas veces este, así como otros derechos enumerados en el texto constitucional, no son realmente efectivos, o efectivos como mucha deficiencia, por los poderes competentes, como el Ejecutivo y el Legislativo. De ese modo, a quién recurrir para tener esa garantía efectiva? Se trata como respuesta al Poder Judicial, que actúa para la efectivización de algunas políticas públicas educativas porque es lo que le corresponde hacer, visto que su actuación se da visando resguardar Directos Fundamentales, o sea, ante una violación flagrante a un derecho fundamental, sea individual o colectivo. El nombre que se da a este acontecimiento es judicialización de la política educativa, lo que acaba generando críticas al Poder Judicial en el sentido de que está extrapolando su esfera de poder, generando ofensa al principio de la separación de los Poderes, no obstante se resalta que transferencia de decisiones para el Judicial ocurre por inmensa necesidad de conferir efectividad a los derechos fundamentales sociales justamente por ser el Poder que tiene la competencia de custodia de la constitución, lo que se desprende de todo el estudio es el hecho de que intervención judicial, en vez de ser un defectuoso, constituye una calidad esencial en las resoluciones de controversias para la atención de demandas que buscan tan sólo la efectividad de sus garantías. Para ello, se realizó una investigación bibliográfica, documental y teórica a través de un método deductivo, y como técnica, el análisis textual e interpretativo.

Palabras-clave: Educación. Derecho público subjetivo. Poder Judicial. Políticas públicas.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	13
2.1	Evolução do direito à educação na constituição federal.....	13
2.2	Educação como instrumento de busca pela dignidade da pessoa humana....	16
2.3	Direito à educação e os direitos sociais.....	17
2.4	Direito público subjetivo à educação.....	18
3	JUSTICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS...	21
3.1	Políticas públicas educacionais no ordenamento jurídico brasileiro.....	21
3.2	Direitos fundamentais e judicialização das políticas educacionais.....	24
4	JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DA DEFICIÊNCIA DO EXECUTIVO E DO LEGISLATIVO.....	30
4.1	Princípio da separação dos poderes.....	30
4.2	Ativismo judicial e a judicialização.....	32
4.3	Controle judicial das políticas públicas.....	34
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
	REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

No prisma do direito social, juntamente com a promulgação da Carta Magna de 1988, procede a proposta de igualdade material dos indivíduos, onde todos são iguais perante a lei. Adjacente a tais direitos, encadeia-se a ideia do direito público subjetivo, que se configura como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, permitindo ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar ações pleiteadas.

O aspecto público subjetivo traz à baila de forma legal os direitos que são inerentes ao homem em função de um dever de agir do Estado.

O artigo 1º da Carta política traz como um dos princípios fundamentais da República Federativa, a dignidade da pessoa humana. Diante de tal proteção, ao cancelar esse direito, o Estado vincula-se a um dever de propiciar condições suficientes para que se efetive o direito individual de cada um.

Diante do dever estatal de agir, deve haver estrutura para a real efetivação em massa desses direitos; é necessário um instituto que estabeleça a organização e efetividade de assistência social para atender a essa gama de necessidades coletivas. Tal instituto se chama políticas públicas, que são criadas precipuamente com o fito de efetivar direitos fundamentais, em setores carentes.

Impende salientar que o Brasil, por ser um país em desenvolvimento, mesmo diante de uma alta carga tributária, não possui meios eficazes de suprir deficiências vivenciadas pela população, como questões atinentes nem mesmo à cidadania ou liberdade de consciência, quiçá educação.

Outrossim, muitas vezes os indivíduos são impedidos de exercer seus próprios direitos por se acharem enclausurados em um sistema burocrático, de pouquíssimo acesso. Perante essa conjuntura, a quem recorrer para que haja uma real efetivação dos direitos sociais, em especial à educação, na qual respaldará todo e qualquer caminho de uma pessoa?

Desse modo, o judiciário seria a resposta mais concreta, diante das dificuldades do povo, uma vez que exerce seu poder de guardião da constituição e, logo, a defesa dos direitos fundamentais e sociais.

Ter-se-ia, então, uma questão de judicialização das políticas públicas, tendo em vista a saída do judiciário de sua neutralidade e conseqüente cota de responsabilidade política.

Isso conduz a um questionamento acerca de sua independência e da conseqüente necessidade de limitação de sua atuação diante de assuntos que positivamente não são de sua alçada, mas que porventura, não estariam sendo efetivadas por seus devidos mantenedores.

Diante do cenário apresentado, urge buscar resposta à seguinte questão: decisões do Judiciário que garantem direitos, mas que, limitam a atuação política do Executivo e do Legislativo, Poderes que por vezes quedam-se inerte, trariam um limite para a judicialização dessas políticas públicas em matéria de educação?

Para uma melhor compreensão do estudo proposto, há de se pontuar algumas questões, tais como: enunciar à educação na Constituição Da República Federativa Do Brasil, abordando um pouco de sua evolução, seu uso como meio de instrumento de busca pela dignidade da pessoa humana, relacionando-a com as direitos sociais, e demonstrando acerca do seu *status* de direito público subjetivo.

Abordar-se-á a questão da justiciabilidade das políticas públicas educacionais, indo desde o entendimento de políticas públicas educacionais no ordenamento jurídico até a relação dos direitos fundamentais e judicialização das políticas educacionais. Irá ser demonstrado também a respeito da judicialização como meio de resolução da deficiência do executivo e do legislativo, passeando inicialmente pelo princípio da separação dos Poderes, após será demonstrado aspectos relevantes sobre ativismo judicial e a judicialização e também sobre a questão do controle judicial das políticas públicas.

O direito ao ensino passou a ter *status* diferenciado dos direitos sociais, pois é o único que possui caráter público subjetivo à luz da letra legal expressa, possuindo os direitos sociais a mesma necessidade de efetividade que os individuais, em razão de serem fundamentais ao homem.

Com o advento de um Estado Democrático e Social de Direito e a positivação de normas constitucionais voltados essencialmente para os direitos de segunda geração, o Judiciário passa a intervir mais fortemente no espaço público. Por conta disso, o Judiciário atrai para suas funções a necessidade de promoção de direitos sociais que são negligenciados pelos outros Poderes.

Em verdade, a atuação do Judiciário no âmbito dos demais Poderes há que se sustentar, na busca pela concretização dos valores Constitucionais e precipuamente, nos casos que se verifique omissão danosa por parte daqueles no cumprimento de suas atribuições.

Há de se observar escrupulosamente que o juiz não irá legislar, em nenhuma forma, assim como também não irá implementar políticas públicas senão quando o Executivo tenha falhado ou se omitido em sua realização.

Outrossim, ao falar na Judicialização das Políticas Públicas, o Judiciário há que se sustentar pelas bases da razoabilidade e proporcionalidade, questionando-se, se os outros Poderes estão de fato realizando a política pública.

Nos ensinamentos Barroso (2009), a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Por vezes, o Judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário limitar-se-ia somente àquilo que estaria regulamentado, o que induz a conclusão de que não seria uma invasão ao o campo de atuação de outros poderes, mas sim dando amparo garantidor a Direitos Fundamentais, imbrincado aos indivíduos.

Por fim, para alcance dos presentes resultados, realizou-se pesquisa bibliográfica, documental e teórica através de método dedutivo, e como técnica, a análise textual e interpretativa, por meio de livros pré-selecionados, assim como acréscimos bibliográficos considerados importantes e convenientes acerca do tema, pretendendo-se obter uma visão própria no que se refere a políticas públicas em matéria de educação à vista do descumprimento das obrigações estatais.

2 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O presente capítulo tem como fito expor sobre a definição do Direito à Educação na Constituição de 1988, demonstrando um arrolamento histórico, desde o primeiro surgimento da educação como direito, em uma Carta política, até o seu *status* de Direito Social, na Constituição de 1988. Passeia-se também pelo campo de algumas peculiaridades dos Direitos Sociais, como a universalização do ensino e sobre suas perspectivas.

2.1 Evolução do direito à educação na constituição federal

Foi a partir da Constituição de 1934 que à educação passou a ser tratada de forma mais consistente e abrangente nos textos constitucionais pátrios, pois trouxe alguns ideais libertários, concebendo à educação como um direito de todos e dever do Estado.

