

DIREITO À EDUCAÇÃO: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENSINO

RIGHT TO EDUCATION: THE ROLE OF JUDICIAL POWER IN ACHIEVEMENT PUBLIC TEACHING POLICIES

Angélica Ferreira de Oliveira Freire¹

RESUMO

O presente artigo aborda a importante função do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas de ensino. O trabalho versa sobre o direito fundamental à educação inserido no rol do chamado mínimo existencial, garantido pela cláusula da vedação ao retrocesso social. O método utilizado é o indutivo. Em conclusão, restará demonstrado que, embora os poderes Legislativo e Executivo sejam os protagonistas da formulação e execução de políticas públicas de ensino, impõe-se ao Poder Judiciário, uma vez não atendidas as referidas obrigações constitucionais, determinar a implementação desses encargos, o que tem sido realizado reiteradamente pelos Tribunais Superiores e no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Educação. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This article presents the importance of the Judicial Power in the implementation of public policies. The essay addresses the fundamental right to education inserted in the list of the so-called existential

¹ Mestranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Professora de Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Contato: angelica.freire@tjro.jus.br.

minimum, guaranteed by the clause prohibiting social setback. The method used was inductive. In conclusion, it will be demonstrated that, although the Legislative and Executive branches are the protagonists of the implementation and execution of public teaching policies, it is mandatory for the Judiciary, once the constitutional obligations are not met, to oblige the implementation of these charges, which was carried out repeatedly by the Superior Courts and within the scope of the Rondônia State Court of Justice.

Keywords: Fundamental rights. Education. Judicial Power.

1) Introdução

O direito à educação encontra guarida, em sede constitucional, no art. 6º e art. 205, os quais dispõem, respectivamente, que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição; e que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Conforme amplamente disciplinado no ordenamento jurídico pátrio, a educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. Sendo dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Esse dever é imposto ao Estado pelo preceito veiculado no art. 205, da Constituição Federal e a omissão da Administração Pública importa afronta à Constituição (BRASIL. STF. RE 594.018 AgR, Relator Ministro Eros Grau, J. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-20).

Assim como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96) apresentam a disciplina normativa do direito à educação, que tem natureza principiológica, sendo um mandamento de otimização, impondo a aplicação imediata dos direitos fundamentais na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Nessa seara, o Poder Judiciário exerce fundamental atuação, sendo consideradas decisões políticas, em algum sentido, conforme ensinamento de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald, 2005):

Naturalmente, as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para controvérsias políticas. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Supremo Tribunal tem de decidir questões constitucionais importantes que também são questões políticas, como a de determinar se criminosos acusados têm direitos processuais que dificultam mais a aplicação da lei.

Pretende-se demonstrar que, uma vez acionado, compete ao Poder Judiciário promover a preservação desse importante e inafastável direito subjetivo, principalmente em face de mandamento constitucional relativo aos direitos da criança e do adolescente, impondo que o Estado canalize seus esforços administrativos e meios de financiamento para dar cumprimento ao direito fundamental à educação.

2) O direito à educação como prerrogativa constitucional dotada de fundamentalidade

Remotamente, de forma tímida, os Direitos Sociais encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1824, com a garantia dos socorros públicos e o direito à instrução primária (art. 179, XXI e XXXII). Contudo, foi com a Constituição Federal de 1988 que os direitos sociais ganharam maior amplitude, estando previstos desde seu preâmbulo, como ensina o professor Flávio Martins (NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves, 2018):

Todavia, é com a Constituição de 1988 que os direitos sociais ganham uma maior projeção, não só por estarem previstos no início da Constituição Federal (a partir do art. 6º, CF), como também pelo grau de amplitude e especificidade de muitos dos direitos sociais. Aliás, essa preocupação com os direitos sociais já aparece no Preâmbulo da Constituição, que assinala a função do constituinte originário: “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista

e sem preconceitos...". Se não bastasse, no art. 3º, da Constituição Federal, encontramos dentre os objetivos da República: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), bem como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III). Dessa maneira, podemos afirmar que o Brasil, além de ser um Estado Democrático de Direito, também é um Estado Social.

O Título II, da Constituição Federal, cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais, os quais estão dispostos em cinco capítulos: I) Dos direitos e deveres individuais e coletivos; II) Dos direitos sociais; III) Da nacionalidade; IV) Dos direitos políticos; V) Dos partidos políticos.

