



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

FERNANDA RAQUEL THOMAZ DE ARAÚJO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E
REALINHAMENTO DA ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA NA
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO:
PROCESSO COLETIVO E A COGNIÇÃO DO JUDICIÁRIO**

FERNANDA RAQUEL THOMAZ DE ARAÚJO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E
REALINHAMENTO DA ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA NA
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO:
PROCESSO COLETIVO E A COGNIÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de mestre.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

A663c Araujo, Fernanda Raquel Thomaz de.
Controle judicial de políticas públicas e realinhamento da atividade orçamentária
na efetivação do direito à educação: processo coletivo e a cognição do judiciário /
Fernanda Raquel Thomaz de Araujo. – Londrina, 2013.
197 f. : il.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em
Direito Negocial, 2012.
Inclui bibliografia.

1. Direito fundamental social à educação – Teses. 2. Políticas públicas – Teses. 3.
Orçamento do Estado – Teses. 4. Controle Judicial – Teses. I. Bellinetti, Luiz
Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Ciências Sociais
Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 342.5

FERNANDA RAQUEL THOMAZ DE ARAÚJO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E
REALINHAMENTO DA ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA NA
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO:
PROCESSO COLETIVO E A COGNIÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia
UEL – Londrina - PR

Profa. Dra. Jussara S. A. Borges Nasser
Ferreira
UNIMAR B – Marília - SP

Londrina, 15 de agosto de 2013.

À Deus, pela vida, por seu amor e misericórdia, minha dependência diuturna, e pela graça da vida em seu amor.

Aos meus pais, Leonardo e Alzira, pelo amor, esforço desmedido e luta pela vida (deles e minha).

À minha irmã Rafaella e à nossa Duda, luz e renovo em nosso viver.

“Acreditamos que a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda.

Se a nossa opção é progressiva, se estamos a favor da vida e não da morte, da equidade e não da injustiça, do direito e não do arbítrio, da convivência com o diferente e não de sua negação, não temos outro caminho se não viver a nossa opção.

Encarná-la, diminuindo, assim, a distância entre o que dizemos e o que fazemos”. (Paulo Freire)

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo agraciar-me com as oportunidades, provisão, sustento, prazer e edificação, e pelos seus projetos e sabedoria mais alta que eu, que a tudo imprime sentido e opera em mim tanto o querer como o realizar.

À minha família por me ser o tão singular tesouro desta vida, o incentivo da caminhada, a emocionada e indelével lembrança de quem sou, de onde venho e para onde me é vital sempre voltar. Pelo operoso e dedicado amor... o incansável e sacrificado apoio... o infinito e atuante bem-querer... a perseverança e o esforço não negado à vida (para o viver) quando a realidade o exigiu.

Ao meu orientador, professor Luiz Fernando Bellinetti, não apenas pela distinção, urbanidade e fidalguia manifestada em todo o curso da orientação como por suas ponderações sempre sensatas e profícuas ao desenvolvimento da pesquisa.

Ao professor Bianco Zalmora Garcia, pela diligência na análise do trabalho para a qualificação e a presteza em partilhar seu refinado conhecimento interdisciplinar nos apontamentos precisos e, de certo modo catárticos, que a dogmática jurídica não nos desvelaria.

À professora Denise Weiss de Paula Machado, vocacionada e espirituosa formadora, cujos frutos assisti estampados no seu prestígio ímpar entre os seus educandos, pela privilegiada e fecunda oportunidade da sua supervisão nas disciplinas de estágio na docência.

Aos amigos queridos que daqui levo e brindo como um precioso legado que esse tempo de edificante e já saudoso convívio me trouxe, em especial às inexprimivelmente queridas (e infungíveis!) Lívia, Mayna, Nathália e Edvânia e ao Rafael, mais que pela atmosfera fraternal de permanente cooperação e incentivo mútuo, pelo amor e humor. Posso afirmar, foram vocês o maior tesouro e a melhor parte dessa jornada.

Ao Chico, que nesses dois anos vivenciados no programa nos dispensou incansável gentileza, simpatia, cordialidade e solicitude.

Ao Aurênio, pessoa singular e valorosa que Deus colocou na minha trajetória, agraciando-me com sua essência ímpar, amizade, zelo e aprendizado desmedido, além do incessante estímulo e encorajamento, fundamental ao meu crescimento e determinante para o início do enfrentamento desse desafio, e seu

exemplo vivo de resistência à mediocridade na operação do Direito.

À Luciana, amiga presente nessa travessia e expectadora diuturna dos bônus e ônus nela vivenciados, por seu apoio sempre terno, zelo e pela irmandade que o aprazível convívio desses anos nos gerou.

À Maria Célia, amiga e estímulo que ganhei nos dias em que eu perdia, exemplo de superação, sensibilidade e vontade. "Como o ferro com o ferro se afia, assim, o homem, ao seu amigo" (Provérbios 27:17).

À Ednalda, que na sensibilidade de seu espírito amoroso e sólidamente comprometido com o Evangelho, em sabedoria me conduziu à descoberta do melhor presente da vida: o amor de Deus, em seu Filho e na companhia do seu Espírito.

Aos amigos de ontem e sempre, em ordem de ingresso na minha vida, Cris, Lilian, Lindomar, Flávia e Marisa, Jéssica, Sabrina, Gabriela, Ana Maria, Cristiane e Mariângela, que gravaram em mim seu afeto e marca indelével.

ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de. **Controle judicial de políticas públicas e realinhamento da atividade orçamentária na efetivação do direito à educação: processo coletivo e a cognição do judiciário.** 197 f. Dissertação de Mestrado em Direito Negocial/UEL. Londrina, 2013.

RESUMO

A regência constitucional do direito fundamental social à educação difunde, a todas as funções do Estado, uma determinação vinculativa para a atividade pública voltada à adoção de medidas que viabilizem seu gozo e fruição (políticas públicas). A alocação de recursos na implementação desse direito dotado de eficácia plena e imediata aplicabilidade, de importância basilar à edificação do Estado Democrático e à persecução republicana ao desenvolvimento, não representa assunto adstrito a decisões de índole administrativa, pautadas em critérios de conveniência e oportunidade. A articulação dos gastos públicos não se reserva exclusivamente à deliberação política, já que considerável espectro das escolhas públicas já está marcado por opções constitucionalmente definidas. Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades e objetivos estatais por ela declarados (artigo 3º). A projeção da reserva do possível não pode ser admitida como uma limitação absoluta, tampouco como fundamento para a omissão do Estado frente à exigência da promoção de direitos que compõem o mínimo existencial – como o é o direito fundamental social à educação (§ 1º do art. 208 da Constituição). Opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário para permitir a concretização dos direitos fundamentais sociais lesionados pela ação ou omissão estatal, com a determinação de que os demais Poderes promovam a prática de atos orçamentários cabíveis e afinados à diretriz constitucional. Nesse substrato, é balizada a importância do papel da Jurisdição, enquanto instância última na salvaguarda da Constituição e de suas normas, diante da sujeição da atividade de todas as formas de expressão do poder estatal à Constituição e do reconhecimento de seu caráter imperativo na definição e destinação dos gastos públicos. Em atenção a essa problemática, a pesquisa teórica é desenvolvida em torno da utilidade e adequação do processo coletivo para esse exame jurisdicional, sob esse enfoque da exigência de alinhamento da atividade orçamentária do Estado às diretrizes, prioridades e fins constitucionais. Delimitada a esse molde a admissibilidade ao controle judicial – qual seja, a avaliação e ajuste de opções orçamentárias implementadas nas atividades administrativa e legislativa do Estado e sua vinculação (por provimento jurisdicional) à prática de atos orçamentários cabíveis que permitam a concretização dos direitos fundamentais sociais lesados – e identificada a tutela coletiva como ambiente processual mais hábil e adequado para recepcionar jurisdicionalmente esse debate e lhe articular um tratamento democrático, a pesquisa se propõe à digressão de uma perspectiva teórica que potencialmente se habilite a otimizar a utilidade e o funcionamento desse veículo instrumental. Nesse sentido, o estudo desafia a investigação de propostas adequadas para a cognição judicial das políticas públicas no processo coletivo dessa natureza, momento em que é lançada uma tentativa de identificação do objeto dessa cognição e uma ponderação sobre a necessidade de diferenciação desta análise conforme o momento processual da demanda (fase de conhecimento e fase de cumprimento de sentença). Em seu avanço, é assimilada ao trabalho a asserção de aspectos diferenciados concebíveis para o provimento jurisdicional resultante dessa categoria de litígio e que melhor viabilizem a efetividade de sua consecução, esforço que incita à exploração da máxima da proporcionalidade como critério limitador e harmonizador da intervenção judicial em políticas públicas.

Palavras-chave: Direito fundamental social à educação. Políticas públicas. Orçamento do Estado. Controle Judicial. Processo Coletivo. Cognição.

ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de. **Controle judicial de políticas públicas e realinhamento da atividade orçamentária na efetivação do direito à educação: processo coletivo e a cognição do judiciário.** 197 p. Dissertação de Mestrado em Direito Negocial/UEL. Londrina, 2013.

ABSTRACT

In the form advocated in the Constitutional Charter, the social right to education is to be regarded as binding determination for Public Administration, imposing to the Administrator the adoption of measures that allow its using, not admitting that the implementation of this right of fundamental importance for the building of a democratic state to be circumscribed to administrative nature decisions, guided by the criteria of convenience and opportunity. The articulation of public spending is not reserved exclusively to political deliberation, because a considerable spectrum of public schools is already marked by constitutionally defined options. Any choice of resources allocation must observe the minimum standards set by the Constitution, as well as the list of priorities it establishes. Projects, both for the placement of everyaction of the Government to the Constitution and recognition of the imperative character definition and allocation of public spending - observed that considerable spectrum of public choices is already marked by constitutionally defined options - substrate exponentiation that is fastened to the role of Jurisdiction, while last instance in safeguarding the Constitution and its rules. Budget's options can be invalidated by the Judiciary in order to allow the realization of fundamental social rights (or at least the minimum existential) injured by the omission of the state, with the determination destined to the other Powers requiring the adoption of the practice of budget's acts in tune with the guideline constitutional. The projection of "under reserve of the possibilities" clause may not be admitted as an absolute limitation, nor as complacent plea for state's inertness in the requirement of the promotion of rights that composes the existential minimum - as is the fundamental social right to education (§ 1 of Art. 208 of the Constitution). The research is grounded in the utility allowance and appropriateness of the collective process for judicial examination of public policies that (allegedly) injure or violate fundamental social rights and the determination of its realignment, under the focus of the activity requirement of adequacy of the state budget guidelines, priorities and constitutional purposes. Delineates, there, where the prospect of opening this judicial review - the assessment and the adjustment of budgetary options implemented by administrative and legislative activities of State and its link (for jurisdictional provision) to reasonable budget acts that allow the realization of fundamental social rights injured - and identified as the collective protection equipment and adequate procedural skilful to receive this discussion and articulate their democratic treatment, research is delimited to advance (without the pretension of exhausting the subject) the study brought about the scope of cognition of public policies by the Judiciary in this collective process of nature then worked. In this sense, the investigation is launched in an attempt to identify the object of that cognition and the weighting on the need to differentiate this analysis as procedural moment demand (knowledge phase and sentencing phase of compliance). In this sense, the study challenges the research proposals for judicial cognition of public policies in the collective process of this nature, when it is observed an attempt to identify the object of this cognition and a consideration of the need for differentiation of this analysis in two procedural moments of the demand (before and after sentence). In its advance, it is assimilated to test the assertion of differentiated aspects conceivable for jurisdictional provision - resulting in this category of litigation - that best enable the effectiveness of its achievement, finalizing the work on the maximum exploitation of proportionality as a limiter and harmonizer criterion of judicial intervention in public policy.