As constituições que haviam precedido, de 1824 e 1891, tratavam pouquíssimo da matéria, pois até então o tema quase não era discutido, ganhando mais viço após a Revolução de 1930.

A partir disso, a Constituição de 1988, que surgiu com escopo de se comprometer com a construção de um Estado Democrático e Social, manteve o que se iniciara em 1934, contemplando a educação num contexto de exaltação dos princípios democráticos e de liberdade.

Desde então, a educação passou a ter lugar nas respectivas Constituições, com previsão na Constituição de 1824 no art. 179, inciso XXXIII; Constituição de 1934, art. 149; Constituição de 1946, art. 166; Constituição de 1967, art. 168; Constituição de 1967/69, art. 176.

Após a progressiva evolução histórica, e com mais espaço na Constituição de 1988, o direito à educação tem sua primeira aparição na Carta política como Direito social, no art. 6º. Todavia, não limitado a esse, pois a Constituição também resguardou espaços especiais e próprios, destinados a esclarecer os ditames da educação, detalhado no Título VIII, *Da Ordem Social*. Tal enfoque, dar-se especialmente a partir do art. 205, findando-se no art. 214, onde pode-se encontrar explicitada uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito.

Dar-se especial atenção a análise do artigo 208, pois trouxe a real possibilidade de responsabilização do Estado, por seu não oferecimento ou sua oferta irregular do ensino.

Tal artigo viera com um viés inovador, trazendo a condição de direito público subjetivo à educação, (§§1 e 2 art. 208) o que corresponderia a sua prestação obrigatória e eficaz pelo Estado, vejamos:

“Art. 208 (omisso)

[...]

§ 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”.**

(grifo meu)

Quanto ao sentido da expressão “direito público subjetivo”, José Cretella Júnior (1993, p. 4418) afirma que:

“O art. 208, § 1º, da Constituição vigente não deixa a menor dúvida a respeito do acesso ao ensino obrigatório e gratuito que o educando, em qualquer grau, cumprindo os requisitos legais, **tem o direito público subjetivo, oponível ao Estado, não tendo esta nenhuma possibilidade de negar a solicitação**, protegida por expressa norma jurídica constitucional cogente”. (grifo meu)

O §2º do artigo 208 traz a possibilidade de responsabilizar, pessoal e diretamente, a autoridade incumbida da oferta deste direito, e não apenas o Poder Público em geral.

Corroborando a interpretação desse dispositivo, Ferreira Filho (1990, p.312) fixa:

“O direito ao ensino obrigatório (1º grau) e gratuito é reconhecido como direito público subjetivo. Disto resulta que o **títular desse direito poderá fazê-lo valer em juízo, contra o Estado, que deverá assegurar-lhe matrícula em escola pública**, ou bolsa de estudos em escola particular (Art. 213, § 1º) se houver falta de vagas nos cursos públicos”. (grifo meu)

O art. 208 detalha algumas nuances sobre o tema, como a obrigatoriedade e gratuidade (I), a universalização do ensino (II), atendimento especializado a portadores de deficiência (III), vejamos:

“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 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva **universalização do ensino médio gratuito**;

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

[...]

§ 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”. (grifo meu)

Chama-se atenção às correlações temporais entre as mudanças de Constituições e a proteção efetiva da educação, precipuamente em alguns incisos do artigo ao norte apresentado.

No inciso I, ao dispor que o dever do Estado para com o ensino estende-se mesmo aos que “a ele não tiveram acesso na idade própria”. Essa disposição aperfeiçoou o que era tratado no texto de constitucional de 1967/69 que disciplinavam acerca da gratuidade e obrigatoriedade do ensino, mudando aqui, a faixa etária das crianças a serem abrangidas.

No inciso II, Oliveira, (1999, p. 62.) aduz que se retoma um aspecto importante do texto de 1934, que aponta a perspectiva de “progressiva extensão da gratuidade e obrigatoriedade do ensino médio” este dispositivo reequacionou o debate sobre esse nível de ensino, para além da polaridade ensino propedêutico x profissional. A ideia era ampliar o período de gratuidade/obrigatoriedade, tornando-se parte do direito à educação.

O enfoque do inciso terceiro é a proteção e atendimento especializado aos portadores de deficiência, dando-se preferência na rede regular de ensino, priorizando o atendimento das crianças portadoras de necessidades educativas.

Nesse sentido Anna Cândida da Cunha Ferraz (2013) aduz constituir o direito à educação meio adequado e necessário para permitir o cidadão que integre a sociedade a qual pertence e o mundo em que vive.

Atribui-se, ainda, à educação, o despertar no ser humano e o conhecimento integral que envolve os valores prestigiados na sociedade.

Corroborando esse entendimento, Maliska (2018, p. 3594) afirma que a educação exerce papel fundamental, para o preparo para o exercício da cidadania:

“Segundo nos ensina Konrad Hesse, a democracia é “um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade”. Desta forma, são diversos os aspectos que envolvem o papel da Educação em um Estado democrático. Poder-se-ia dizer que a Educação (i) é um instrumento permanente de aperfeiçoamento humanístico da sociedade; (ii) promove a autonomia do indivíduo; (iii) promove a visão de mundo das pessoas, a forma como elas vão ver os acontecimentos na sua cidade, no seu país e no mundo. Ela deve ter a função de superadora das concepções de mundo marcadas pela intolerância, pelo preconceito, pela discriminação, pela análise não crítica dos acontecimentos; (iv) promove o sentimento de responsabilidade nas

peças para com o mundo que vive, o sentimento de que o mundo que está a sua volta é um pouco resultado de suas próprias ações; (v) promove a consciência de que viver em uma República não implica apenas desfrutar direitos, mas também compreende responsabilidades cívicas; e (vi) promove a consciência pelo valor dos direitos individuais e sociais”

Além da previsão constitucional, também há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos de grande importância a respeito do direito à educação, exemplo o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (PIDESC) de 1966, ratificado pelo Brasil; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90); o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001), entre outros.

2.2 Educação como instrumento de busca pela dignidade da pessoa humana

Com a Constituição de 1988, assim como a promulgação da lei de diretrizes e bases da educação nacional, houve um rompimento com um histórico de exclusão que reinava no Brasil outrora, pois eram presentes restrições de oferta do ensino, assim como o não atendimento de maioria da população.

Assim, com o novo modelo de um Estado Democrático de Direito adotado, que de forma expressa sobreleva a democracia, caberia ao Estado intervir na sociedade para melhor assegurar a existência social.

É válido relacionar à educação diretamente com os princípios fundamentais da República Federativa, previstos no art. 1º da Carta política, em especial com o da dignidade da pessoa humana, com previsão no inciso III do respectivo artigo, pois o mesmo se apresenta como valor essencial do Estado moderno.

Não obstante, visto que o acesso à educação abre espaço para o surgimento do desenvolvimento do ser humano, atuando de forma crucial e decisiva na formação de suas concepções culturais e sociais, de modo a permitir também a incorporação à sociedade, atribuindo capacidade para o exercício de atividades profissionais, como também a obtenção da condição dignas de sobrevivência.

A elevação da educação veio imbricada no reconhecimento de sua importância para a promoção da dignidade da pessoa humana. Como pode-se observar a educação é usada como um instrumento eficaz para o alcance de tal princípio, tendo em vista que propicia a busca do conhecimento e crescimento pessoal, o que porventura ajudará na formação do seu juízo de valor e busca por cidadania assim como condições condignas de vida, tendo seus direitos

efetivamente garantidos. Como pode se explanar nas lições de Cunha Ferraz (2013, p. 96):

“O direito à educação constitui o meio adequado e necessário para permitir ao cidadão que integra a sociedade à qual pertence. Cabe à educação em geral despertar e reconstruir no ser humano, o conhecimento integral que envolve os valores prestigiados na sociedade, seus direitos e seus deveres para com outros e para com a ordem social”

Corroborando essa ideia, traz-se à baila as lições de Wolfgang Sarlet (2011, p. 62)

“[...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, este sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado democrático e social de Direito, tal qual o consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”.