Segundo o Supremo Tribunal Federal e a doutrina, os direitos sociais são cláusulas pétreas e, como ensina o professor Marcelo Novelino, "Não se pode deixar de reconhecer como cláusulas pétreas implícitas, e. g., os direitos sociais que compõem o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna ('mínimo existencial')" (NOVELINO, 2017).

Nossa Corte Constitucional já decidiu, em reiteradas oportunidades, que o conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são reputados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal:

DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais

como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente. (BRASIL. STF. ADI 5938. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 29/05/2019. Publicação: 23/09/2019).

Por fundamentos compreendem-se os valores estruturantes do Estado, o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com a finalidade de atingir ideais ligados à dignidade da pessoa humana, principalmente a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Os direitos fundamentais são históricos, advindos de forma gradual e, a partir dos princípios da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), sobreveio a doutrina das dimensões de direitos fundamentais.

Nesse ponto, cumpre recordar ensinamento de BERNARDES e FERREIRA, acerca das dimensões de direitos fundamentais (BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, 2017):

A esquematização dos direitos fundamentais conforme “dimensões” é mais adequada, pois valoriza o aspecto histórico e contínuo da incorporação sucessiva de novos direitos, sem o risco de parecer que estes acarretam a superação dos anteriormente reconhecidos numa “geração” precedente.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão ligados à liberdade, resistência e oposição contra os excessos do Estado. São chamados de liberdades públicas. Como exemplos, os direitos civis e políticos. Já os direitos fundamentais de segunda dimensão guardam

relação com o princípio da igualdade, como os direitos sociais, culturais e econômicos e representam poderes de reivindicações de prestações estatais. Direitos fundamentais de terceira dimensão são os concernentes à fraternidade e à solidariedade, como o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento sustentável e à paz. Trata-se da dimensão de direitos difusos.

Apesar de não haver consenso doutrinário acerca da existência dos direitos fundamentais de quarta dimensão, segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de quarta dimensão estariam relacionados à democracia (democracia direta), à informação e ao pluralismo. O direito à paz (consagrado como princípio fundamental no art. 4.º, VI, da Constituição Federal de 1988) representaria direito fundamental de quinta dimensão (BONAVIDES, 2011).

Há, ainda, doutrina defensiva da existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais, representada pelo direito de acesso à água potável (FACHIN, Zulmar; DA SILVA, Deise Marcelino, 2012).

Aspecto importante, do qual não se pode descurar, é o relacionado às características dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam: a) historicidade: não nascem de uma só vez, possuem caráter evolutivo; b) universalidade: destinam-se indistintamente a todos os seres humanos; c) relatividade: não são direitos absolutos, mas relativos e essa relatividade pode ser aferida até mesmo no art. 29, da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas; d) concorrência: os direitos fundamentais podem ser exercidos simultaneamente; e) inalienabilidade: são inegociáveis, intransferíveis, pois o titular não pode se desfazer desses direitos, por serem, normalmente, desprovidos de conteúdo econômico patrimonial; f) imprescritibilidade: são sempre exercíveis, não desaparecendo pelo decurso do tempo. Em relação a esses direitos não se verificam requisitos que importem em sua prescrição; g) irrenunciabilidade: não admitem renúncia, porém se admite que determinado direito ou garantia fundamental não seja efetivamente utilizado pelo seu destinatário, a exemplo do que ocorre em um reality show, em que os participantes abrem mão de parcela de suas intimidades, as quais são

constitucionalmente protegidas pelo art. 5º, X, CF.

Acerca da característica da relatividade, destaco o artigo XXIX, da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas:

Artigo XXIX 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas".(Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948).