Keywords: Fundamental social right to education. Public policies. State budget. Judicial review. Collective process. Cognition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO	18
1.1 NATUREZA E DISCIPLINA NORMATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	18
1.1.1 Dimensão Objetiva do Direito Fundamental Social à Educação.....	22
1.1.2 Dimensão Subjetiva do Direito Fundamental Social à Educação	26
1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EDUCAÇÃO.....	31
1.3 PREMÊNcia DE SUA EFETIVIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO E SÓCIO-ECONÔMICO E SUA INDISSOCIABILIDADE DO PROCESSO DEMOCRÁTICO	40
1.4 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS ENUNCIADORAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO	53
2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FONTE DE FINANCIAMENTO A DEMANDA ECONÔMICA DE SUA REALIZAÇÃO NA ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA	65
2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO E RELAÇÃO COM O MODELO DE ESTADO.....	65
2.2 ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, PREVISÃO E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO: O ORÇAMENTO COMO INSTRUMENTO PARA A REALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DO ESTADO	73
2.3 A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	85
2.4 A ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA E DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ALOCAÇÃO DE RECURSOS	91
2.5 ORÇAMENTO PÚBLICO E A PREMÊNcia DO MÍNIMO EXISTENCIAL	95
3 A JURISDIÇÃO COMO INSTÂNCIA ÚLTIMA NA TUTELA DE DIREITOS E SALVAGUARDA DA CONSTITUIÇÃO	102
3.1 A JURISDIÇÃO E SUA INAFSTABILIDADE NA NOVA REALIDADE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL	103

3.2	O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ENFRENTAMENTOS NECESSÁRIOS À SUA JUSTIFICAÇÃO.....	107
3.2.1	Ofensa à Separação dos Poderes: Impropriedade de sua Invocação Por Decorrência Lógica da Inafastabilidade da Jurisdição	108
3.2.2	Violação da Discricionariedade Administrativa: a Discricionariedade da Administração Pública na Constituição Federal.....	113
3.2.3	A Legitimidade da Jurisdição no Regime Democrático.....	118
3.2.4	“Reserva do Possível” e sua Superabilidade: A Vinculação da Prática Orçamentária às Prioridades e Diretrizes Constitucionais de Alocação de Recursos.....	123
4	O PROCESSO COLETIVO COMO VIA ADEQUADA À TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: COGNIÇÃO JUDICIAL E A PERSPECTIVA DE REALINHAMENTO DA ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA ÀS DIRETRIZES E PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS.....	133
4.1	O TRATO COLETIVO COMO VIA ADEQUADA À TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	133
4.2	INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE NATUREZA COLETIVA PASSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	142
4.3	O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO COLETIVO	151
4.3.1	O Objeto de Cognição no Processo Coletivo de Tutela de Políticas Públicas e Sua Análise Diferenciada Nas Fases Processuais de Conhecimento e Cumprimento de Sentença	152
4.3.2	Características Diferenciadas do Provimento Jurisdicional para a Efetividade de sua Consecução: O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Limitação e Harmonização da Intervenção Judicial em Políticas Públicas.....	159
	CONCLUSÃO	171

REFERÊNCIAS..... 181

ANEXOS 194

ANEXO A - Ementa do Acórdão proferido no julgamento do ARE 639337
AgR, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma,
julgado em 23/08/2011 195

INTRODUÇÃO

É dilema corrente no processo de globalização – intensamente tangenciado por temerária flexibilização de direitos sociais - o agravamento das desigualdades sociais, de onde se vêem arraigadas as marcas da pobreza e exclusão social, em dinâmica que produz grave impacto na proteção dos direitos humanos e na promoção de cidadania na arena mundial.

A redefinição do papel do Estado no tocante à implementação de direitos humanos desponta como uma agenda inevitável e imperiosa para se enfrentar o cenário de desequilíbrio e o arriscado processo de desmantelamento das políticas públicas sociais aí gestado.

Essa problemática inspira a releitura consciente da função dos Estados para o necessário reforço de sua responsabilidade frente ao desafio de realização e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, encargo que legitimamente recebe a expectativa de seu atendimento a partir de uma ação governamental que promova a igualdade social, enfrente positivamente as desigualdades sociais, compense desequilíbrios criados pelos mercados e assegure o desenvolvimento social sustentável.

Dentro da realidade contemporânea de imensa exclusão de grande parcela da humanidade da marcha do desenvolvimento e da efetiva vivência do conceito da dignidade humana, a educação merece ser assimilada como um exponencial recurso para se enfrentar a nova estruturação do mundo, determinante na continuidade e rumos do atual processo de desenvolvimento econômico e social.

A efetivação e desenvolvimento do direito à educação representa, assim, um desafio capital do mundo moderno, que inflama discussões, não somente na esfera dos Estados, organizações internacionais e civis, como também na sociedade e comunidade científica, para o exame de deficiências, possibilidades e soluções à transposição de entraves que vulneram a concretude dos mecanismos declaratórios e garantidores da educação formal.

Ao servir como condição inerente à realização dos outros direitos, ou seja, como base constitutiva na formação humana, bem como na defesa e constituição dos outros direitos econômicos, sociais e culturais, a adequada promoção da educação manifesta um autêntico veículo de dignidade e potencialidade para o desenvolvimento, habilitador ao exercício das liberdades

públicas e à experiência do convívio na arena social, qualificador para o trabalho (espaço notavelmente propulsor ao desenvolvimento sócio-econômico) e que, visto se imbricar à preparação humana para a coordenação consciente e sadia com o Estado e a sociedade - exercício da cidadania -, desponta como recurso vital ao edifício democrático.

Por todos os ângulos que se possa analisar, a boa educação se apresenta como um instrumento possibilitador do processo democrático, indissociável da formação e capacitação do cidadão para o acesso aos espaços públicos, modo porque todo investimento voltado à sua implementação corresponde, em última instância, a investir na própria democracia, eis que essa se estrutura na plena cidadania.

A resposta satisfatória à essa dimensão articulada na agenda dos Estados há de ser engendrada, inevitavelmente, em uma postura estatal – através de políticas públicas – sólidamente comprometida com a qualidade do sistema educacional, para a oferta de um ensino apto a gestar no indivíduo o seu papel de co-partícipe do processo democrático.

A educação, enquanto direito humano internacionalmente reconhecido, surge também como estandarte no enfrentamento dos aclamados desafios da modernidade: a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social. Afinal, é indubitável que essa trajetória de superação está diretamente vinculada à informação e instrução dos governáveis, à elevação do nível cultural, ao desenvolvimento da capacidade de discernimento político e suficiente compreensão dos direitos titularizados, para daí, então, exercitar-se adequadamente a cidadania e reivindicar-se o acesso à ordem jurídica justa.

Em confronto com a premência dessa perspectiva, é deparada nevrálgica debilidade do Estado brasileiro na estruturação de seu sistema público de educação de base – naturalmente plataforma da formação educacional da parcela mais fragilizada da população -, isso em claudicação frequentemente ‘amparada’ no argumento de escassez e limitação dos recursos públicos, realidade que parece funcionar num pernicioso quadro de timidez governamental diante do encargo de adequada implementação do direito à educação, em moldes de qualidade e equidade, como preconizado na Carta Constitucional.

É uníssona a denúncia de que a universalização e qualificação da educação básica no Brasil ainda expressa uma promessa de realização, carecendo

de intenso e prioritário investimento em termos de políticas públicas educacionais no sentido de garantir a igualdade substancial na fruição desse direito definitiva e irrevogavelmente radicado entre os direitos fundamentais reconhecidos e tutelados na ordem jurídica de 1988, inclusive na condição expressa de direito público subjetivo.

Ocorre que uma análise sistêmica da contextualização normativa desse direito – matizada nas premissas da força normativa e da máxima efetividade das normas constitucionais (especialmente aquelas que tutelem, em seu núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana) – parece até mesmo impor o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata e de sua justiciabilidade, além da identificação da natureza jurídica vinculativa das diretrizes constitucionais que tratam dos moldes de sua efetivação.

No formato e conteúdo de seu arranjo na Constituição Republicana, o direito fundamental social à educação nitidamente veicula essa determinação vinculativa que arroga à Função estatal a incumbência de adoção das medidas que viabilizem seu gozo e fruição, não se admitindo que a implementação deste direito de importância crucial para a edificação do Estado Democrático esteja adstrita a decisões de índole administrativa, pautadas em critérios de conveniência e oportunidade.

Ao se discernir a demanda econômica como aspecto inerente a esta atividade pública prestacional e reconhecer que justamente através do orçamento é que são instrumentalizadas as políticas públicas – mediante o emprego de receitas previamente disponibilizadas, conforme planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais (artigo 165, incisos I a III, da Constituição Federal) -, parece de rigor enxergar, na prática orçamentária, um instrumento de governo catalisador do desenvolvimento social, político e econômico.

A Carta Fundamental brasileira traz em seu bojo um razoável elenco de normas de ordem financeira, o que faz ao especificar uma série de diretrizes, programas e fins voltados a orientar a atuação estatal, delimitar as competências orçamentárias dos entes públicos, além de disciplinar as respectivas receitas e despesas, em uma sistemática de indissociável conexão com os demais valores e princípios constitucionais, todos balizados para a efetivação dos princípios humanistas e democráticos colimados na Lei Maior, e outros princípios próprios da atividade financeira estatal.

Assim, são positivados constitucionalmente uma série de comandos afetos à destinação de recursos e sua distribuição aos vários entes federativos, dentro do que doutrinariamente se trata por constituição orçamentária, subsistema da Constituição financeira.

Coube à disciplina do financiamento do direito à educação alcançar significativo espaço dentro dessa regência orçamentária constitucional, no instante em que lançada uma clara e precisa atenção do legislador constituinte sobre a determinação de destinação de recursos a ele afeta, além de uma singular cautela na vinculação de recursos financeiros destinados à sua provisão.

Não obstante todo o prospecto constitucional acerca da distribuição dos recursos públicos e a vinculação da atividade pública a essas normas, diversas situações lesivas podem confrontar esses vetores: a não destinação correta de recursos ou a sua destinação insuficiente em face das demandas existentes; a omissão na implementação de políticas públicas na área da educação e não distribuição adequada ou, até mesmo, o não atendimento às exigências constitucionais relacionados à promoção das garantias de universalidade, qualidade e progressiva expansão do ensino obrigatório.

Diante desse contingente, é sobremodo consentâneo que o contexto evolutivo do Estado contemporâneo e suas pretensões de desenvolvimento institucional, social, político e econômico, desponta a premência da garantia e efetivação dos direitos fundamentais sociais, assentados na ordem constitucional vigente como diretriz primeira a nortear a atividade estatal em todas as suas formas de manifestação de Poder, desafio que impõe a mais ampla perspectiva de cuidado e tutela na realidade social.