Urge salientar a importância do direito à educação como um instrumento auxiliar, além da relação com os princípios fundamentais, na busca da concretização dos objetivos fundamentais da República, previsto no artigo 3º da Carta Magna como meio impulsionador à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que busca à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se deve olvidar, ainda, da ajuda na salvaguarda do direito à livre determinação, sendo auxiliador em direcionamentos de seus próprios movimentos em uma sociedade.

2.3 Direito à educação e os direitos sociais

O direito à educação, conforme disposição do art. 6º da Carta Magna constitui-se como direito social, não obstante, desenvolve-se no capítulo da Ordem Social, onde são expostos também os mecanismos e aspectos de organização.

A ordem social respalda-se no o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça social.

Nas palavras de José Afonso da Silva (1992, p. 258):

“Os direitos sociais, como compreensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais

fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”

Subtende-se que o direito à educação pode ser considerado como parte dos Direitos Fundamentais, pois se trata de algo indispensável ao alcance da Dignidade Humana sendo, portanto, um direito universal que o Estado não pode impedir do indivíduo e este não podendo dispor.

Nesse sentido, assim dispõe Marshall, (1967, p.73):

“A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado.”

À educação funciona como valor impulsionador do desenvolvimento social. É de se ater que o acesso à educação, torna o desenvolvimento do ser humano mais exequível, dando ao indivíduo maior condições de vida digna.

2.4 Direito público subjetivo à educação

O direito público subjetivo à educação encontra lastro respaldo legal, dentre eles destaca-se dois instrumentos de muita importância. Primeiramente no texto constitucional, na Carta Política de 1988, como também em legislação infraconstitucional, especificamente na Lei nº 9.394/96, que dispõe acerca das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, precisamente no artigo 5º, com previsão no texto pátrio, especialmente no artigo 208 §1, vejamos respectivamente:

“Art. 5º O **acesso à educação** básica obrigatória é **direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão**, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, **acionar o poder público para exigí-lo**”. (grifo meu)

“Art. 208 (omisso)

[...]

§ 1º O **acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo**”. (grifo meu)

Para que se entenda o conceito da expressão “direito público subjetivo”, Cretella Jr. aduz (1993, v. 8, p. 4418):

“O art. 208, § 1º, da Constituição vigente não deixa a menor dúvida a respeito do acesso ao ensino obrigatório e gratuito que o educando, em qualquer grau, cumprindo os requisitos legais, tem o **direito público subjetivo**, oponível ao Estado, não tendo este nenhuma possibilidade de negar a solicitação, protegida por expressa norma jurídica constitucional cogente”. (grifo meu)

A partir das lições do autor alhures, depreende-se que o direito público subjetivo é norma cogente em relação ao Estado, visto que tal norma constringe à quem se aplica, tornando seu cumprimento obrigatório de maneira coercitiva. Desse modo, à educação deve ser obrigatoriamente prestada pelo Estado, pois é um direito que o ente não tem a opção de não efetivar.

Esse direito dá ao sujeito a possibilidade de, quando for violado, exigência em juízo e cumprimento imediato pelo Poder público.

Nessa esteira, Cretella Jr (1991, p. 881) ainda dispõe:

“[...] todo cidadão brasileiro tem o subjetivo público de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional, independentemente de vaga, sem seleção, porque a regra jurídica constitucional o investiu nesse status, colocando o Estado, ao lado da família, no poder-dever de abrir a todos as portas das escolas públicas e, se não houver vagas, nestas, das escolas privadas, pagando as bolsas aos estudantes.”

Nesse diapasão, impede demonstrar o pensamento de Ferreira Filho (1990, p. 312), ao interpretar o esse instituto:

“O direito ao ensino obrigatório (1º grau) e gratuito é reconhecido como **direito público subjetivo**. Disto resulta que **o titular desse direito poderá fazê-lo valer em juízo, contra o Estado**, que deverá assegurar-lhe matrícula em escola pública, ou bolsa de estudos em escola particular (Art. 213, § 1º) se houver falta de vagas nos cursos públicos”. (grifo meu)

Nestes termos, Duarte (2004) aduz que o fato de estar expressamente previsto na constituição um determinado direito público subjetivo, significa o afastamento de interpretações minimalistas, em relação a figura dos direitos sociais, pois constituem uma baliza para melhor compreensão dos direitos sociais, tendo em vista o seu potencial de efetividade.

3 JUSTICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Este capítulo tem por objetivo explorar acerca das políticas públicas aplicadas no campo da educação. Busca-se a demonstração do conceito de política pública, suas divisões, assim como a demonstração de alguns exemplos de políticas públicas educacionais implantadas no Brasil. Explora-se também o campo dos direitos fundamentais e judicialização das políticas educacionais.

3.1 Políticas públicas educacionais no ordenamento jurídico brasileiro

A doutrina mais recorrente prega que não existe uma melhor definição de política pública, tendo em vista que dependeria do contexto social e político a sua aplicação. Não obstante as políticas públicas podem ser entendidas, de forma geral, como ações e atividades desenvolvidas pelos entes estatais, podendo ser exercida direta ou indiretamente, com ou sem participação de entes privados. Tem por objetivo assegurar algum direito inerente a cidadania resguardados constitucionalmente.

Nessa esteira, para definição mais precisa de políticas públicas, adota-se o conceito de Carvalho Filho (2006, p.34), como sendo:

“Políticas públicas, por conseguinte, são diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. Nesse conceito tem-se que diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus facendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins; As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes.”

Appio (2004, p. 218) ainda traz algumas peculiaridades referentes as políticas públicas. Appio vai dizer que no Brasil, as políticas públicas desenvolvem-se em duas fases, com naturezas diferentes, porém com um sentido complementar uma da outra, vejamos:

“As políticas públicas simbolizam, portanto, a pretensão de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas, motivo pelo qual se revela crescente a judicialização das questões envolvendo seu conteúdo. As políticas públicas no Brasil se

desenvolvem, portanto, em duas frentes, quais sejam, políticas públicas de natureza social e de natureza econômica, ambas com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos.”

Atualmente existe no Brasil uma divisão das políticas públicas, podendo ser tanto políticas de Estado quanto de governo.

As políticas de Estado podem ser entendidas como a política que independente do governo e do governante, o seu dever de realização vem amparado pela Constituição da República. Enquanto as políticas de governo, dependem da alternância de poder, cada governo possui seus projetos, que, por sua vez, podem vir a se transformar em políticas públicas.

Para uma melhor compreensão, Almeida (2016) assim as define:

“Políticas de governo são aquelas que o Executivo decide num processo bem mais elementar de formulação e implementação de determinadas medidas para responder às demandas colocadas na própria agenda política interna – pela dinâmica econômica ou política-parlamentar, por exemplo – ou vindos de fora, como resultado de eventos internacionais com impacto doméstico. Elas podem até envolver escolhas complexas, mas pode-se dizer que o caminho entre a apresentação do problema e a definição de uma política determinada (de governo) é bem mais curto e simples, ficando geralmente no plano administrativo, ou na competência dos próprios ministérios setoriais. Políticas de Estado, por sua vez, são aquelas que envolvem as burocracias de mais de uma agência do Estado, justamente, e acabam passando pelo Parlamento ou por instâncias diversas de discussão, depois que sua tramitação dentro de uma esfera (ou mais de uma) da máquina do Estado envolveu estudos técnicos, simulações, análises de impacto horizontal e vertical, efeitos econômicos ou orçamentários, quando não um cálculo de custo-benefício levando em conta a trajetória completa da política que se pretende implementar. O trabalho da burocracia pode levar meses, bem como o eventual exame e discussão no Parlamento, pois políticas de Estado, que respondem efetivamente a essa designação, geralmente envolvem mudanças de outras normas ou disposições pré-existentes, com incidência em setores mais amplos da sociedade.”

A partir dessa definição, pode-se entender que as políticas públicas educacionais são políticas de Estado, visto que o direito à educação tem proteção constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, e devendo ser protegido e fomentado independentemente do governo.

No campo das políticas públicas educacionais, existem alguns instrumentos facilitadores do acesso à educação no ordenamento jurídico brasileiro.

Tais políticas educacionais são propostas, após estudadas e posteriormente criadas a partir de leis que serão votadas pelos membros do Legislativo nas três esferas de governo, federal, estadual e municipal.