Quanto às características normativas dos direitos fundamentais, são consideradas normas materialmente constitucionais, estejam ou não incluídas no texto formal da Constituição Federal e o principal critério para a identificação de direitos fundamentais inseridos fora do Título II da Constituição Federal é o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme ensinamento do professor Daniel Sarmento (SARMENTO, 2016):

O principal critério para a identificação desses outros direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana. É esse critério que justifica que se concebiam como direitos fundamentais, por exemplo, a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF) e o meio ambiente (art. 225), mas não o direito dos titulares de serviços notariais e registrais à manutenção de seus cartórios (art. 32, ADCT). Afinal, os primeiros têm forte conexão com a dignidade humana, de que carece o último. Em síntese, devem ser considerados fundamentais os direitos que, conquanto não contidos no catálogo constitucional pertinente, representem concretizações relevantes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda, segundo Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008):

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a

direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nenhuma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Acerca da eficácia dos direitos fundamentais, tem-se que, historicamente, surgiram e foram aplicados verticalmente, impondo o texto constitucional uma inação (v.g. não interferir na esfera privada dos indivíduos) ou uma ação (como os direitos sociais, pelos quais o Estado tem o dever de garantir a educação, a saúde e o transporte), é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais. Imaginava-se que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado.

Entretanto, a evolução constitucional conduziu à aplicação desses direitos às relações privadas ou horizontais. Nesse ponto, registro o *leading case* julgado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 201.819, em que se reconheceu a aplicação direta de direitos fundamentais às relações entre particulares, é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial,

dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL. STF. Segunda Turma. RE 201819/RJ. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. DJ 27-10-2006 PP-00064).

Além da eficácia vertical e da horizontal, a doutrina moderna reconhece a eficácia diagonal dos direitos fundamentais. O professor Sérgio Gamonal Contreras, professor de Direito do Trabalho da Universidade Adolfo Ibáñez do Chile, aponta que os direitos fundamentais nas relações entre empregado e empregador não podem ser vistos com uma eficácia horizontal, já que ambos não estão em pé de igualdade, sob o ponto de vista econômico e jurídico. Segundo o autor, o empregador tem direitos e deveres diretivos e sancionatórios

que se assemelham aos do Estado e, assim, haveria o desequilíbrio da relação empregado/empregador, negando-lhe a eficácia horizontal e colocando-lhe em um horizonte de eficácia diagonal dos direitos fundamentais entre particulares (CONTRERAS, 2009).

Com o objetivo de explicar a relevante função desempenhada pelos direitos fundamentais, Georg Jellinek, jurista e filósofo alemão, desenvolveu a doutrina dos quatro status em que o indivíduo pode se encontrar diante do Estado (JELLINEK, 1912). No status negativo (status libertatis), o Estado não interfere na esfera de atuação do indivíduo, como nos direitos de primeira dimensão (direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade). O status positivo (status civitatis) se refere à necessidade de atuação positiva do Estado, se relacionando aos direitos de segunda dimensão, como a saúde, a educação e a assistência aos desamparados. Já o Status ativo (status activae civitatis) diz respeito à relação na qual o indivíduo pode interferir nas relações políticas do Estado, como no direito ao voto, ao referendo, ao plebiscito e à iniciativa popular. Por fim, o status passivo (status subjectionis) consiste na subordinação do indivíduo ao Estado, abrangendo a esfera de deveres do indivíduo perante o Estado.

Objetivando aferir o grau de eficácia jurídica das normas constitucionais, cumpre verificar sua natureza, ou seja, se são regras ou princípios.

A propósito, cumpre trazer à baila importante distinção cunhada pelo professor Humberto Ávila, em sua obra Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (ÁVILA, 2009):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Assim, há dispositivos relacionados aos direitos fundamentais sociais que possuem todas as características de regras constitucionais, com reduzido grau de abstração, abrangência determinada, delimitada, definida, a exemplo do art. 212, da Constituição Federal, o qual prevê que “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Inobstante, a maior parte das normas jurídicas definidoras dos direitos sociais são princípios, normas de alto grau de abstração, como o direito à educação, à segurança, ao transporte. Para o professor Robert Alexy (ALEXY, 2008), diversamente das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes, são mandados de otimização.

3) O Poder Judiciário e a implementação de direitos sociais relacionados às políticas públicas de ensino

Na ordem constitucional atual, a educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos e, muito embora, inicialmente, seja dos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas de ensino, admite-se que o Poder Judiciário determine, ainda que excepcionalmente, que essas sejam implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão possa comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais de envergadura constitucional.

Conforme o doutrinador Konrad Hesse, a Constituição jurídica possui força ativa capaz de condicionar a realidade política e social de um Estado, o que denominou de força normativa da Constituição, uma vez que, na apreciação de problemas jurídico-constitucionais, deve ser dada preferência às soluções mais apropriadas a aumentar a otimização de suas normas, tornando-as mais eficazes.