Eleva-se, nessa amplitude, a conformação da Função Jurisdicional como também braço do Estado que se volta à essa agenda democrática e avança à releitura e readequação do papel da Jurisdição na nova estrutura normativa que desde a Carta de 1988 orienta e disciplina o Estado e sociedade brasileira, para impingir a essa função estatal a conjunta responsabilidade de persecução das metas republicanas.

No desígnio de manifestar a viabilidade do tema explorado, a sustentação da legitimidade de uma atuação do Judiciário na avaliação e correção de políticas públicas - implementadas ou negligenciadas pelos demais poderes do

Estado – induzirá razoável digressão teórica em torno das oposições mais emblemáticas confrontadas nesse exercício.

A exploração da censura afeta à ofensa ao princípio da separação dos Poderes, que talvez represente a mais inflamada resistência à atividade jurisdicional nessa seara, parece reivindicar uma leitura atual daquele axioma que tonifica o debate, em abordagem pautada na ruptura com o apego ao positivismo jurídico e na análise sistemática dos princípios diretivos e da estrutura institucional do Estado equacionados na Constituição.

A semelhantemente comum objeção fundada no argumento da impossibilidade de invasão do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, sugere investigar se esse emblema consegue preservar inalterados os seus limites e conteúdo tradicionais - outrora trabalhados na ciência jusadministrativa -, e se pode ser racionalmente justificado à luz do redimensionamento sistêmico da discricionariedade a partir da Ordem Fundamental inaugurada em 1988.

Embate que frequentemente aí se lança, aliás, é o da ausência de legitimação democrática dessa atividade que parece recepcionar, todavia, nada além do que o contingente natural do reconhecimento dos direitos fundamentais, ao lado da positivação de sua aplicabilidade imediata, o que dilata sobremaneira as matérias passíveis de formar fundamentos jurídicos que demandam a indeclinável atividade da Jurisdição.

Além dessas discussões de ordem preponderantemente teóricas, a partir do discernimento de que o planejamento e a consecução de políticas públicas exigem a inequívoca a disponibilidade de substrato econômico pelo Estado, o Direito é incitado também a fecundar respostas adequadas à desafiadora realidade da finitude de recursos públicos e sua possível insuficiência para a satisfação de todos quanto reclamam atendimento estatal, conflito que é explorado na argumentação em torno da “reserva do possível”.

Ora, se as políticas públicas implementadas e executadas pela Administração inevitavelmente vinculam a alocação de recursos públicos previamente disponibilizados, conforme leis de diretrizes orçamentárias e, se a Constituição Federal, ao delinear os objetivos aos quais o Estado se vincula, igualmente levanta - com certo grau de precisão -, além de limites formais relativos à digressão da destinação orçamentária, limites materiais a orientar e conformar a gestão estatal, estará autorizado o emprego de receitas públicas em inobservância a

essas diretrizes vinculantes na persecução das prioridades e objetivos republicanos?

Uma vez que as políticas públicas implementadas e executadas pelos poderes políticos exigem, inevitavelmente, recursos previamente disponibilizados (conforme leis de natureza orçamentária), não é recente a polêmica que permeia o tema, residindo a sua tônica no questionamento acerca da obrigatoriedade de implementação – pelos agentes políticos originariamente legitimados – daqueles direitos sociais definidos como fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito, mesmo quando escassos ou ausentes recursos financeiros a lhes oferecer suporte.

É nesse palco casuístico que o atual desenvolvimento da processualística moderna - vertiginosamente afetada pelo movimento de constitucionalização – tem permitido inflamar o estudo e a tentativa de se operar, principalmente no trato coletivo de direitos, a cooperação (vinculada) do Poder Judiciário no atingimento dos objetivos do Estado, insculpidos na Constituição da República.

Além da compreensão de que a afronta (comissiva ou omissiva) aos direitos fundamentais sociais, entendidos como interesses difusos, deva ser examinada e eventualmente reparada por meio do processo de alcance coletivo – pela dimensão social de seus resultados -, é hoje presente também o entendimento desses instrumentos como um relevo também adequado para o tratamento de atos omissivos do Estado, hesitação que geralmente não era recrudescido diante de atos comissivos representados por políticas públicas ilegais ou inconstitucionais.

Todavia, em que pese a marcha ascendente perfilhada pelo trato coletivo de direitos metaindividuais – sendo hoje alçada a caminhada para um Código Brasileiro de Processos Coletivos e também para uma teoria geral -, essa plataforma instrumental não tem sido proficuamente explorada em seu potencial de dar vazão a uma utilidade que deveria representar um dos seus principais objetivos: a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Para conduzir a pesquisa à investigação do ambiente processual que melhor a possa recepcione a natureza de conflitos estudada e, ainda, explorar propostas deontológicas que se apresentem para o seu mais adequado tratamento, avançar-se-á nessa exploração em torno da cognição judicial em matéria de políticas públicas no âmbito do processo coletivo e o seu cotejo com o arranjo teórico que se

sustenta como perspectiva mais apta e catalisadora à efetividade no desenvolvimento dessa atividade pela Jurisdição, isso mediante a especial atenção à formação do provimento jurisdicional e à sua efetividade.

Sempre à luz da perspectiva de que o direito processual deva ser estruturado e atuado como instrumento catalisador e a serviço da efetivação dos direitos fundamentais (e não como obstáculo a essa demanda), aí se projetará a análise do âmbito de cognição das políticas públicas no processo coletivo, em aspectos como seu objeto, limites, possibilidades de efetividade e critérios à uma adequada consecução do provimento jurisdicional, exame que se justifica na necessidade de otimização da utilidade democrática desses instrumentos.

A cautela dessa delimitação do âmbito de cognição das políticas públicas nesse trato jurisdicional emerge como demarcação indispensável para se evitar uma ilegítima e injustificada invasão nas atribuições institucionais das demais formas de manifestação do poder do Estado, sob pena de corromper a idoneidade do processo coletivo, além de se insuflar potencial crise institucional.

Nesse propósito de se delinear uma perspectiva teórica que melhor se habilite para a adequação da atividade jurisdicional (e sua cognição) e harmonização (institucional e constitucional) do seu exercício, e que mais atentamente possa aparelhar o processo coletivo desafiado a compor a modalidade de pretensão jurídica em estudo, será igualmente oportuna a abordagem de características especiais que qualifiquem seu provimento, no sentido de otimizar a sua consecução.

Ao se conceber essa abertura sistêmica à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e a sua ampla cognição - a partir da admissão do direito de ação diante de ofensa aos direitos fundamentais sociais -, será imperiosa à pesquisa, enfim, a tentativa de identificação de elemento norteador à prevenção do emprego de soluções desarrazoadas e desproporcionais, e que funcione, em última análise, como um critério limitador da atuação nesse modelo.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

A análise científica do direito à educação nesta pesquisa há se efetivar mediante uma investigação exegética de sua estrutura normativa dentro do nosso sistema jurídico, aliando à sua exploração uma abordagem dialética de sua função social para além do estudo exclusivamente dogmático do direito.

Neste sentido, lança-se sobre o direito à educação uma perspectiva deôntica, embasada em valores e princípios de índole constitucional que lhe conferem uma matriz normativa que exige, por assim dizer, a investigação de sua posição jurídica na ordem constitucional como norma jusfundamental.

1.1 NATUREZA E DISCIPLINA NORMATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Constitucional disciplina que a República Brasileira, “constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (artigo 1º) e, orientada pelos elevados valores de justiça social, igualdade e solidariedade, edifica como objetivos fundamentais do Estado brasileiro “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º).

Adiante, de forma particularizada (Título II), relaciona os direitos e garantias fundamentais, onde então assenta os direitos sociais (capítulo 2, artigo 6º), inserindo, dentre eles, o direito à educação, ao qual franqueia uma posição normativa de destaque. Isto porque, além de sedimentá-lo como direito fundamental social, deferiu-lhe o status de direito público subjetivo (artigo 208, § 1º), articulando-lhe a garantia de exigibilidade frente ao Estado, em razão de sua indissociabilidade e caráter estratégico na tarefa de concretização do projeto democrático.

Assim positivado, o direito à educação desponta com status perfeitamente definido entre os direitos fundamentais, constituindo um meio positivo

para dar possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades¹, e tal relevância normativa não lhe adveio despropositadamente.

A exponência da matéria se traduz na propriedade da educação enquanto aparelho à reivindicação e alcance de outros direitos igualmente essenciais ao ser humano - viabilizador das liberdades públicas, da igualdade fática, da participação cidadã, da inclusão social -, o que a traduz como efetivo instrumento de justiça social e propriamente, em última instância, um objetivo fundamental a ser atingido pelo Estado Democrático de Direito instaurado com a Ordem Fundamental de 1988.²

A educação formal – enquanto bem público tutelado pelo Estado mediante políticas públicas -, principalmente a de nível fundamental, constitui-se mecanismo essencial para o processo formativo e informativo do cidadão, motivo pelo qual assume um carácter de essencialidade para a vida e dignidade humana, imanente à formação do ser humano³ - de forma integral – e sua preparação para o trabalho, para o exercício da cidadania democrática e para a convivência responsável e consciente na sociedade moderna.⁴

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151.

² A exponência arrogada à educação é naturalmente identificada na atribuição – até mesmo pela Organização das Nações Unidas – ONU – de aspectos além da simples carência material ao conceito de exclusão social, relacionando-a com a questão do desenvolvimento/oportunidade: “[...] o maior problema das populações pobres não é propriamente a fome, mas a falta de cidadania que os impede de se tornarem sujeitos de história própria, inclusive de ver a fome que lhe é imposta.” (DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social: polêmicas do nosso tempo*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2002. p. 5). Assim, o projeto emancipatório precipuamente residiria na questão do desenvolvimento e oportunidade, de onde a educação figuraria como seu indicador principal, mais que por através dela ser possível a construção de oportunidades, pelo fato de que a partir dela ele se faz oportunidade e se capacita a “[...] construir consciência crítica histórica, organizar-se politicamente para emergir sujeito capaz de história própria [...]”. (DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social: polêmicas do nosso tempo*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2002. p. 28-31).

³ A fundamentalidade do assunto fica bem discernida na seguinte noção sintetizadora do pensamento pedagógico oficial da humanidade para o século XXI - trabalhada em relatório de Jacques Delors para a UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura –, de onde delineados – na composição do entendimento de diversos estudiosos e instituições a respeito do perfil a ser assumido pela educação atual para fazer frente aos desafios contemporâneos da realidade social – quatro pilares a reger o empreendimento da educação: *aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser*. “A educação deve transmitir, de fato, de forma maciça e eficaz, cada vez mais saberes e saber-fazer evolutivos, adaptados à civilização cognitiva, pois são as bases das competências do futuro. [...] Para poder dar resposta ao conjunto das suas missões, a educação deve organizar-se em torno de quatro aprendizagens fundamentais que, ao longo de toda a vida, serão de algum modo para cada indivíduo, os pilares do conhecimento: *aprender a conhecer, isto é adquirir os instrumentos da compreensão; aprender a fazer, para poder agir sobre o meio envolvente; aprender a viver juntos, a fim de participar e cooperar com os outros em todas as atividades humanas; finalmente aprender a ser, via essencial que integra as três precedentes. É claro que estas quatro vias do saber constituem apenas uma, dado que existem entre elas múltiplos pontos de contato, de relacionamento e de permuta*”. (DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília – DF: MEC: UNESCO, 2006. p. 89-90).