É mister destacar alguns exemplos de políticas educacionais já criadas no Brasil, apresentando também as suas respectivas finalidades:

a) Programa Brasil alfabetizado (PBA), realizado pelo Ministério da Educação desde o ano de 2003, este programa é voltado a busca da alfabetização de jovens, adultos e idosos;

b) Educação para jovens e adultos (EJA), criado pelo Governo Federal, perpassa por todos os níveis da educação básica, dedicado à educação de jovens, adultos e idosos que não tiveram acesso à educação na escola convencional na idade apropriada e não puderam terminar os estudos, este programa permite o retorno do aluno à escola e que conclua os estudos em menor tempo, o que por sua vez, possibilita sua qualificação, visando a obtenção de melhores oportunidades no mercado de trabalho;

c) Programa nacional de acesso ao ensino técnico e emprego (PRONATEC), criado em 2011, tem a finalidade de aumentar e democratizar o ingresso de jovens e adultos de baixa renda a uma educação técnica de qualidade, por meio da oferta de cursos de educação tecnológica e profissionalizante;

d) Programa universidade para todos (PROUNI), é um programa de inclusão educacional criado no ano de 2004 com a finalidade de oferecimento de bolsas de estudo, que vão de 50% a 100% das mensalidades, em instituições privadas de ensino, viabilizando o ingresso no ensino superior.

Nessa esteira, Daou e Brito Filho (2017, p. 49) assim asseveram:

“As políticas públicas sociais de responsabilidade, especialmente dos Poderes Legislativo e Executivo, são a via primeira de materialização dos direitos sociais fundamentais e normas constitucionais definidoras de tais direitos e são, ainda, mais do que simples programas de governo, verdadeiras normas jurídicas, dotadas, assim, de imperatividade. Política pública é um elemento ainda novo na seara jurídica, mas o seu estudo demonstra sua total relevância como instrumento para que o direito deixe de figurar apenas no plano formal para tornar concreto o conteúdo das normas jurídicas aos cidadãos. Essa é uma característica indispensável para o Estado Social, gestado no século XIX, no qual se funda a República Federativa do Brasil, que traz consigo um novo conceito de cidadania afluído no século XX. Igualmente a partir do século XIX toma força a corrente econômica vigente até os dias atuais, na afirmação da necessidade de intervenção do Estado na economia, de modo a atenuar as desigualdades econômicas, os contrastes sociais e melhorar o bem estar das pessoas”
(grifo meu)

Desse modo, entendendo-se que as políticas públicas, em que pese seja de responsabilidade precipuamente do Legislativo e do Executivo, por conta de serem instrumentos viabilizadores de materialização dos direitos fundamentais e sociais, são passíveis de controle pelo Judiciário.

3.2 Direitos fundamentais e judicialização das políticas educacionais

A constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, traz um rol dos direitos e garantias fundamentais, entendendo-se como os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos que são previstos na Constituição Federal.

É certo que todo ser humano nasce com direitos e garantias que são passíveis de exigibilidade perante a sociedade ou perante o Judiciário, visto que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito.

Assim como no artigo 5º, o artigo 60, §4 da CR, aponta as cláusulas que não podem ser abolidas do texto magno, as chamadas cláusulas pétreas, que se entende por limitações materiais ao poder reformador. Dentre essas cláusulas está inserido no inciso IV, os direitos e garantias fundamentais, o que se entende que em hipótese alguma poderão ser abolidos.

Sendo a educação um direito fundamental, percebe-se que a proteção dos direitos fundamentais é aplicada à educação. Nesse sentido dispõe Lima (2013, p. 230-231):

“Direitos existem que guardam obviamente as mesmas características do direito de liberdade, já que dele derivativos, valendo, entretanto, **destacar a educação como um** deles, pois, sem ela, sequer se terá a compreensão do significado do **direito fundamental** de liberdade.

O Estado tem como função precípua realizar os direitos fundamentais, já que a ele se impôs o dever de assegurar o cumprimento do contrato social, proporcionando aos cidadãos as facilidades legais para o exercício dos direitos fundamentais. O Estado deve existir para, respeitando a liberdade de cada um e congregando as forças de seus componentes, criar, manter e garantir em prol dos seus constituintes um status igualitário de existência digna e respeitável. A liberdade, como valor, que permite ao homem os meios para efetivamente alcançar aquela liberdade que lhe propicie viver sem qualquer intervenção do Estado, deve visar à igualdade de oportunidades, o que só será possível com educação básica para todos, valendo esta como instrumento da liberdade, integrante do núcleo essencial de direitos que conduzem à cidadania. **A nova Carta Magna, com novos ideais e novas propostas, universalizando o direito fundamental à educação** básica e estabelecendo uma série de garantias à sua efetividade foi muito bem-vinda. Nela se encontra traçado todo um arcabouço para a educação brasileira, devidamente estruturada e com verbas vinculadas, por força da Emenda Constitucional nº 14/96. O atendimento ao direito fundamental da educação básica deve ser concebido como prioritário e, em

não se realizando a aplicação dos recursos a ele destinados, ou por desvio, ou por insuficiência de arrecadação, assegurar-lhe o cumprimento com a condenação líquida e certa do órgão competente, inscrevendo-se o débito no rol dos precatórios, já que, por força constitucional, “será obrigatória a inclusão no orçamento de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais”, pode ser uma das possíveis soluções jurídicas aplicáveis, cabendo ao Judiciário inovar.” (grifo meu)

Agra (2018, p. 848) complementa ao dizer que o objetivo do direito à educação, como direito fundamental, é desenvolver o cidadão como ser humano, de modo a torná-lo apto para enfrentar desafios do cotidiano, além de preparar para o exercício da cidadania, o que porventura irá fomentar a busca por dignidade:

“A educação é um direito de todos e está sob a responsabilidade do Estado, nas suas três esferas governamentais, e da família, devendo ainda haver a colaboração da sociedade. Trata-se de um direito subjetivo público dos cidadãos, isto é, uma prerrogativa que pode ser exigida do Estado diante do seu inadimplemento. **Seu objetivo, ao contrário do que muitos pensam, não é apenas preparar o cidadão para o mercado de trabalho, mas desenvolvê-lo como ser humano, para que possa contribuir com a sociedade, tornando-o apto para enfrentar os desafios do cotidiano.** Como afirma a Constituição Cidadã, a principal função da educação é preparar o indivíduo para o exercício da cidadania (art. 205 da CF).” (grifo meu)

Após todos os avanços trazidos pela Carta Magna, principalmente o reconhecimento da educação como direito público subjetivo, entende-se que todas as pessoas que se sintam prejudicadas ou sentir algum tipo de violação de seus direitos, poderão exigir em juízo, exigibilidade essa, que advém do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Partindo dessa premissa, Silva e Weiblen (2007, p. 52), apontam que:

“Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui.”

Não poderia o Poder Judiciário ficar com as mãos atadas, assistindo os descasos cometidos pelos Poderes Legislativo e Executivo, a intervenção do Poder Judiciário na atuação desses Poderes, teriam como escopo assegurar garantias insculpidas no texto constitucional, desse modo, não há invasão na esfera de atuação de qualquer dos Poderes,

visto que apenas busca-se dar efetivação à Suprema Lei, impondo ao Estado o cumprimento dos direitos sociais. (GRANJA, 2019).

O fato de se levar um evento ao Judiciário que, em princípio, deveria ser resolvido em outra esfera de Poder, chama-se de judicialização. Nos ensinamentos de Barroso (2012, p. 3), a judicialização se traduz em:

“algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, **a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.** O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.” (grifo meu)

Nessa toada, o Judiciário começa a ter funções mais significativas na efetivação de direitos, principalmente pelo fato de ser, de forma geral, detentor da função de guardião da Constituição.

Tendo em vista essa atuação mais efetiva do Judiciário, se estabelece uma relação entre tal Poder e os direitos trazidos pela Carta política, assim dentre vários outros direitos, cria-se entre o Judiciário e o direito à educação uma nova relação, que se materializa por meio de ações judiciais que visam a sua proteção, garantia e efetividade.

Tal relação, pode ser considerado como a judicialização da educação, que de forma mais clara, significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais levando em consideração a necessidade premente de proteção desse direito.

Em relação à ocorrência de judicialização de políticas públicas educacionais, o principal motivo reside na ocorrência do cerceamento do direito subjetivo à educação, de modo que o instrumento viabilizador, política pública, perde sua principal finalidade.