Para Hesse, a “constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social” (HESSE, 1991).

Ora, diante dos princípios da força normativa da Constituição e da máxima efetividade, cumpre ao Poder Judiciário a função de dar efetividade às políticas públicas, uma vez que se verifique a omissão dos demais Poderes.

Segundo o princípio da máxima efetividade, máxima eficiência ou interpretação efetiva, a interpretação constitucional deve atribuir o sentido que dê maior efetividade à norma constitucional para que ela cumpra sua função social.

Conforme sobredito, os direitos sociais vinculam o legislador infraconstitucional, exigindo um comportamento positivo para a implementação desses direitos. E, ao tratar das colisões entre direitos fundamentais sociais, ensina Robert Alexy que esses direitos são extremamente custosos (ALEXY, 2008):

Colisões entre direitos fundamentais sociais de uns com direitos de liberdade de outros não surgem somente quando o Estado controla apenas indiretamente uma pequena parcela do objeto do direito em uma economia de mercado, como é o caso do direito ao trabalho. Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, comumente o Estado sustenta a teoria da reserva do possível, que sistematiza argumentos para defender que objeções de ordem fático-jurídicas e econômicas são constitucionalmente válidas para justificar a impossibilidade, total ou

parcial, de prestar certas obrigações decorrentes de norma de direito fundamental.

Entre a previsão de direitos fundamentais e sua plena implementação fática (efetividade) podem surgir obstáculos de âmbito jurídico, além de questões políticas, econômicas, sociológicas e antropológicas. Para se referir a essas dificuldades que circundam a implementação dos direitos fundamentais, com supedâneo na cláusula civilista *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado a fazer o impossível), a doutrina cunhou a expressão reserva do possível.

Em sentido amplo, a reserva do possível se refere tanto às impossibilidades fáticas e materiais, quanto às impossibilidades jurídicas, que dificultem, adiem ou impeçam a aplicação dos direitos fundamentais. Em sentido estrito, essa teoria é designada como reserva do financeiramente possível e tem ligação com os obstáculos econômico-financeiros afetos à efetivação dos direitos fundamentais que envolvam prestações materiais, principalmente os direitos sociais.

Em outro norte, a teoria do mínimo existencial, também conhecida como teoria do mínimo vital ou dos direitos fundamentais mínimos, estabelece que todos têm direito a receber do Estado proteção efetiva que garanta mínimas condições de dignidade de vida, direito ao mínimo de existência condigna, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, é um postulado normativo que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS [...] O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO É EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO,

NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PÁRCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - [...] DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. [...] (BRASIL. STF. RE 477554 AgR/MG. Segunda Turma. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 16/08/2011).

Em sua dimensão negativa, o direito ao mínimo existencial garante aos indivíduos um status negativo, resistência contra o Estado, principalmente no que se refere à cobrança de exações públicas. A dimensão negativa igualmente representa resistência contra as medidas de retrocesso de direitos fundamentais insertos no mínimo existencial (cláusula de vedação de retrocesso).

A cláusula ou princípio da vedação de retrocesso, também designada pela doutrina como ratchet effect (no inglês) ou efeito

cliquet (no francês), proibição de contra-revolução social ou evolução reacionária, advém do chamado efeito catraca, que é expressão utilizada no alpinismo e significa o movimento que só permite o alpinista ir para cima, ou seja, subir, já que os pinos de sustentação estão sempre acima do alpinista. Essa expressão foi usada na jurisprudência do Conselho Constitucional Francês para fornecer proteção especial a certas liberdades, declarando inconstitucional lei que, em vez de torná-las mais eficazes, as restringem excessivamente.

A dimensão positiva do mínimo existencial permite aos indivíduos alegar vantagens de status positivo, sobretudo com relação aos direitos sociais que assegurem a subsistência, além de meios e condições para uma vida digna.

Nessa dimensão positiva, o direito ao mínimo existencial reflete-se em direitos como o ensino fundamental (art. 206, IV, c/c 208, I, § 1º, e art. 211, § 4º) e, progressivamente, o ensino médio (art. 208, II), bem como os direitos à saúde e à assistência social, com cobertura universal e gratuita (art. 194, parágrafo único, I, c/c arts. 196 e 203).