⁴ Pressupõe-se para este processo educativo a possibilidade de desenvolvimento de consciência crítica até mesmo para adequada compreensão dos espaços públicos e privados, seu acesso e fruição (seja de forma individual ou coletiva) e respeito à pluralidade e ambiente comum.

O direito fundamental social à educação tem sua regência constitucional nos artigos 205 ao 214 da Carta Republicana de 1988. O núcleo de fundamentalidade deste direito é balizado, todavia, na dicção dos artigos 205 ao 208⁵ que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, são os dispositivos que compõem a “essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal”⁶.

O artigo 205 regulamenta que a educação é “um direito de todos e dever do Estado e da família”, a ser promovido e incentivado com a colaboração da

⁵ CAPÍTULO III DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO Seção I DA EDUCAÇÃO

Art. 205. 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.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

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

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

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

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

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

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 354.

sociedade, isto “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Deste modo, a premissa inaugural declinada no Texto Republicano vincula a prestação da educação como dever atribuído ao Estado⁷, que deve satisfazê-lo com a colaboração de toda a sociedade e da família.⁸ Assim conferido o encargo, é salutar a compreensão prévia de que este empreendimento da atividade estatal no campo educacional não se reclama descriteriosa ou discricionariamente, mas sim essencialmente pautado numa atuação conforme os princípios, direitos e diretrizes constantes do projeto educacional encetado pela Lei Fundamental.

Além disso, este mesmo artigo 205 igualmente delinea - ao consagrar como um “direito de todos” a educação - o polo ativo de sua prestação - a dizer, por via reflexa, homens e mulheres, adultos e crianças, sem qualquer preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 5º, *caput*) -, comando que enfatiza, neste tratamento, o caráter universal do direito à educação.

Para mais adequada exploração da regência normativa-constitucional nesse campo, tecido esse prévio delineamento da alocação da disciplina do direito à educação na Constituição Federal, entende-se oportuno à pesquisa aquilar sistematicamente aspectos que compõem o âmago desse objeto teórico, tais como: suas dimensões objetiva e subjetiva, seus princípios e objetivos fundamentais, as questões em torno de sua eficácia e efetividade.

1.1.1 Dimensão Objetiva do Direito Fundamental Social à Educação

A compreensão dos direitos fundamentais como aqueles “pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade”⁹ (sendo o indivíduo livre e digno só se o for no seio de

⁷ O aparelhamento deste múnus é divisado na perspectiva histórica do Estado Social, precursor de um “[...] redimensionamento das funções do Estado, que passou a assumir uma série de novas tarefas e encargos, dentre as quais a de cuidar da saúde e da educação, da população carente, disciplinar mercados, proteger trabalhadores dos seus patrões e proporcionar assistência aos idosos e desamparados”. (SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-313).

⁸ A presença da família e da sociedade no pólo passivo do direito à educação denota que o projeto educacional não se confunde com a simples instrução técnica, mas que impende também englobar todo o necessário à completa formação humana, social e ética do indivíduo.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001. p. 110.

uma comunidade livre; e a comunidade só sendo livre se composta por homens livres e dignos) reflete ao direito à educação uma essencialidade captada categoricamente na doutrina de J. J. Gomes Canotilho: “[...] abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais”¹⁰.

No substrato teórico contraposto ao binômio “indivíduo-sociedade”, efetiva parcela da doutrina sustenta a existência de uma dupla dimensão jurídica dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva), dado que

os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.¹¹

Daí que o âmbito de proteção de tais direitos não apenas se circunscreve à esfera individual - como caracteres que outorgam ao particular o poder de exigir do Estado a fruição dos bens tutelados pelo direito fundamental -, mas sim, ainda mais, integra “[...] uma ordem objetiva de valores que legitima a ordem jurídico- constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente a atuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito.”¹²

Essa dupla dimensão dos direitos fundamentais atinge, via reflexa, o modo de ser do direito à educação quanto ao seu alcance e efetividade, já que sua dimensão objetiva trabalha além dos limites da relação indivíduo-Estado – para se lançar diretamente à sua própria inserção na sociedade -, motivo porque seu estudo interessa sobremaneira à pesquisa.

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474.

¹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 110.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 57-58.

A referida dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹³ é comumente difundida na doutrina como representando, antes de mais nada, uma ideia de complemento, expansão ou mesmo desenvolvimento dos direitos fundamentais.¹⁴

Tal noção de irradiação pode ser percorrida na lição de Daniel Sarmiento que afirma: “[...] o mais essencial numa constituição são os valores fundamentais em que esta se apoia, e a principal fonte desses valores encontra-se nos direitos fundamentais. [...] À medida que os direitos fundamentais proclamam um sistema de valores sobre o qual repousa a unidade da ordem jurídica, já será possível postular a irradiação dos seus efeitos sobre todo esse ordenamento”¹⁵.

Essencial à compreensão dessa valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo é a aceção de que, além de sua função de defesa¹⁶, estes detêm igualmente uma função viabilizadora e de fomento à liberdade, tomados como ônus jus-sociais constitucionalmente vinculantes e que representam, por assim dizer, “[...] decisões constitucionais jurídico-objetivas de valor que são válidas em todos os domínios da ordem jurídica e que dão directivas à legislação, à administração e à jurisprudência”¹⁷.

¹³ Seu desenvolvimento doutrinário é usualmente relacionado historicamente (além da edição da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949) com decisão proferida pela Corte Federal Constitucional Alemã no caso Lüth, ocasião em que, na mesma linha de entendimento formulado em julgados anteriores, foi “[...] consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 143).

¹⁴ Seu conteúdo e alcance, entretanto, não raro são carecedores de consenso, “[...] coincidindo, pelo menos, na sua tradução em deveres de conformação institucional e de organização e procedimento, bem como em deveres de prestações que impendem objectivamente sobre o Estado” (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 59).

¹⁵ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria, In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 251-313. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 260-261.

¹⁶ Esta contextualização é alinhada por Jorge Reis Novais (*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 73): “Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal”.

¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 74-75.

Aí se assenta, portanto, uma projeção de que, “[...] quanto mais gravosa for a diminuição das oportunidades fáticas de liberdade, mais será a força vinculativa dos impulsos que emanam das disposições de direitos fundamentais”¹⁸.

Elabora-se, ainda, imanentemente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais aquilo que José Carlos Vieira de Andrade¹⁹ designa como eficácia externa ou eficácia irradiante destes direitos, qualificando-os como uma ordem objetiva ou sistema de valores que apresenta uma “[...] força conformadora, potencialmente expansiva a toda ordem jurídica [...]”.

Embora a abordagem desse efeito irradiador se insira mais adequadamente ao se cuidar da eficácia e efetividade das normas disciplinadoras do direito à educação, é de se tratar, ainda neste ponto, a noção salutar de que esta eficácia irradiante compreende o direito a procedimentos e organização tendentes à efetivação dos direitos fundamentais, alcançando, nesta perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a esfera da organização e o procedimento da atividade pública²⁰.

Trata-se de conceber, em relação ao Estado – e seu comprometimento com os direitos fundamentais -, a imposição da existência de normas procedimentais e de organização aptas a conferir efetividade esses direitos, ambiente em que - variando o caráter vinculativo da imposição, em face da indeterminação do imperativo de conformação – é sustentada²¹ até mesmo a imperiosidade de um controle das opções legislativas diante de violação ao núcleo essencial ou mínimo adequado de proteção de um direito fundamental.

Com isso, essa dimensão objetiva ainda traz deveres concretos de atuação do Estado no sentido da garantia de proteção aos direitos fundamentais contra ofensa decorrente da própria atividade pública, assim fortalecendo, como ressalta Ana Carolina Olsen²², “o caráter positivo que todos os direitos fundamentais podem assumir, mesmo os clássicos direitos de defesa, na medida em que todos

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 75.

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 143.

²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 145.

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 148.

²² OLSEN, Ana Carolina. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 93-94.

exigiriam – como função autônoma e independente de sua subjetividade – a proteção do Estado, para o qual, por certo necessário se faz a adoção de medidas prestacionais” (o que, via de consequência, reclama seu custeio pelo Estado).

Naturalmente, portanto, a força normativa de que é imbuída a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se voltará a dirigir e condicionar toda a atividade estatal, conformando a ação de todas as formas de expressão do Poder Público em suas diversas esferas e atividades, vinculando-os a agir segundo os valores plasmados nos direitos fundamentais, tomados aí como parâmetros à realização das funções do Estado na persecução de seus objetivos.²³

Projetando-se sobre o direito à educação o então assimilado, tem-se como óbvio o reflexo de sua dimensão objetiva, ao Estado, como

[...] um dever de atuar positivamente, seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais). Para desincumbir-se satisfatoriamente desse dever, o Estado deve, portanto, intervir positivamente (afasta-se a idéia de subsidiariedade, típica do contexto econômico do Estado liberal).²⁴

É manifesto, nesse substrato teórico, que a dimensão objetiva do direito fundamental social à educação difunde por si só a exigência de amplo e profundo comprometimento do Estado frente aos princípios e objetivos educacionais encartados na agenda constitucional, vinculando e conformando a atuação dos poderes do Estado, vetorizando-a de maneira melhor pautada na materialização do projeto educacional idealizado para a sociedade brasileira.

²³ Na linha desta perspectiva vinculante do Estado: “[...] da dimensão objetiva dos direitos fundamentais resultará sempre, não apenas uma orientação substancial sobre o sentido a que deve obedecer a satisfação dos deveres estatais, como a garantia de um padrão mínimo de realização que, não sendo atingido, significará a violação de uma proibição constitucional de déficit de actuação que vincula juridicamente os poderes do Estado, inclusivamente em termos de poder configurar a existência definitiva de pretensões ou direitos subjetivos à respectiva actuação sempre que esteja em causa a garantia dos pressupostos mínimos ao exercício da liberdade”. (BREUER apud NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 76-77)

²⁴ TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 771-788. p. 776.

1.1.2 Dimensão Subjetiva do Direito Fundamental Social à Educação

Se é verdade que a dimensão objetiva aqui balizada condiciona as funções do Estado à efetivação dos direitos fundamentais sociais plasmados juridicamente como núcleo axiológico da Constituição, será igualmente lógico que a sua perspectiva subjetiva vincula - de forma específica - a atividade jurisdicional à tutela destes direitos, deferindo-lhes judiciabilidade por excelência.

Para explorar essa compreensão, não é demais assentar como premissa inicial o reconhecimento de que “ direito subjetivo individual é feito valer através do direito de ação, pelo qual aquele que tem interesse (substancial) provoca o órgão jurisdicional do Estado (Poder Judiciário) para obter uma sentença e se necessário sua execução forçada, contra outra parte que lhe deve (uma prestação, uma ação ou uma omissão)”²⁵.

Aí se define o ideário de equivalência de um direito subjetivo à “possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”²⁶.

Em se tratando de direitos fundamentais sociais, há franqueamento doutrinário para que a eles se atribua essa dimensão, no sentido de lhes conferir todos os efeitos dos direitos fundamentais de defesa – e aí, a própria feição de direito subjetivo²⁷ - em decorrência do reconhecimento constitucional de sua fundamentalidade, relevo normativo bastante a evidenciar a exponência dos interesses neles tutelados.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 128.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 154.