Desta feita, nota-se também a judicialização em casos em que a pessoa não consegue ter acesso ao exercício pleno de seu direito, seja por falta de supostos documentações necessárias à alguma regulamentação, seja por mera burocracia dos órgãos responsáveis. O que acaba gerando uma transferência de poderes, o que via de regra é de competência típica do Legislativo ou Executivo, acaba sendo transferida ao Judiciário, por ser a única solução cabível.

Desse modo ocorre a chamada judicialização dessas políticas públicas, que pode ser definida nas palavras de Lulia e Pellicciari (2016, p. 2) da seguinte forma:

“A judicialização das políticas públicas pode ser definida, em síntese, como a transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais, de modo que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário.”

Oliveira (1998, p. 70-71), afirma que muitas dessas demandas de judicialização de políticas públicas educacionais, são relativas à garantia de vagas, e que apesar de muitas declarações de direitos tornarem-se, no decorrer do tempo, como “letra-morta”. Porém, o fato de haver reconhecimento constitucional possibilita a luta por sua efetivação, vejamos:

“As ações mais evidentemente amparadas na Legislação são as relativas à garantia de vagas, mesmo que em certas ocasiões se tenha observado a resistência do sistema de Justiça a garantir tal direito, no geral se tem acatado tais demandas, muitas vezes, até mesmo sem se chegar à ação judicial. As iniciativas visando a garantir a “qualidade do ensino” são mais difíceis de formular, dividindo-se em dois tipos básicos. As que podem ser “quantificadas” podem ser exigidas de maneira direta, tais como excesso de alunos por sala de aula, baixos salários de professores, instalações precárias etc. Entretanto, aquelas que se relacionam com a qualidade do ensino, em sentido mais subjetivo, como baixa formação dos professores, ação pedagógica inadequada, são mais complexas de exigibilidade via justiça, permanecendo como desafio a elaboração de uma formulação que “materialize” a “garantia de Padrão de Qualidade” prevista na CF. **Mesmo quando as declarações de direito tornam-se “letra morta”, o fato de serem reconhecidas na lei cria a possibilidade de luta pela sua efetivação.** As modernas sociedades democráticas encerram, portanto, uma contradição entre ter de declarar direitos a todos e a existência de resistência social à sua efetivação.” (grifo meu)

Daou e Brito Filho (2017, p. 51) assim dispõem acerca do tema:

“Ocorre que, a **ineficácia prática das políticas públicas garantidoras de direitos sociais faz aumentar o número de demandas frente ao Poder Judiciário, que se vê diante da necessidade de intervir, seja para fiscalizar uma política pública ou mesmo para impor ao Estado a concessão de um medicamento, no caso da saúde, por exemplo, ou a garantia de uma vaga na escola, no caso da educação,** e muitos outros exemplos que cotidianamente pendem de decisão na mesa dos magistrados.” (grifo meu)

Cury e Ferreira (2010) apontam que universalização do acesso e da permanência da criança e do adolescente, a gratuidade e obrigatoriedade do ensino fundamental, o atendimento no ensino fundamental por meio de programas suplementares de material didático-escolar, o transporte, a alimentação e assistência à saúde, o pleno desenvolvimento

do educando, o preparo para o exercício da cidadania e para o trabalho e a qualidade da educação, assim como outros exemplos, são casos em que se verifica a garantia do direito à educação, sob enfoque legal.

Nas situações em que tais direitos, ou outros que se relacionem com a educação, não forem satisfeitos pelos responsáveis, sejam públicos ou privados, é constitucionalmente resguardada a possibilidade de pleito perante o Judiciário. É a partir dessa ideia que se dá o surgimento da judicialização da educação, resumindo-se nas situações em que tal direito passa a ser analisado pelo Judiciário, surgindo tal Poder, como um solucionador do descaso ou despreocupação dos Poderes que de fato teriam a competência para a proteção e fomento de tais direitos.

Silva e Weiblen (2007, p. 52) nesse contexto, aduzem:

“[...] não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.” (grifo meu)

Contudo, evidencia-se que por vezes, a única via para se efetivar o direito à educação é a prestação jurisdicional do Estado através do Poder Judiciário, que apesar de residual, tem exercido importante papel de efetivação. Isso porque, os direitos e garantias fundamentais, como o direito à educação, não podem se situar apenas no campo das promessas, necessitando para tanto, mormente por se tratar do mínimo necessário e existência, a intervenção de autoridade que possa impedir ações ou omissões capazes de afetar negativamente a vida digna. (PEGINI e MIOTTO, 2011)

Nesse diapasão, Silva e Weiblen (2007, p. 50) afirmam:

“[...] cabe ao Judiciário assumir um papel mais politizado, de forma que não apenas julgue o certo e o errado conforme a lei, mas sobretudo examine se o poder discricionário de legislar está cumprindo a sua função de implementar os resultados objetivados pelo Estado Social.”

No mesmo sentido Daou e Brito Filho (2017, p. 53) afirmam:

“[...] diante de uma lesão aos direitos sociais o judiciário é legítimo para intervir, tanto em demandas coletivas quanto individuais, e o progressivo aumento dessas demandas envolvendo esses direitos fundamentais é um indicativo de falha na prestação de serviços por parte do Estado, o que não

pode ser aceito e não se justifica diante das características de imperatividade das normas [...]”

Impende destacar que não se pretende atribuir aqui, o poder de criar políticas públicas em matérias de educação ao Judiciário, mas sim atribuir à responsabilidade de execução daquelas já existentes, estabelecidas na Constituição assim como em leis ordinárias, exigindo-se uma postura intervencionista, que de fato controle a falta de qualidade ou omissão dos serviços educacionais, de modo a exigir a concretização de políticas sociais eficientes.

4 JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DA DEFICIÊNCIA DO EXECUTIVO E DO LEGISLATIVO

Este último capítulo, antes da conclusão, busca explicar acerca da judicialização como meio de resoluções de controvérsias advindas do campo dos direitos inerentes à educação, que por vezes são desencadeadas por descasos do Legislativo e do Executivo.

Demonstra-se algumas peculiaridades a respeito, passando pelo campo do princípio da separação dos Poderes, passeando-se também, brevemente, sobre a diferença entre ativismo e judicialização e por último abordando-se questões sobre o controle judicial das políticas públicas.

Busca-se, aqui, demonstrar que a atuação do Judiciário em algumas questões relacionadas a judicialização de políticas públicas, não é um problema, mas sim uma solução, tendo por fundamento a garantia e efetividade de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

4.1 Princípio da separação dos poderes

A constrição Federal prevê a separação dos Poderes em três momentos diferentes. O primeiro em seu art. 2º quando dispõe serem independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, evidenciando a presença de três Poderes regentes do Estado. Entende-se que este dispositivo é o corolário do princípio da separação dos Poderes.

Em um segundo momento, entre os artigos 44 e 135, ao tratar acerca “Da Organização dos Poderes”, definindo as funções e competências de cada um.

Por fim, tão importante quanto, em um terceiro momento, no artigo 60 §4º, III, onde institui a separação dos Poderes como cláusula pétrea.

Historicamente, entende-se que ideia de separação ou tripartição dos Poderes, foi proposta por Montesquieu em sua obra intitulada “O Espírito das Leis”.

Elaborada no ano de 1748, traz propostas relacionadas a ideia de impedimento a sobreposição de um Poder ao outro, o que viera a se chamar de sistema de “freios e contrapesos”, que de forma ampla, traz a ideia de que o Poder deve ser controlado pelo próprio Poder. (FIGUEIREDO e GIBRAN, 2016)

Em que pese cada Poder exercer uma função diferente, como o Legislativo que possui a função de elaboração de leis, o Executivo a função de governar a população e administração dos interesses públicos, e o Judiciário possuindo por principal função a de

garantidor do cumprimento das leis, deve-se compreender tais Poderes de forma unitária, sendo único e indivisível, ocorrendo tão somente uma separação de funções como assim depreende das lições de Mendes Neto, (2018, p. 17):

“Para se compreender a separação dos poderes, hoje, deve-se ter em mente que o poder é uno e indivisível, apesar da teoria adotar o nome *separação de poderes*, o que há, verdadeiramente é um poder unitário com separação de funções”

Nesse mesmo sentido, Araújo e Serrano (2003, apud Mendes Neto, 2018, p. 18) continuam:

“Essa medida é fundamental para que assentemos a ideia de que, sendo uno e indivisível, o poder, no âmbito do Estado, exterioriza-se através de funções. Assim, a vontade estatal é única, manifestando-se, porém, através de suas funções, a executiva, a legislativa e a judiciária.”