Cumprir destacar que há divergência doutrinária quanto ao objeto, valor e extensão referentes aos bens e serviços abrangidos pelo mínimo existencial. Contudo, a despeito de divergências teóricas, há certo consenso na doutrina pátria no sentido de que o direito ao mínimo existencial envolve posições e vantagens asseguradas pelas normas definidoras do direito à saúde, à assistência social, à educação fundamental e de acesso à justiça.

Assim, estando o direito à educação inserto no rol de direitos que compõem o mínimo existencial, é possível identificar várias decisões do Poder Judiciário para dar efetividade a esse direito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, exarou decisão em caso emblemático no sentido de que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível. Deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF,

art. 208, IV) (BRASIL. STF. ARE 639337 AgR/SP. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Publicação: 15/09/2011).

Assim, o direito à educação infantil impõe ao Estado, por efeito da importante significação social, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, sob pena de configurar-se inadmissível omissão Estatal, frustrando o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs a própria Constituição Federal.

Também restou consignado que o Poder Público, quando se abstém de cumprir o dever de implementar políticas públicas definidas no texto constitucional, transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.

Ora, a inércia estatal em cumprir as imposições constitucionais traduz inadmissível ato de despreço pela autoridade da Constituição. Ademais, a cláusula da reserva do possível encontra limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Essa é a razão pela qual a intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, principalmente na seara da educação infantil, objetiva neutralizar os efeitos lesivos, que, provocados pela omissão estatal, traduzem inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura.

4) A concretização do direito à educação na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

O Poder Judiciário do Estado de Rondônia, sempre na vanguarda na ordem jurídica pátria, com juízes atentos às

transformações sociais e em busca da pronta e efetiva concretização das normas inseridas na Constituição Federal, possui um vasto acervo de decisões no tocante ao direito à educação.

Em decisão relativa à obrigação de disponibilizar transporte escolar para alunos da rede pública de ensino, da zona rural do Município de Candeias do Jamari e Distrito de Triunfo, o Desembargador Gilberto Barbosa ressaltou que o Estado de Rondônia se absteve de demonstrar eventual grave lesão à economia, à ordem, tampouco à sua estrutura financeira em decorrência de lhe ter sido imposto adotar os meios necessários para honrar o constitucional direito à educação e ao transporte escolar.

Ainda, afirmou que a Administração Pública não pode “se escorar na discricionariedade para afastar do Poder Judiciário fatos que evidenciam lesão a direito fundamental, pois não há invasão nesta seara quando se está a cuidar, como no caso, de dever previsto na Constituição Federal” (BRASIL. TJRO. Processo: 7017464-67.2016.8.22.0001 - APELAÇÃO CÍVEL. 1ª Câmara Especial. Relator: Desembargador GILBERTO BARBOSA. Data julgamento: 06/06/2019).

Outra importante exegese consta de acórdão, de relatoria do Desembargador Odivanil de Marins, em que foi imposta ao Estado de Rondônia a obrigação de contratação de profissional cuidador para aluno com necessidades especiais.

Restou assentado que a obrigação do Estado com os portadores de necessidades especiais não se esgota com a simples oferta da vaga, em condições iguais às aquelas oferecidas aos demais alunos, indo muito além, pois requer atendimento adequado dessas necessidades ditas especiais, a fim de assegurar a aprendizagem e o desenvolvimento, não somente dos alunos com deficiência, mas de todo o grupo.

Assim, “ao admitir alunos portadores de deficiência em suas escolas regulares, deve o Estado providenciar estrutura física (de acessibilidade, por exemplo) e de pessoal adequada para que o direito à educação seja realmente efetivo a todos os alunos” (BRASIL. TJRO. Processo: 7006951-28.2016.8.22.0005 - APELAÇÃO CÍVEL. 1ª Câmara Especial. Relator: Desembargador Odivanil de Marins. Data de julgamento: 18/06/2020).