²⁷ Neste sentido: “[...] partindo de uma concepção própria da natureza principal dos direitos fundamentais e da conseqüente necessidade da otimização da sua protecção, bem como do seu caráter essencialmente subjectivo, considera que, à partida, as exigências de garantia do interesse protegido pela norma jusfundamental determinam o reconhecimento *prima facie* de um direito subjectivo [...]”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96)

Tem-se aí, portanto, uma dimensão subjetiva que assume um caráter complementar à dimensão objetiva²⁸, já que se presta à exigibilidade de concretização no plano individual. Contudo, essa referida dimensão não é de ser limitada somente ao atributo da acionabilidade²⁹. É conveniente radicá-la, mais amplamente, na “[...] possibilidade de o particular se autodeterminar numa área juridicamente tutelada, desde logo, pela imposição ao Estado dos correspondentes deveres de observância, no mínimo, do dever geral de abstenção ou respeito”³⁰.

Disso resulta relevante afluência no tocante aos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional no sentido de que o objeto da pretensão jurídica destes direitos subjetivos avance, de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos, para uma *proibição de omissão*, a dizer, um direito de exigir do Estado uma prestação assecuratória da fruição dos direitos fundamentais outorgados.³¹

A esse respeito, sustenta Canotilho ao tratar da natureza subjetivista desta estirpe de direitos:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos **subjetivos** inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social (art. 63º), o direito à saúde (art. 64º), o direito ao ambiente e qualidade de vida (art. 66º), o direito à educação e cultura (art. 73º), o direito ao ensino (art. 74º), o direito à formação e criação cultural (art. 78º), o direito à cultura física e desporto (art. 79º), são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de protecção destes direitos [...].³²

Neste ânimo teórico, é facilmente extraída - do sistema constitucional brasileiro - a natureza de direitos subjetivos conferida aos direitos

²⁸ Abono que Jorge Reis Novais empresta (op. cit. p. 99): “Como defendemos, é, com efeito, o reconhecimento da possibilidade de o indivíduo poder exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever jurídico a que o Estado está obrigado que, do ponto de vista do particular, acrescenta algo àquilo que resultava já da dimensão objectiva do direito fundamental, ou seja, no essencial, à existência objectiva do próprio dever imposto ao Estado pela norma de direito fundamental”.

²⁹ Vale mencionar Ana Carolina Olsen (*Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 96): “A exigibilidade não é condição de existência do direito, ele não existe porque é exigível. Ele existe, razão pela qual deve ser exigível”.

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001. p. 99.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 365.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 476.

fundamentais (incluindo-se também os da ordem social), qualidade que vem sufragada pela expressa disposição neste sentido relacionada no artigo 5º, § 1º³³, da Constituição brasileira, combinado com aquela garantia inscrita em seu artigo 5º, XXXV³⁴, cujas implicações jurídicas serão objeto de exame mais próximo tanto ao se tratar da questão da eficácia e efetividade do direito à educação como na oportunidade de confronto desta máxima da inafastabilidade da Jurisdição diante da resistência ao controle judicial que se pauta na tese da violação à tripartição de Poderes.

Outro ponto que se coloca neste campo é a questão da titularização dos direitos fundamentais sociais (enquanto direitos subjetivos), já que os direitos sociais seriam – como à primeira vista quer parecer e a própria denominação o expressa - direitos de titularidade coletiva.

Mesmo embora possa haver defesa da titularidade exclusivamente coletiva - e não individual – dos direitos sociais como argumento para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem exigidos através de demandas judiciais³⁵, é necessário firmar o discernimento de que “[...] nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas (embora complementares e conexas) dimensões ou gerações [...] foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais”³⁶. Como observa Antonio Enrique Pérez Luño:

[...] embora os direitos sociais (como, aliás, se dá com os demais direitos humanos e fundamentais) sejam direitos da pessoa humana situada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo (pela ação dos grupos ou coletividades), pois os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade.³⁷

³³ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³⁴ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 216.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 215.

³⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 84.

Portanto, sem que se negue aos direitos sociais o seu cunho subjetivista, é de rigor identificar-lhes também a qualidade de individualmente tuteláveis – dado referir-se à pessoa individualmente como portadora de dignidade -, predicado que não afasta, todavia, a sua dimensão coletiva ou sua natureza transindividual.³⁸

Ao cotejar a discussão na seara do direito à educação, vale inicialmente pontuar que não há esforço em sua identificação como um direito fundamental social. Para tanto, basta não somente a análise do núcleo normativo constitucional - no qual este direito se insere – como a sua expressa justaposição no art. 6º da Lei Fundamental como um direito social (dispositivo que integra a categoria dos direitos fundamentais, inserido no título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais). Entretanto, o zelo da Constituição brasileira não se encerra aí.

Avança-se para atentar que o direito à educação formal também foi objeto de normatização constitucional ao se tratar da Ordem Social, nos artigos 205 a 214 (capítulo III) e que, por óbvio, o exame dogmático desta disciplina não deve ser desassociada da perspectiva objetiva do direito fundamental social em questão.

A análise dogmática desse complexo normativo traz a constatação de que pareceu bem ao legislador distribuir o tratamento a esse direito por diversas categorias normativas - ora delimitando expressamente seu conteúdo, ora traçando normas organizatórias e procedimentais e metas a serem atingidas - , impondo por vezes deveres ao Estado (e a particulares – família e toda a sociedade).

Nesta perspectiva analítica, é observada nos artigos 209 a 211 a formulação de normas de cunho organizacional e procedimental que estabelecem as condições, organização e estrutura das instituições públicas e privadas no âmbito do sistema nacional educacional; o artigo 212 estabelece a regulação do financiamento do sistema de ensino brasileiro e disposição acerca das fontes de seu custeio; o artigo 213 erige metas, prioridades e diretrizes para a aplicação e distribuição dos

³⁸ Em que pese a pesquisa tenha por marco teórico e objetivo específico o abono à melhor adequação do processo coletivo para tutela de direito fundamental social, não se avaliza que - por serem designados sociais - tais direitos possam ser tutelados, exclusivamente, de forma coletiva.

recursos públicos na esfera educacional; e o artigo 214 veicula critérios de planejamento e objetivos a serem atingidos pela educação a ser prestada.³⁹

É nos artigos 205 a 208, porém, que encontra mais denso embasamento o caráter subjetivo do direito à educação. Isto porque, o artigo 206 define diversos princípios a serem observados na oferta da educação, como o princípio da igualdade de acesso e permanência na escola (inciso I); o princípio de liberdade na aprendizagem e no ensino (inciso II); o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (inciso III); a gratuidade do ensino público (inciso IV); a valorização dos profissionais da educação (inciso V).

Segundo magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, “bastariam estes exemplos para se rechaçar a tese de que o direito fundamental à educação, ao menos na condição de direito de defesa, não assumisse a feição de direito subjetivo.” No entanto, movendo-se a análise ao artigo 208 e seus incisos, é divisada a edificação de uma série de direitos e garantias no que se refere à forma e extensão da educação a ser prestada, condição que flagrantemente atrai e consolida o dever estatal (expresso nesse sentido) de realizar a formulada prestação. E mais: Não fosse a garantia de que a educação básica é obrigatória e gratuita, inclusive para todos que a ela não tiveram acesso em idade própria - expressa no inciso I, do artigo 208 da Carta Republicana -, o § 1º de seu artigo 208, aplica uma inequívoca declaração de que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, modo que induz a responsabilização do Poder Público quando do seu não fornecimento ou oferta irregular.⁴⁰

Este preceito inserido no artigo 208, §1º, da Constituição Federal, denota, portanto, a clarividente intenção do constituinte em imprimir ao direito à educação a índole de direito público subjetivo, regência que se equaliza no caráter preceptivo das demais diretrizes constitucionais aparelhadas no complexo normativo que eleva este direito ao status de fundamental e o disciplinam.⁴¹

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 333.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 335.

⁴¹ Cretella Junior endossa, quanto ao sentido da expressão “direito público subjetivo”, Cretella 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 este nenhuma possibilidade de negar a solicitação, protegida por expressa norma jurídica constitucional cogente (CRETELLA JUNIOR,

1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

É manifesto que a Carta Constitucional condensa valores jurídicos, políticos, éticos e antropológicos que embasam o projeto democrático nela preconizado para a sociedade brasileira e que se conectam aos direitos fundamentais nela assentados, estes que, por assim dizer, têm por substrato essa própria ordem axiológica plasmada na Constituição. E, neste ponto, é oportuna a lição de André Ramos Tavares⁴²:

Os valores, juridicamente falando, ora se apresentam como autênticas normas, inseridas no próprio Texto Constitucional, ora servem como diretrizes interpretativas – o que significa dizer que as demais normas devem ser interpretadas consoante os valores plasmados nas normas constitucionais.

As Constituições são o receptáculo natural da idéia de valores dominantes da sociedade. Ademais, os valores são positivados, em geral, por meio dos denominados “princípios constitucionais”. São, pois, os princípios constitucionalmente adotados que apresentam a carga axiológica incorporada pelo ordenamento jurídico.

Estes princípios⁴³ constitucionais - que naturalmente interessam ao exame de qualquer direito fundamental – são ensinados por Paulo Bonavides⁴⁴ como elementos

postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, norma das normas.

José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 8. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 4418).

⁴² TAVARES, André Ramos Tavares. Elementos para uma teoria geral dos princípios numa perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

⁴³ Antes mesmo de adentrar à questão de sua juridicidade, pontua Ruy Samuel Espíndola (*Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 48): “*Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam*”.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 289-290.

Em verdade, é possível assimilar o funcionamento destes princípios constitucionais tanto como mandamento imperativo de sua observância (função normativa), como uma técnica descritiva de normas (função explicativa) ou, além disso, como parâmetros interpretativo, integrativo, diretivo e limitativo.⁴⁵

Relativamente ao direito à educação, é facilmente identificado o seu fundamento axiológico em um núcleo simbiótico entre os princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade, autonomia e solidariedade, dentre outros que lhe servem de base antropológica, ética e política, deferindo-lhe a categoria de fundamental, por essencial que é para a formação humana integral e desenvolvimento pleno. Não é demais ponderar, neste sentido, que são gestados no âmago do direito à educação alguns dos princípios constitucionais mais valiosos à ordem jurídica brasileira.⁴⁶

A investigação deste arranjo principiológico que cerca o direito à educação não poderia ser mais prudente senão partindo do cotejo da matéria com aquele princípio de envergadura ímpar, sublimado ao centro da ordem jurídica das sociedades democráticas da atualidade, qual seja, o da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

É cediço que a Carta Política de 1988, imbuída de uma força motriz de elevado teor ético e antropológico, projetou e assentou todo o Estado brasileiro

⁴⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. *O princípio da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 18-19.

⁴⁶ Aqui vale referência à perspectiva que trata dos direitos fundamentais como autênticos princípios constitucionais: “os dispositivos constitucionais que enunciam ditos direitos fundamentais não comportam somente uma força normativa e, por consequência, uma norma; mas, em virtude de seu valor, como fundamental, por óbvio, assumem verdadeira condição de princípios, sendo fundamento de ‘posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais” (TAVARES, André Ramos Tavares. Elementos para uma teoria geral dos princípios numa perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 45).