De grande importância é, trazer à baila novamente as lições de Mendes Neto (2018, p. 24), e dar destaque ao fato de que, mesmo havendo um princípio de separação dos Poderes, não há princípio absoluto, o que possibilitaria a interferência de um Poder em outro, para que haja real efetivação de direitos, senão vejamos:

“afirma-se desde então, que não há princípios absolutos, logo, o princípio da separação de poderes não pode e nem deve ser visto como um dogma capaz, por si só, impedir a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário”

Corroborando esse entendimento Silva (2012, p. 40) assim afirma:

“A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. Para ele, por outro lado, **nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas**. Assim, há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.” (grifo meu)

Não obstante haver necessidade da separação dos Poderes, fatores atuais exigem do Judiciário uma postura mais ativa, desse modo, observa-se o que dispõe Verbicaro (2010, p. 02)

“Em face dessa realidade, alteram-se as funções clássicas dos juízes, que se tornam também responsáveis pelas políticas de outros poderes estatais,

passando a orientar as suas atuações de forma a assegurar a integridade da Constituição e dos direitos dos cidadãos nas democracias contemporâneas.”

Outrossim, traz-se a ideia de Pansiere (2012, p.14)

“É superada a ideia de separação rígida entre os poderes, pois esta não responde aos dilemas atuais da sociedade, afinal, não se pode mais entender o Legislativo como simples elaborador de normas formalmente de acordo com a Constituição, o Executivo como implementador absoluto das políticas públicas e o Judiciário como simples regulador das relações privadas ou simples repressor do avanço do Estado sobre os Direitos Fundamentais Clássicos.”

É certo que o Judiciário ao atuar no âmbito político, não invade nenhuma esfera de outros Poderes, mas sim, garante a respeitabilidade à Constituição, tendo em vista a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e sua efetividade (VERBICARO, 2010).

Neste contexto, ressalta-se que falhas do Estado no tocante ao cumprimento de seus deveres, em relação ao dever de propiciar condições humanas dignas de vida, dá espaço a elevação do Judiciário, que atualmente no Brasil, surge como um “tampão” a omissões dos demais Poderes por meio das judicializações das políticas públicas.

4.2 Ativismo judicial e a judicialização

Barroso (2012) traz uma ideia de proximidade entre os referidos institutos, ao dizer de forma metafórica, que judicialização e ativismo judicial são primos, que vêm da mesma família e frequentam os mesmos lugares, porém de origens distintas. Contudo, não sendo gerados pela mesma causa imediata.

Streck (2009), associa o ativismo a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário em relação a concretização de valores e de fins constitucionais, ocorrendo com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Barroso (2012, p. 6) traz então, algumas diferenças e dispõe acerca, da seguinte forma:

“**A judicialização**, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, **o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa**. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. **Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e**

proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (grifo meu)

Barroso ainda aponta algumas causas da judicialização, dentre elas, três se destacam, que são: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

No que tange a redemocratização do país, que foi a primeira grande causa da judicialização, Barroso (2012) afirma que essa teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. E ainda afirma que o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Em relação à segunda causa, constitucionalização abrangente, continua ao dizer que a mesma, trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.

No mais, a terceira causa trazida por Barroso (2012, p. 4) é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, dito por ele como sendo um dos mais abrangentes do mundo, e sintetizado da seguinte forma:

“Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.”

Nada obstante, no que se refere ao ativismo judicial, Barroso (2012, p. 6) assim se manifesta:

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos

normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

Existem na doutrina diversos conceitos de ativismo judicial, porém o conceito de Roberto Barroso parece ser o mais adequado ao contexto e realidade brasileira. Pois na visão de Barroso, de certo modo, o ativismo é exercido para implementar políticas públicas nos casos de omissão do Legislativo.

É de suma importância destacar que, nos casos em que o Judiciário intervém em algumas políticas públicas, ele está atuando como garantidor de direitos fundamentais assim como também instituindo os fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, zelando pela dignidade da pessoa humana, de modo a contribuir com o desenvolvimento social num país de grandes dimensões como o Brasil.

Não olvidando-se que as decisões que advém dessa intervenção é tão somente visando a consecução dos objetivos e fins sociais do Estado Democrático de Direito, buscando a concretização da justiça social, com fito de promoção do bem de todos e redução das desigualdades regionais, cumprindo assim o que dispõe no art. 3º da Carta Magna. (Hess, 2011).

Barbosa (2011, p. 151) assevera que:

“Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, **uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade**” (grifo meu)

É bem verdade que o ativismo reforça a democracia e ajuda a sustentar o Estado Democrático de Direito, do mesmo modo que serve para sustentar a inércia, descaso, omissão ou insuficiência de algum Poder ou a má utilização de instrumentos políticos que possam abalar direitos ou princípios.

A partir dessa omissão, nada mais certo de que o Judiciário atuar como ponte ante os anseios da coletividade, assegurando direitos individuais e coletivos.

4.3 Controle judicial das políticas públicas

Nas palavras de Appio (2004, p. 220-223) o controle judicial das políticas públicas teria por fundamento a existência de uma sociedade fragmentada pelas desigualdades sociais e marcada por mecanismos tradicionais de limitação de representação do Estado. Afirma também que o controle judicial das políticas públicas no Brasil se constitui num elemento indispensável de estabilização das relações sociais, a saber:

“o controle judicial das políticas públicas no país emerge do interior de uma sociedade fragmentada pelas desigualdades sociais e marcada pela limitação decisória imposta aos mecanismos tradicionais de representação do Estado.

[...]

O controle judicial das políticas públicas se dá, por conseguinte, em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos. O controle judicial das políticas públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução ou avaliação.

[...]

Este fenômeno se apresenta nos casos em que, a título de controlar a execução de uma política pública, os juízes não somente anulam os atos administrativos praticados, mas alteram o seu conteúdo, através de uma atividade substitutiva, **promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos** de modo genérico **na Constituição**. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza exclusivamente invalidatória, passando a assumir uma função substitutiva, com o que se pode falar em atividade administrativa do Poder Judiciário.

O controle judicial das políticas públicas no Brasil se constitui num elemento indispensável de estabilização das relações sociais. Muito embora o controle social, através das instâncias de repressão penal (polícia e Judiciário), bem como dos meios de comunicação de massa (*mass media*), produzam um efeito narcotizante no tocante às expectativas sociais das populações afetadas, somente através de uma regulação estatal da sociedade é possível evitar o caos social.” (grifo meu)

A principal questão que se indaga nesse ponto, é saber se o Judiciário tem competência para interferir nas escolhas do Executivo e do Legislativo e em suas respectivas políticas públicas desenvolvidas, ou impor o dever de efetuar prestações sociais específicas.

No presente trabalho entende-se que sim, que o Judiciário tem competência para interferir em alguns descasos do Executivo e do Legislativo, pois ante tal omissão, as pessoas que necessitam de uma prestação jurisdicional não podem ser punidas, mas, pelo contrário, devem ter seus direitos garantidos e prestados de modo eficiente.

Dessarte, observa-se o que dispõe Daou e Brito Filho (2017, p. 45-46):

“A atuação do Estado para garantia de direitos fundamentais se dá por meio das políticas públicas, originalmente elaboradas e executadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Por essa razão, devem-se compreender as políticas públicas como uma categoria normativa, com a função jurídica de realizar a

intermediação dos anseios da sociedade diante do Estado e dos governos, buscando esquematizar os interesses de todos os seguimentos sociais e os interesses dos indivíduos para uma concreta realização de direitos. Por outro lado, e não obstante o mandamento constitucional, na prática, o que se observa é que a efetivação de direitos sociais ainda encontra óbice, especialmente pela ineficácia e/ou omissão do Estado na realização de políticas públicas. Nesse diapasão, resta evidente que os Poderes Executivo e Legislativo possuem suas funções típicas definidas na Constituição e não deve o Judiciário usurpar para si atuação que não lhe pertence. Por outro lado, quando chamado a intervir e diante da lesão de direitos fundamentais, que se dá na maioria das vezes pela omissão ou inércia dos demais Poderes, não pode o Judiciário se esquivar, mesmo que, para tanto, acabe atuando, de alguma forma, em uma esfera política. Dessa forma, o choque entre a vontade do legislador, a atuação do administrador e a determinação do juiz na tentativa de garantir o texto constitucional é quase inevitável.”