Ainda, foi determinada a obrigação de fazer, consistente na contratação de intérpretes de libras para crianças surdas/mudas, em acórdão de relatoria do Desembargador Roosevelt Queiroz Costa (BRASIL. TJRO. Processo: 7000841-27.2018.8.22.0010 - APELAÇÃO CÍVEL. 2ª Câmara Especial. Relator: Des. Roosevelt Queiroz Costa. Data julgamento: 13/08/2019):

Apelação. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Intérpretes de libras para crianças surdas/mudas. Direito à educação. Desrespeito ao princípio de separação de poderes. Inocorrência. Improvimento. Cabe ao Poder Judiciário, na precípua missão de proteger o núcleo duro e inegociável do direito fundamental à educação, intervir e determinar que sejam adotadas as medidas necessárias a fim de proteger os interesses da população local. A discricionariedade administrativa não legitima condutas omissivas e lesivas a direitos fundamentais, não havendo que se falar em conduta judicial atentadora ao princípio da separação de poderes. In casu, a garantia de atendimento com profissionais intérpretes em libras para crianças surdas/mudas dá concretude ao direito à educação, e às normas constitucionais e legais que conferem direito ao atendimento especializado à pessoa com deficiência sensorial, sendo lícito ao Poder Judiciário impor a prestação do serviço público de forma contínua, notadamente por representar política pública dirigida a crianças e adolescentes, cujos direitos orientam-se pelos princípios da proteção integral e prioridade absoluta.

Pelo teor das decisões supra, resta assente que a educação constitui direito fundamental social e deve ser assegurado de forma solidária pelos entes federativos, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 205, 206, 208 e 227 todos da Constituição Federal e artigos 3º, 4º 11 e 54, III, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5) Considerações finais

Restou assentado, no curso do presente trabalho, que o direito à educação possui base constitucional, sendo um direito dotado da prerrogativa da fundamentalidade, com as características de universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade.

Ao discorrer sobre as colisões entre direitos fundamentais sociais, o professor Robert Alexy destaca que esses direitos são extremamente custosos (ALEXY, 2008), razão pela qual o Poder Público

comumente alega a cláusula da reserva do possível, a qual tem seu contraponto na teoria do mínimo existencial.

Malgrado divergências teóricas, há certo consenso na doutrina pátria no sentido de que o direito ao mínimo existencial envolve posições e vantagens asseguradas pelas normas definidoras do direito à saúde, à assistência social, à educação fundamental e de acesso à justiça.

Esse é o motivo pelo qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de atuação do Poder Judiciário na determinação de implementação de políticas públicas que visem à concretização do direito à educação, por ser este direito componente do mínimo existencial.

6) Referências

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

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito constitucional. Tomo I – Teoria da Constituição. 7a. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/08/2020.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 13 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19/08/2020.

BRASIL. LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Lei de diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 20 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 19/08/2020.

BRASIL. STF. RE 594.018 AgR, Relator Ministro. Eros Grau, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-20.

BRASIL. STF. ADI 5938. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 29/05/2019. Publicação: 23/09/2019.

BRASIL. STF. RE 201819/RJ. Segunda Turma. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. DJ 27-10-2006 PP-00064.

BRASIL. STF. RE 477554 AgR/MG. Segunda Turma. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 16/08/2011.

BRASIL. STF. ARE 639337 AgR/SP. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Publicação: 15/09/2011.

BRASIL. TJRO. Processo: 7017464-67.2016.8.22.0001 - APELAÇÃO CÍVEL. 1ª Câmara Especial. Relator: Desembargador GILBERTO BARBOSA. Data julgamento: 06/06/2019.

BRASIL. TJRO. Processo: 7006951-28.2016.8.22.0005 - APELAÇÃO CÍVEL. 1ª Câmara Especial. Relator: Desembargador Oudivanil de Marins. Data de julgamento: 18/06/2020.

BRASIL. TJRO. Processo: 7000841-27.2018.8.22.0010 - APELAÇÃO CÍVEL. 2ª Câmara Especial. Relator: Des. Roosevelt Queiroz Costa. Data julgamento: 13/08/2019.

CONTRERAS, Sérgio Gamonal. Procedimento de Tutela y Eficacia Diagonal de los Derechos Fundamentales. Revista Laboral Chilena, nov. 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio; tradução Luís Carlos Borges. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Zulmar; DA SILVA, Deise Marcelino. Acesso à água potável. Direito fundamental de sexta dimensão. São Paulo: Millennium, 2012.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JELLINEK, Georg. Sistema dei Diritti Pubblici Sucbiattivi. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 12a. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.