⁴⁷ Sobre seu fundamento, pondera Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001): “Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar - no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos - para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência... de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”.

sobre o valor da dignidade humana, delineando-a como vetor fundamental do sistema jurídico – conferindo-lhe juridicidade máxima⁴⁸ - e, assim, inevitável afirmar:

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. [...]

Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Indubitavelmente, nesta compreensão, é de se reconhecer o vínculo indissociável que se forma entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-se este do alicerce onde calcados aqueles primeiros, manifestando-se como autêntico “critério hermenêutico, que confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais”⁵⁰.

Neste ambiente, os direitos fundamentais e os direitos sociais - notadamente os de cunho prestacional – têm sua justificação e funcionamento habilitado “[...] a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade”⁵¹.

Modernamente, assim, é consentânea a asserção de que no núcleo desse axioma é gestada a autonomia individual, a dizer, na capacidade (mesmo potencial) de o ser humano autoderterminar-se, sentido que se vê inculcado até

⁴⁸ Ao tratar desta proeminência jurídica, Flávia Piovesan enuncia (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 56-57): “ Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional. À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

⁴⁹ SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. *O princípio da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 38.

⁵⁰ PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limite à tributação no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103.

mesmo na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵², na qual se cuidou da capacidade de racionalidade e da consciência humana ao se buscar definir a essência do ser humano.⁵³

No entanto, para a melhor utilidade dessa projeção axiológica à pesquisa, é indispensável adensar que, especialmente após a virada do século XXI, conceito de dignidade humana ganha substancial ampliação ao ser trabalhado não mais somente dentro da concepção de ser humano mas também em função dos vínculos intersubjetivos de solidariedade que devem constituir a humanidade enquanto comunidade planetária⁵⁴.

Nesse avanço paradigmático, em que o sentido humano e a solidariedade humana são imbricados como aspectos indissociáveis na compreensão desse princípio, “compreende-se, portanto, que a humanidade vai redesenhando ou reiventando os parâmetros ético normativos que configuram a ideia de dignidade humana e a partir dos quais se autocompreende, numa perspectiva emancipatória, especialmente em relação à liberdade e à igualdade”⁵⁵.

A relevância teórica dessa significação higidamente se legitima ao equalizar:

A dignidade humana, de um lado representa simultaneamente condição moral e jurídica que marca as relações entre sujeitos portadores de direitos e deveres mutuamente imputáveis e que se reconhecem solidariamente como tais em um mesmo contexto normativo. Por outro, adquire seu sentido na contingência dos acordos estabelecidos frente às diferentes formas concretas de vida que marcam a sociedade pluralista contemporânea.
[...] É no contexto de modernização complexa das sociedades contemporâneas que o conceito de dignidade humana, além de expressar a necessidade de uma ética da responsabilidade e da solidariedade, introduz um elemento de ordem e de harmonização no conflito das relações das comunidades humanas.⁵⁶

⁵² Dispõe o artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (COMPARATO, Fábio Konder Comparato. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 235)

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50.

⁵⁴ Cf. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José (Org.). [et al.]. *30 questões de humanidades respondidas e comentadas de acordo com a Resolução nº 75/2009 do CNJ*. Niterói: Ímpetus, 2002. p. 179.

⁵⁵ BANNWART JUNIOR, Clodomiro José (Org.). [et al.]. *30 questões de humanidades respondidas e comentadas de acordo com a Resolução nº 75/2009 do CNJ*. Niterói: Ímpetus, 2002. p. 179.

⁵⁶ BANNWART JUNIOR, Clodomiro José (Org.). [et al.]. *30 questões de humanidades respondidas e comentadas de acordo com a Resolução nº 75/2009 do CNJ*. Niterói: Ímpetus, 2002. p. 186.

Tomada nesta perspectiva, a dignidade humana se revela tanto condição prévia e ínsita ao próprio exercício da liberdade, como pressuposto imanente aos valores da igualdade (em sua dimensão material) e solidariedade, emblemas deônticos igualmente sagrados como princípios fundamentais. Esta conexão, portanto, forma um elo indestacável, já que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto e imediato na dignidade da pessoa humana, princípio que se avulta como fundamento e conteúdo dos direitos fundamentais.⁵⁷

A proteção à dignidade humana supera, nesta amplitude conceitual, as fronteiras da proteção e garantia das liberdades públicas, para reclamar, na esfera social, a manifestação de consequências mais amplas e integrais⁵⁸, que apontem para a viabilização concreta e efetiva do exercício e fruição de direitos indispensáveis à existência digna, ao desenvolvimento da condição humana e sua perspectiva intersubjetiva na realidade social.

Buscando agora a compreensão do entrelaçamento existente entre a dignidade do ser humano e o conteúdo avalizado no direito à educação, aqui vale apropriado realce à lição de Sergio Alves Gomes⁵⁹:

[...] Quando se busca apoio na Antropologia Filosófica em busca de resposta à questão “o que é o homem”, verifica-se que o ser humano apresenta múltiplas características e dimensões. Percebe-se também que tais dimensões clamam por desenvolvimento. Não nascem em sua plenitude com o homem. Estão nele como sementes que precisam ser regadas, alimentadas, principalmente durante sua infância e adolescência, a fim de que tais potencialidades se transformem em verdadeiras características desenvolvidas, que irão integrar a personalidade do indivíduo. [...]

O grau de percepção que o indivíduo adquire a respeito de si mesmo, de sua natureza, características, necessidades, limitações, riscos e possibilidades depende em muito do nível e da qualidade da educação a que tiver acesso. Será através das lentes do *conhecimento* adquirido que o sujeito olhará para si e o universo no qual se insere e perceberá *possibilidades* e *limites* para transformar a

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 87-88.

⁵⁸ Como aponta Joaquín Arce y Flórez – Valdés (*Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990. p. 149.): “a) a igualdade de direitos de todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia de independência e autonomia de ser humano, de forma a obstar toda a coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, como toda atuação que implique a sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não-admissibilidade de negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou da imposição de condições sub-humanas de vida”.

⁵⁹ GOMES, Sergio Alves . O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. In: Flávia Piovesan e Maria Garcia. (Org.). *Direitos Econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 3. p. 1101-1157.

si mesmo e seu entorno. Somente a educação poderá permitir-lhe saber o que fazer com o saber, pois só ela, quando integral, lhe possibilita refletir criticamente sobre o próprio conhecimento e obter o *conhecimento do conhecimento*, conforme referido por Edgar Morin. Quanto mais multidimensional e organizado for seu conhecimento maiores serão suas possibilidades de escolha e de afirmação como um ser *livre e responsável*. Somente no exercício da liberdade responsável é que o ser humano se vê como partícipe da história de sua própria existência e do mundo em que vive. Somente assim poderá vivenciar o significado de “ser pessoa”, com a individualidade inerente a si mesma, de modo a sentir-se *única* mas não *a única*, porquanto *aprende pela educação* que é necessário *conviver*, isto é, viver com os outros; e, que cada um destes é também um ser que traz em si o toque da singularidade presente em cada pessoa.

Emmanuel Kant⁶⁰ manifestou em afirmação contundente a importância da educação para a definição do ser humano ao expressar que o homem não pode alcançar sua emancipação, senão pela educação: “Ele é aquilo que a educação dele faz”.

O condão e sentido da educação é ensinado por Maria Garcia⁶¹ como “um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência: o individual que, ao mesmo tempo, é social”, cuja finalidade repousa em “formar para a liberdade que vem pelo conhecimento, pela possibilidade de opções ou alternativas; formar para a cidadania, a plenitude dos direitos e, por último, formar para a dignidade da pessoa, princípio fundamental do Estado brasileiro, conforme estabelece o art.1º da Constituição”.

Essa amplitude funcional foi, sem sombra de dúvida, bem compreendida e recepcionada pelo legislador, ao – assegurando-a na mais elevada posição normativa - inscrevê-la na Lei Fundamental na qualidade de instrumento de persecução do “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, reconhecendo o Constituinte que a educação influi decisivamente na construção da existência e consciência humana, do comportamento sócio-político e moral do indivíduo e nas potencialidades de seu desenvolvimento sócio-ecômico.⁶²

⁶⁰ KANT, Emmanuel. *Sobre a pedagogia*. Piracicaba: Inimep, 1996. p. 15.

⁶¹ GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº23. p. 57.

⁶² O zelo legislativo em imprimir tal significação à matéria ressalta não somente o teor ético, mas sobretudo antropológico da Carta Política de 1988, e permite extrair, como ensinou Jean Piaget: “A educação como direito de todos, portanto, não se limita em assegurar a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo. A rigor, deve garantir a todos “o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a

Com a propriedade de aprofundamento daquela definição constitucional, coube à Lei 9.394, de 20.12.1996 (LDB) estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional, explicitar - em seu artigo 1º, *caput* - a abrangência da educação formal a ser implementada: “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”; E mais. No artigo 2º, ao reafirmar as finalidades exaradas na Lei Maior relativamente à educação, manifesta a inspiração axiológica e o ideário de sua promoção: “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Ao lançar uma análise sistêmica desses arranjos normativos dedicados ao direito à educação, Sergio Alves Gomes⁶³ incita à evidência de que “do ponto de vista jurídico, estão lançados os fundamentos necessários para a desafiadora e indispensável empreitada que significa a construção de uma *sociedade democrática, com apoio na educação*. Isso porque, somente através desta é possível desenvolver o ser humano de forma integral”. E, ainda, adensando no ensinamento do autor, inevitável lançar mão do profícuo raciocínio:

Somente o processo educacional pode possibilitar o mais amplo desabrochar e a mais larga atuação das faculdades físicas e psíquicas (sensoriais, volitivas, espirituais) de cada indivíduo. Somente ela é capaz de trazer-lhe o autoconhecimento, bem como o conhecimento do entorno em que vive e das demais pessoas com quem convive. É pelo processo educacional que o indivíduo percebe-se como alguém inacabado, alguém que pode viver durante toda sua existência o empolgante processo vital que Carl Rogers denominou *tornar-se pessoa*.

Conclui-se, pois, que a ausência da educação impossibilita ao ser humano o evoluir de suas próprias potencialidades, permanecendo ele como um projeto interrompido prematuramente, em razão da falta dos meios necessários à sua realização. Isso é profundamente lamentável e vergonhoso para a sociedade, porque não se trata de um projeto qualquer, mas de um ser humano, cuja *dignidade* resta profundamente ferida quando se nega à *pessoa* a possibilidade de desenvolver-se como tal, por meio da *educação*.⁶⁴

adaptação à vida social atual”. (PIAGET, Jean. *Psicologia e pedagogia*. Tradução Dirceu Accioly Lindoso e Rosa Maria Ribeiro da Silva. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 157).

⁶³ GOMES, Sergio Alves . O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. In: Flávia Piovesan e Maria Garcia. (Org.). *Direitos Econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 3. p. 1101-1157.

⁶⁴ GOMES, Sergio Alves . O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. In: Flávia Piovesan e Maria Garcia. (Org.). *Direitos Econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 3. p. 1101-1157.