É de suma importância demonstrar que o controle de políticas públicas pode envolver vários objetos distintos, um deles é o conteúdo através da análise das metas e prioridades eleitas pelo Poder Público com relação aos direitos fundamentais, bem como a verificação do resultado esperado.

Além disso, o controle pode ter como objeto o processo de decisão e execução das políticas públicas, através da verificação do montante de recursos aplicados nas políticas relativas aos direitos fundamentais, do atingimento das metas fixadas e da eficiência no emprego dos recursos públicos. (JOSKOWICZ, 2010)

Também é possível o controle de políticas públicas ocorrer por outros meios, por remédios constitucionais, podendo ser citado a ACP (ação Civil Pública) que tenham por objetivo enfrentar a omissão do Legislativo ou Executivo em demandas sociais, neste sentido, observa-se as palavras de Amorim (2015, p. 58):

“O controle de políticas públicas também pode ocorrer mediante ações civis públicas que visem enfrentar as omissões do Poder em atender demandas sociais, principalmente em áreas mais sensíveis como saúde e educação. Esta realidade, apesar de aparentemente desbordar os limites da tradicional divisão entre os poderes, dá tons mais marcantes às diretrizes sociais constitucionais. Este controle das políticas, aliado à análise de constitucionalidade das leis, confere certa governabilidade aos juízes, haja vista a existência da possibilidade de influir, em menor ou maior grau, nas decisões dos demais entes. **Isso não significa, entretanto, que o judiciário deva governar, já que não possui atribuição para eleger a melhor política a ser implantada, mas apenas de controlar a execução daquelas escolhidas, ou de algum modo fazer valer as tidas como obrigatórias por força da Constituição.**” (grifo meu)

Constatando-se ser amplamente possível a interferência do Judiciário em políticas públicas, visando resguardar direitos e garantias fundamentais, faz-se necessário observar as palavras de Canela Junior (2011, p. 155):

“Observa-se, por oportuno, que a **lesão a direito fundamental pode dar-se basicamente de duas formas: em virtude de omissão completa do Estado na satisfação espontânea dos direitos constitucionalmente previstos no art. 6º da Constituição Federal; e por comportamento, comissivo ou omissivo, do Estado, que permite a ocorrência de desigualdade social** na fruição dos serviços criados para a satisfação espontânea dos bens da vida referidos no art. 6º da Constituição Federal” (grifo meu)

Sendo assim, diante de uma violação flagrante a um direito fundamental, seja ele individual ou coletivo, praticada por uma política pública, imposta por uma maioria a uma minoria, caberia cogitar da legitimidade do Poder Judiciário em intervir para determinar a sua cessação, no caso de ineficiência ou omissão parcial, ou a sua formulação e execução, no caso de omissão total? (SOUSA e COURA, 2009, p. 4058).

Ao aplicar esses parâmetros, o controle judicial sobre os Poderes Legislativo e Executivo deverá envolver uma análise legal dos objetivos que o Estado alega estar tentando alcançar, e a comparação entre esses objetivos e os meios escolhidos para satisfazê-lo, a fim de buscar a solução judicial mais adequada ao caso.

Destarte, a decisão “razoável”, “adequada” e “proporcional” torna-se a catalisadora das soluções possíveis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais (CANELA JUNIOR, 2011, apud COSTA, 2013, p. 260).

No Recurso Extraordinário nº 592.581, o ministro Lewandowski (2015, p. 24-25) traz à baila algumas questões que devem ser observadas referentes a esse controle, tais como a eficácia dos direitos fundamentais, como nota-se no trecho abaixo:

“Sabe-se hoje, que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e “positivamente vinculantes”, como ensina Gomes Canotilho.

[...]

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os **princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.**” (grifo meu)

Seguindo em relação as questões a serem observadas, Lewandowski (2015, p. 30-31) elenca também a inafastabilidade da jurisdição, a saber:

“A centralidade do **valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado** aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem. Basta lembrar, nesse sentido, que **uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade da jurisdição**, abrigado no art. 5o, XXXV, de nossa Constituição, segundo o qual “a lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Outro aspecto a sublinhar é que os juízes são adotados do poder geral de cautela consistente em uma competência, mediante o qual lhes é permitido conceder medidas cautelares atípicas, que não estão explicitadas em lei, sempre que estas se mostrarem necessárias para assegurar, nos casos concretos submetidos à jurisdição, a efetividade do direito buscado. Em outros termos, elas são cabíveis, no dizer de Vicente Greco Filho, “quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação”

A partir dessa cláusula, é possível deduzir, de forma complementar, o direito à plena cognição da lide pelo Estado-juiz, definido como um “ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo

[...]

O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, pois impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da apreciação do Judiciário, órgão que, ao lado do Legislativo e do Executivo, expressa a soberania popular.” (grifo meu)

Lewandowski (2015, p. 40-41) ainda traz a questão de o Judiciário atuar em alguns fatos, tendo em vista a sua impossibilidade de omissão perante os outros Poderes. Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte trecho:

“Nesse ponto, cumpre esclarecer que, **não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo**. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos. **Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada”**. Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder

contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.” (grifo meu)

A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002, apud VERBICARO, 2010).

A intenção da exposição deste capítulo, é transparecer a ideia de que a intervenção judicial, ao invés de ser um defeito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente, pois parte-se do pressuposto que os indivíduos titulares destes direitos, caso de não os terem garantidos pelos Poderes políticos competentes, têm opção de recorrer aos meios judiciais, como meio de pressionar o Estado a cumprir com as obrigações que lhe foram impostas pela Carta Magna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, e com o surgimento de vários direitos no ordenamento jurídico, destaca-se os direitos e garantias fundamentais, que vieram estabelecer um parâmetro jurídico de segurança aos cidadãos, quando realmente efetivados, orientado pela igualdade de valor entre os cidadãos.

O artigo 1º da Carta política traz como um dos princípios fundamentais da República Federativa a dignidade da pessoa humana. Diante de tal proteção, ao cancelar esse direito, o Estado vincula-se a um dever de propiciar condições suficientes para que se efetive o direito individual de cada um.

A criação do Estado Social Democrático de Direito justificou a busca pela liberdade, o que gera também a importância de efetividade dos direitos em âmbito social.

Diante do dever estatal de agir, deve haver estrutura para a real efetivação em massa desses direitos, o instrumento que facilitará tais demandas chama-se políticas públicas, que são criadas precipuamente com o fito de efetivar direitos fundamentais, em setores carentes.

Se tem por certo que o judiciário seria a resposta mais concreta, diante das dificuldades do povo, uma vez que exerce seu poder de guardião da constituição e, logo, a defesa dos direitos fundamentais e sociais. Tal contexto induz a uma questão de judicialização das políticas públicas, tendo em vista a saída do judiciário de sua neutralidade.

Dessa forma, o Judiciário atrai para suas funções a necessidade de promoção de direitos sociais que são negligenciados pelos outros poderes, o que ocorre é que o Judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer, sem alternativa.

O artigo 208 viera com um viés inovador, pois trouxe a condição de direito público subjetivo à educação, o que resulta na real possibilidade de responsabilização do Estado, por seu não oferecimento ou sua oferta irregular do ensino, correspondendo a prestação obrigatória e eficaz pelo Estado.

Com esse *status* de direito público subjetivo entende-se que todas as pessoas que se sintam prejudicadas ou sentir algum tipo de violação de seus direitos, poderão exigí-los em juízo, exigibilidade essa, que advém do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Assim dentre vários outros direitos, cria-se entre o Judiciário e o direito à educação uma nova relação, que se materializa por meio de ações judiciais que visam a sua proteção, garantia e efetividade. Casos em que a pessoa não consegue ter acesso ao exercício pleno de seu direito, seja por falta de supostos documentações necessárias à alguma regulamentação, seja por mera burocracia dos órgãos responsáveis.

A priori, caberia ao Estado, por meio do Legislativo e do Executivo, e através de políticas públicas, permitir o acesso, assim como instituir políticas de fomento relacionados à educação.

Porém, o que ocorre é uma omissão por parte dos referidos Poderes, assim como uma precariedade na efetivação dos direitos relacionados à educação, o que porventura, acaba ocasionando e legitimando a intervenção do Judiciário para garantir a efetividade ao direito fundamental e social, pois não é lícito à Administração Pública omitir-se na proteção de tais direitos. Fenômeno esse que é chamado de chamada judicialização da política educacional, o que por vezes gera críticas e questionamentos ao Judiciário, ao apontarem que este estaria extrapolando sua esfera de poder, gerando ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Todavia a transferência de decisões para o Judiciário decorre em virtude de uma imensa necessidade de se conferir efetividade aos direitos fundamentais e sociais dos indivíduos pois acredita-se ser possível a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos pelo Judiciário.

É de suma importância destacar que o fato de ocorrer a judicialização dessas políticas públicas não é devido ao ativismo judicial, mas sim pela organização precária da administração pública.

Em decorrência dessa precariedade, omissão ou insuficiência cabe ao Judiciário intervir em matérias relacionadas as políticas públicas, justamente por ser o Poder que detém a competência de guarda da constituição, sem que isso, em hipótese alguma, configure invasão de Poder ou ofensa aos princípios da separação dos Poderes.

É certo que o Judiciário, ao atuar no âmbito político, não invade nenhuma esfera de outros poderes, mas sim, garante a respeitabilidade à Constituição

Esclarece-se que não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo, mas sim, naquelas situações em que se evidencie uma clara omissão por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

O que se busca presente trabalho, é a demonstração de que a atuação do Judiciário em algumas questões relacionadas à judicialização de políticas públicas atinentes à educação não é um problema, mas sim uma solução, por se entender ser o Judiciário competente para interferir em alguns descasos do Executivo e do Legislativo, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, em especial os direitos fundamentais e sociais, utilizando-se como exemplo à educação.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Fórum. Belo Horizonte, 2018.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Sobre políticas de governo e políticas de estado: distinções necessárias**. instituto *milênio*, 2016. Disponível em: <https://www.institutomilennium.org.br/artigos/sobre-politicas-de-governo-e-politicas-de-estado-distincoes-necessarias/>. Acesso em 06.05.2019.
- AMORIM, Maurício Oliveira. **O Controle Judicial De Políticas Públicas E Sua Legitimidade Democrática**. Dissertação de pós-graduação – Direito, Universidade Federal Do Maranhão. São Luís, 2015.
- AMPARO, Taysa Matos do, SANTANA, Selma Pereira de. Justiciabilidade do direito à educação. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Brasília, v. 3, Jan/Jun. 2017.
- BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia E Supremacia Judicial: Direito E Política No Brasil Contemporâneo. **Revista de ciências jurídicas**. 2013.
- _____. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid. 2009.
- BASTOS, Elísio Augusto Veloso. **Direito, políticas públicas e desenvolvimento**. São Paulo: Método - Belém: CESUPA, 2013.
- BENVENUTO, Jayme. et. al. **Leituras complementares de Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. Ed. Bahia: Juspodivm, 2010.
- BRASIL, **Constituição** (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292.
- _____. **Lei nº 9.394/96**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em 03.05.2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Rio Grande do Sul, 13 de agosto de 2015.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2015.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas**. Texto em: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS,

Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas: Possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

COSTA, Bruno Andrade. **O controle judicial nas políticas públicas Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais**. Ano 50, Número 199 jul./set. 2001.

CRETELLA JR., José. (1991/93). **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro, Forense, V. 2 (2. ed. 1991) e V. 8 (2. ed. 1993).

DAOUL, Heloisa Sami; BRITO FILHO José Claudio Monteiro de. **A Atuação Do Poder Judiciário Na Concretização De Direitos Fundamentais Sociais No Brasil**. Rev. de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais, e-ISSN: 2525-9903. Maranhão | v. 3, n. 2, p. 44 - 65 | Jul/Dez. 2017.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais, 18(2), 113-118, **Revista São Paulo em perspectiva**, Fundação Sead, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Educação em Direitos Humanos: pressuposto para o exercício da cidadania**. In: Educação Jurídica. Coord.: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin De; GIBRAN, Sandro Mansur. **O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia**. 2016. Disponível em: <https://www.docsity.com/pt/o-ativismo-judicial-o-principio-da-separacao-dos-poderes-e-a-ideia-de-democracia/4538375/>. Acesso em 23.05.2019.

GIACHINI Emanuele, **Judicialização De Políticas Públicas: Garantias Formais E Desafios Materiais Na Efetivação Do Direito À Educação**, 2014. Disponível em : <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=13b27f9cc9ae10dd>. Acesso em 31.01.2019.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acesso em: 11.05.2019.

HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, n.30, 2011.

JESUS VIEIRA, Samuel De. **A judicialização de políticas públicas no estado do bem-estar social (Welfare State): considerações sobre a abrangência da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais previstos no texto constitucional Brasileiro**, 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-judicializacao-de-politicas-publicas-no-estado-do-bem-estar-social-welfare-state-consideracoes-sobre-aabran,590286.html>. Acesso em: 17.08.2018.

LENZI, Tié. **Políticas públicas na educação: quais são e quem faz?.** Disponível em: <https://www.todapolitica.com/politicas-publicas-na-educacao/>. Acesso em: 10.05.2019.

LIMA, Maria Cristina De Brito. A Educação Como Direito Fundamental. **Revista da EMERJ**, v.4, n.13, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. **Comentários A Constituição.** Brasília: 2. Ed. p. 3594, Saraiva *jur.* 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 12.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES NETO, João Paulo. **A proteção da saúde e o CNJ no brasil.** Lumen juris, Rio De Janeiro, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Editora Atlas, 2016.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 208-222.

OLIVEIRA, F.S. Daniele; FARAGE V.C. Verena. **Direitos fundamentais o direito público subjetivo ao ensino fundamental e políticas públicas.** 86 f. Monografia – Direito, Centro Universitário do Estado do Pará, Belém. 2007.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. **Revista brasileira de educação**, 1999.

PAES. B.L, Carolina. **O liberalismo de princípios aplicado a judicialização dos direitos sociais fundamentais uma proposta para a superação de limites de atuação do poder judiciário.** 137 f. dissertação de mestrado – Direito, Centro Universitário do Estado do Pará, Belém. 2015.

PANSIERE, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: Reflexões a partir do direito à moradia.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEGINI, R.B. Adriana; MIOTTO, A.S. Fabrício. **Ativismo Judicial: A Intervenção Do Poder Judiciário Para A Efetivação Do Direito Humano Fundamental À Educação Inclusiva Quando Da Omissão Do Poder Público.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aff272815fa63358>. Acesso em 22.05.2019.

PRATA, Fransérgio dos Santos. **A judicialização das políticas públicas como reflexo da falência do Estado.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19260&revista_caderno=9. Acesso em 05.05. 2019.

RIVAS, Caio. **O Direito à Educação como Direito Fundamental de Justiça Social.** 2016. Disponível em: <https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/381198775/o-direito-a-educacao-como-direito-fundamental-de-justica-social>. Acesso em 01.01.2019.

SANTOS BEZERRA, Fernando Costa, **Judicialização de políticas públicas no campo da educação à luz da jurisprudência dos tribunais superiores**, 2017. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,judicializacao-de-politicas-publicas-no-campo-da-educacao-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores,589576.html>. Acesso em 17.08.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. ver. amp. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007.

SOUSA, Pedro Ivo de. CASTRO Alexandre de. **Controle Judicial De Políticas Públicas**, 2009. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sou sa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sou_sa.pdf). Acesso em 03.05.2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito** – 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEMER LULIA, Luciana De Toledo. ROSA PELLICCIARI, Natalia. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. Vol. 97, p.1-27, Setembro-Outubro 2016.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2017.

_____. **A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin**. 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/090.pdf>. Acesso em 13.05.2019.

WHITAKER DA CUNHA, Fernando. **Direito constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.