É mister, portanto, que a consecução da educação compreenda a formação humana integral nos aspectos individuais-cognitivos e sociológico de sua personalidade, o que implica preparar e capacitar racional e moralmente o indivíduo, no sentido de que lhe seja possível não só valer-se de sua autonomia para a coexistência no mundo e convivência social, como, ainda mais, avançar em trajetória de desenvolvimento pleno⁶⁵. Como ministrava Paulo Freire ao defender uma pedagogia do *direito à educação*, aí não admitida uma educação qualquer, senão aquela genuinamente comprometida com esse estandarte do desenvolvimento integral e humanizador do educando.⁶⁶

Cabe, neste sentido, dar relevo à tenaz lição de John Dewey - em obra nominada "Uma Introdução à Filosofia da Educação" -, ao projetar que "a educação apropriada à sociedade democrática é aquela que procura reorganizar a experiência para ampliar seu alcance e dirigir experiências subseqüentes", sendo seu desiderato "habilitar o indivíduo a dar continuidade à sua educação" e esta busca, por sua vez, travada sobre o emblema de que "o objeto da aprendizagem é a capacidade de desenvolvimento constante".⁶⁷

Conforme pondera Dalmo de Abreu Dallari⁶⁸, educação envolve um processo de aprendizagem e aperfeiçoamento. É por intermédio dela que se obtém o desenvolvimento individual de cada pessoa que passa a utilizar, de modo mais conveniente, seu conhecimento. Daí a evidência da sua relevância. Está nela singular aptidão de tornar as pessoas mais preparadas para a vida, para a convivência e para a reivindicação de seus direitos fundamentais.

⁶⁵ Indispensável registrar, neste ponto, o também reconhecimento pela comunidade internacional do direito ao desenvolvimento (como espectro da dignidade humana), traduzido no preâmbulo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986 (ANEXO I)- como o "[...] processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes [...]"; além da definição ajustada no enunciado que o institui: "Artigo 1º. §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados". (Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo-USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

⁶⁶ FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação*. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

⁶⁷ CUNHA, Marcus Vinícius da. *John Dewey: Democracia e educação: capítulos essenciais*, São Paulo: Ática, 2007. p. 7-9.

⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1999. p.47.

Nessa leitura da conformação normativa impingida ao direito à educação, inerente à própria compreensão da dignidade humana, pressupõe-se a exigência de que a sua promoção funcione como um autêntico veículo à experiência da vida digna e ao desenvolvimento, viabilizando ao indivíduo – protagonista ao centro de um processo formativo fiel a este corolário - a existência como ser autônomo, habilitado para o exercício das liberdades públicas e para a experiência do convívio na arena social, qualificando-o para o trabalho (plataforma propulsora ao desenvolvimento sócio-econômico) e – por vital ao edifício democrático - capacitando-o para a coordenação consciente e sadia com Estado e sociedade, em uma participação ativa nas relações políticas e comunitárias (exercício da cidadania).

1.3 PREMÊNIA DE SUA EFETIVIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO SÓCIO-ECONÔMICO

É dilema decorrente do processo de globalização econômica - guiado na temerária flexibilização de direitos sociais - o agravamento das desigualdades sociais, de onde se vêem arraigadas as marcas da pobreza e exclusão social, realidade que implica grave impacto na proteção dos direitos humanos e na promoção de cidadania na arena global.

Neste cenário, a redefinição do papel do Estado e das organizações da sociedade civil - no tocante à implementação dos direitos humanos – desponta como imperiosa para se enfrente este quadro de desequilíbrio e o arriscado processo de desmantelamento das políticas públicas sociais.

Inevitável, diante disso, invocar a perspectiva de centralidade do papel do Direito e da cidadania na edificação de um horizonte democrático na esfera global. Daí se reconhecer, o Direito - como pensado em Foucault (1986), em seu caráter de elemento constitutivo da sociedade (como forma de saber-poder, aliado ao político e econômico), ou em Habermas (1990), com sua pretensão de validade conectada à Moral⁶⁹ e não mais buscada exclusivamente na racionalidade instrumental-cognitiva da Ciência -, como elemento essencial e estruturador da democracia.

A atuação que se espera do Direito, no paradigma do Estado

⁶⁹ DUTRA, Delamar José Volpato. Moral e Direito nas *tanner lectures* de Habermas: um modelo processual de moralização do Direito. *Ethic@* - UFSC - Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 13 - 37, Dez. 2011.

Democrático, está expressa no “papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre o indivíduo e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática”^{70, 71}.

É notório que o voraz esforço pelo desenvolvimento econômico há muito tem sido pauta de destaque - quando não prioritária - na agenda internacional, conjuntura em que, até mesmo veladamente, a garantia de direitos sociais básicos se vê esquivada à subsidiariedade ou, não raro, encarada como entrave à desenvoltura do avanço econômico.

Rogério Gesta Leal⁷² traça perspicaz esboço desta rubrica de gerenciamento público imbricado na realidade moderna:

[...] quando o Estado Nacional, no contexto modificado da economia e da sociedade mundiais, chega aos limites de sua eficiência (em razão de suas incipiências vocacionais, operacionais e eficaciais), põem-se em xeque, com essa forma organizacional, tanto a domesticação política de um capitalismo global desenfreado quanto o exemplo único de uma ampla democracia que funciona soavelmente.

O Estado, agrilhado ao sistema econômico transnacional, abandona seus cidadãos à afiançada liberdade negativa de uma competição mundial e limita-se, quanto ao mais, a pôr regularmente à disposição do cenário político e econômico infra-estruturas que tornem atraente sua própria posição sob a perspectiva da rentabilidade e fomentem atividades empresariais. Ao lado disto, uma questão igualmente inquietante impõe-se em vista do futuro da democracia, a saber, os procedimentos e ajustes democráticos, que conferem aos cidadãos unidos a possibilidade de atuação política sobre suas condições sociais de vida, o que se tem esvaziado à medida em que o Estado Nacional perde funções e espaços de ação, sem que surjam para tanto equivalentes mecanismos de gestão do público, cada vez mais restrito aos termos de acepções corporativas de interesses privados.

⁷⁰ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 41.

⁷¹ Oportuno balizar, sobre a então função reguladora aspirada na vivacidade do Direito: “[...] o marco normativo constitucional que inaugura os tempos hodiernos evidencia um parâmetro de concepção e ação estatal e social em direção a caminhos civilizatórios e de emancipação previamente demarcados, ao menos em suas linhas gerais. Tal parâmetro rompe com o paradigma reducionista da função regulador meramente individual do direito (enquanto sistema e ordenamento jurídicos), construída essencialmente sobre o conceito de direitos subjetivos. [...] o Direito só pode cumprir a função de integração social se possuir (o sistema jurídico, os ordenamentos e as normas) um elemento de legitimidade que – por detrás de sua pura imposição coativa – necessita contar com uma aceitação/adesão dos atores sociais envolvidos e alcançados por ele. Tal legitimidade se apresenta de forma independente de sua imposição fática e depende do modo com que o Direito é forjado e se relaciona com o mundo da vida” (LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. t. 3. p. 819-866. p. 842-843).

⁷² LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. t. 3. p. 819-866.

Paira, neste ambiente, um desajustado sentimento geral de naturalidade ou adaptação a uma tendência de flexibilização dos direitos sociais básicos, de onde a complacência diante de fortes padrões de exclusão socioeconômica funciona em prejuízo das noções de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos⁷³.

Daí emergem “os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica excludente do processo de globalização econômica e os movimentos que intentam reforçar a democracia e os direitos humanos como parâmetros a conferir lastro ético e moral à criação de uma nova ordem internacional”⁷⁴.

A celeuma inspira a releitura consciente da função dos Estados sob o impacto da globalização, para o necessário reforço de sua responsabilidade frente ao desafio de realização e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, encargo que adequadamente se traduz na ideia-vetora de que “a ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades sociais, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar um desenvolvimento humano sustentável.”⁷⁵

Perspectiva que se insere nesta feição de complementaridade na relação entre governos e mercados, em combate aos riscos da globalização, diz respeito ao

esforço de alguns Estados de criar mercados regionais integrados, como demonstram as experiências da União Européia e do Mercosul. Esses processos permitem que os Estados envolvidos, longe de perder poder de decisão, tornem-se capazes de enfrentar o aumento do fosso entre os ricos e os pobres, entre os incluídos e os excluídos”⁷⁶.

Neste propósito, se a globalização indiscriminada – sob a égide de mercados e capital financeiro - “engendra o risco de anular a cidadania e, com ela,

⁷³ PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: _____ (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 39-76. p. 64.

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: _____ (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 39-76. p. 67-68.

⁷⁵ EIDE apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa de proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 39.

os direitos humanos”⁷⁷, é axiomático que o enfrentamento deste perigo impõe, na agenda de preocupações da modernidade, a inclusão - intrinsecamente ao processo de expansão e integração econômica na esfera mundial - da problemática afeta ao cuidado dos direitos humanos e à consolidação da democracia e cidadania, por assim dizer, da própria qualidade do Estado de Direito.

Aí ganha lugar o precípuo discernimento de que

a construção da moderna cidadania se insere assim no universo dos direitos humanos, e se associa de modo adequado ao contexto mais amplo das relações entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, com atenção especial ao atendimento das necessidades básicas da população (a começar pela superação da pobreza extrema) e à construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos.⁷⁸

Assim, a edificação de uma cidadania mundial que, embasada nos valores da solidariedade e da harmonização ética da humanidade, refreie e redesenhe o caminho da desagregação social⁷⁹ poderá, dessa forma, cumprir um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, abrindo ‘novos espaços de liberdade’⁸⁰.

Consciência que surge aí, diz respeito ao tratamento do direito ao desenvolvimento, na qualidade de direito humano universal e inalienável, e à exigência de seu avivamento - em moldes de equidade - para o atendimento à necessidade de desenvolvimento de gerações presentes e futuras.

À guisa deste anseio, foi adotada pela ONU, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, e, pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena, com seção dedicada à matéria do direito ao desenvolvimento.

Em análise à primeira Carta aludida (1986), Flávia Piovesan⁸¹ equaciona que a perspectiva ali impingida ao direito ao desenvolvimento compreende três dimensões:

⁷⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. Cidadania, Direitos Humanos e Globalização. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 78-97. p. 90.

⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 80, p. 149-225, 1995. p. 207.

⁷⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 65.

⁸⁰ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 41.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

A importância de participação, com realce ao componente democrático a orientar a formulação de políticas públicas, dotando-lhes de maior transparência e accountability; b) a proteção às necessidades básicas de justiça social, enunciando a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa, participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”; e c) a necessidade de adotar programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional – já que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países mais pobres meios que encorajem o direito ao desenvolvimento. A respeito, adiciona o artigo 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individual ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos.

A par dessa virtuosa ampliação na agenda tradicional de direitos humanos, com ênfase na incorporação de direitos econômicos, sociais, culturais e do tratado direito ao desenvolvimento, é essencial que se fomente o fortalecimento e consolidação do processo de afirmação destes direitos sob essa feição integral, indivisível e interdependente.

Neste ideário, o patrocínio das Nações Unidas é no sentido de que o desenvolvimento humano é sim um assunto de política, de economia, de direitos humanos e de democracia, aspiração que reflete, portanto, a deferência da comunidade internacional, das instituições e da sociedade em geral, com a questão da dignidade humana. O relevo que se explora aí difunde como tema imanente a educação, que, por matéria de excelência, convém ser empreendida de maneira mais atenciosamente voltada aos impactos sociais e humanos da globalização.

Na profunda complexidade do novo contexto global, substrato em que está lançada (e se desenvolve) a civilização contemporânea - processo tangenciado por uma realidade de profunda exclusão de grande parcela da humanidade da marcha do desenvolvimento e da efetiva vivência do conceito da dignidade humana -, a educação humana merece ser assimilada como o maior recurso de que se dispõe para enfrentar a nova estruturação do mundo, determinante na continuidade do atual processo de desenvolvimento econômico e social.

A polêmica inspira reflexão crítica e interdisciplinar quanto à educação como mais consistente e vigoroso armamento na persecução do direito ao desenvolvimento e da tão almejada transformação social e que, conquanto pautada em uma nova concepção do ensino, ligada à formação integral do homem, e

dispensada de maneira isonômica e plena - capaz de implementar o maior acesso aos concretamente desiguais -, propicie ao indivíduo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.⁸²

Diante desta oportunidade, no ânimo de um discurso que cuide da aproximação entre a ciência jurídica e o desafio de ajuste das incoerências sociais que embaraçam a vivacidade e realização do Direito, interessa manifestar atenção a este horizonte que, por arena inquietante, merece relevo não apenas na discussão político-social, como também nas pautas do debate jurídico e da pesquisa científica.

Neste trajeto, não é demais trazer a relevo que

[...] a educação, no seu sentido mais amplo de processos de formação, é um tema central no pensamento habermasiano. Habermas busca compreender o processo de evolução social como um duplo processo de diferenciação e complexificação dos subsistemas econômico e administrativo e, ao mesmo tempo, potencialmente, também como uma expansão de processos de reflexão e aprendizagem e, portanto, de criação de uma cultura com um potencial para resolver problemas através de processos de aprendizagem.

[...] no pensamento de Habermas, a educação deveria ser compreendida no sentido mais abrangente possível, abrigando processos de formação social, cultural e científico, em todos os espaços onde acontecem. Em outras palavras, educação deveria ser entendida como Bildung [formação], um conceito central à educação moderna.⁸³

A exponência do assunto se revela na complexidade deste objeto que, muito além de um interesse do sujeito individualmente considerado, se apresenta como um direito coletivo, próprio da sociedade, visto representar objeto de inúmeras pretensões de direito: dos governos, dos pais, das religiões, dos educadores e educandos⁸⁴.

Isso porque, os conhecimentos e habilidades associados à

⁸² Nessa essência valorativa, Paulo Freire, em suas lições de vanguarda, adjudica ao processo educacional enorme coeficiente de esperança, não hesitando em conferir-lhe o vocativo de Pedagogia da Esperança, ao considerar a fertilidade e essencialidade da educação para a transformação social da realidade, na dependência de como aplicada e da maneira como concebida. (FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. vol. 1. Trad. Moacir Gadotti e Lílian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979).

Essa aptidão ao desenvolvimento de potencialidades deferida à educação é bem captada por Sergio Alves Gomes, que a afirma como trajeto ínsito ao processo de desenvolvimento da capacidade intelectual, ética e moral do ser humano em geral, tomado em sua precariedade própria à condição de ser inacabado, em constante transformação, mergulhado em uma natureza de múltiplas incertezas e possibilidades, em busca de um sentido. (GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 68).

⁸³ BANNEL, Ralph Ings. *Habermas e a educação*. Cult, Sumaré, v. 136, p. 49-50, jun. 2009. p. 49-50.

⁸⁴ BARUFFI, Helder. A educação como direito fundamental: um princípio a ser realizado. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos Fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 83-96. p. 85.

educação constituem-se elementos fundamentais na trajetória de ascensão social dos indivíduos⁸⁵. Daí que, hoje, este dito processo de aquisição de capacidades e habilidades – pela educação – é até mesmo assimilado como um recurso magistral para viabilização de efetiva participação dos indivíduos no mercado, e que, por sua habilidade de propiciar o incremento da produtividade, acaba ascendendo ao reconhecimento como elemento basilar para o desenvolvimento econômico e social⁸⁶.

O acesso à educação, nesta tônica, deve atuar como condição inerente à realização dos outros direitos, ou seja, como “base constitutiva na formação do ser humano, bem como na defesa e constituição dos outros direitos econômicos, sociais e culturais”⁸⁷.

A projeção dessa relevância é bem refletida na dicção do artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que assim já assentava:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. Concordam que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e reforçar o respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Concordam também que a educação deve habilitar toda a pessoa a desempenhar um papel útil numa sociedade livre, promover compreensão, tolerância e amizade entre todas as nações e grupos, raciais, étnicos e religiosos, e favorecer as atividades das Nações Unidas para a conservação da paz.

Esta expectativa de que a formação humana integral - desiderato último da educação – possibilite ao homem a vivência da plenitude dos direitos humanos, difunde também o anseio de uma educação em, para e pelos Direitos Humanos, conforme proposta franqueada por Maria Victoria Benevides⁸⁸:

⁸⁵ LIN, Nan. *Social capital: a theory of social structure and action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

⁸⁶ BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1997: o estado num mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

⁸⁷ LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto (org.). *Relatório brasileiro de direitos humanos econômicos, sociais e culturais – meio ambiente, saúde, moradia adequada, educação, trabalho, alimentação, água e terra rural*. Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, Projeto Relatores Nacionais em Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, 2003, p. 123. Disponível em: <<http://www.idh.org.br/noticia-10-04.htm>>. Acesso em 15 dez. 2011. p. 23.

⁸⁸ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *Educação em Direitos Humanos: de que se trata?* Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos, São Paulo, 18 fev. 2000. Disponível em: <www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>. Acesso em 15 dez. 2011.

O que significa dizer que queremos trabalhar com Educação em Direitos Humanos? A Educação em Direitos Humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação desta cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas.

Nesse viés, a educação formal atua como caminho necessário para a inserção de práticas de respeito aos direitos humanos e para a construção de uma cidadania viva e reformulada, que possibilite a transformação social, mediante o emprego de um processo educativo também voltado à difusão de uma cultura de respeito à dignidade da vida humana.

Arrima-se, portanto, no direito à educação, um mecanismo apto a fomentar a evolução social e a participação política, hábil a insuflar a formação da sociedade para a consciência e cultura democráticas⁸⁹, constituindo-se, assim, patrimônio inalienável do ser humano e condição imanente ao conhecimento, exercício e exigibilidade dos próprios direitos e liberdades individuais⁹⁰.

A respeito do pleno desenvolvimento do educando (enquanto exercício da cidadania) como finalidade última da educação, a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20.12.1996), impulsionada pelos princípios constitucionais e normas outras de regência a este direito, reconhece a

⁸⁹ Em destaque à permanente interlocução entre educação e formação social, bem como à exponência desse processo, Antônio Joaquim Severino descreve e afirma: “[...] a relação entre educação e sociedade é muito íntima. O testemunho histórico das ciências do homem, no que concerne à educação informal, bem mostra: as práticas informais de educação trazem implícita uma forma de se conceber a sociedade e revelam o tipo de sociedade onde elas acontecem. Quando a educação torna-se uma prática formal, explícita, ela mantém esse vínculo quase que orgânico com a sociedade, mas, ao mesmo tempo, busca auto-explicar-se por meio de uma reflexão justificadora, tomando, para isso, distância em relação à sociedade. [...] Nesse sentido, podemos afirmar que existe uma relação visceral entre o processo educacional e o processo social abrangente, ou seja, entre educação e sociedade. Trata-se de um vínculo orgânico, retirando-se deste termo toda conotação biológica. Ocorre que uma pulsação entre o jogo de forças que constituem a sociedade e o jogo de forças que se concretizam na educação, de tal modo que, de um lado, a forma desta se organizar reflete e reproduz integralmente a forma de estruturação da sociedade; mas, de outro lado, o processo de atuação especificamente educacional pode ter efeitos desestruturadores sobre a sociedade, sendo então fator de mudança social. [...] A educação é, assim, igualmente uma mediação da sociabilidade. Ou seja, a prática educativa tem também a finalidade intrínseca de inserir os sujeitos oriundos das novas gerações no universo social, uma vez que eles não poderão existir fora do tecido social. (SEVERINO, Antônio Joaquim. *Filosofia da educação: construindo a cidadania*. São Paulo: FTD, 1994. p. 70-71).

⁹⁰ GÖTTEMS, Caludinei J. Direito fundamental à educação: a efetividade da democracia através da jurisdição constitucional. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009. p. 48-63. p. 56-57.

educação como um processo socializador.⁹¹

Neste ideário, a educação pública bem ministrada é elemento propulsor e definidor para a criação de um panorama isonômico na arena da competição social e econômica, e instância essencial para qualquer aspiração de rompimento com a continuidade da estigmatização das parcelas mais excluídas da sociedade sentido em que a efetiva inclusão educacional desponta, então, como iminente e capital desafio do mundo moderno, devendo inflamar não somente os Estados, organizações internacionais e civis, mas também toda a sociedade e comunidade científica, no exame de soluções e intensificação de esforços para a transponibilidade dos obstáculos práticos que se opõem à concretude dos mecanismos declaratórios e garantidores desse direito.

A superação destas debilidades há de ser encetada, indubitavelmente, em uma postura Estatal – através de políticas públicas – solidamente comprometida com a qualidade de seu sistema educacional, para a oferta de um ensino apto a gestar no indivíduo o seu papel de co-partícipe do processo democrático⁹² e, nesta pretensão,

a política social necessita ser equalizadora de oportunidades, partindo-se de que as oportunidades foram apropriadas pelo grupo dominante. Uma face importante desse desafio é a universalização da educação básica: todos devem ter acesso de modo incondicional, recebendo a mesma qualidade. A desigualdade receberia aí um corretivo importante, à medida de que todos teriam chance de dispor de uma formação básica comum, como arma de luta no espectro das desigualdades.⁹³

Além disso, ainda registra Pedro Demo⁹⁴ que a Organização das Nações Unidas tem considerado aspectos além da mera carência material para análise acerca da exclusão social, cotejando-a com a questão do

⁹¹ Escopos facilmente extraídos da disposição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20.12.1996): “Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais [...]”.
Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

⁹² DEMO, Pedro. *Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Amazém do Ipê, 2006. p. 35-36.

⁹³ DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania*. 10. ed. Campinas: Papirus, 2007. p. 22.

⁹⁴ DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social: polêmicas do nosso tempo*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2002. p. 5.

desenvolvimento/oportunidade, e enfatiza que “o maior problema das populações pobres não é propriamente a fome, mas a falta de cidadania que os impede de se tornarem sujeitos de história própria, inclusive de ver a fome que lhe é imposta”.⁹⁵

Daí que, nesta tendência, um legítimo projeto emancipatório residiria na questão do desenvolvimento/oportunidade, tendo a educação como seu indicador principal, não somente porque por ela é dado ao ser humano construir oportunidades, mas pelo fato de que a partir da educação ele se faz oportunidade, habilitando-se a “construir consciência crítica histórica, organizar-se politicamente para emergir sujeito capaz de história própria”⁹⁶.

E mais, é indispensável que se compreenda a educação como elemento indissociável para a formação da cidadania plena, simbiose que se alimenta na experiência de que “não há direitos sem deveres; a cidadania não é outorgada, mas conquistada; e essa conquista só se realiza pela educação”⁹⁷. Este papel de protagonismo emerge, sem dúvida, articulado com a noção de cidadania que encontra sua vivacidade nos elementares caracteres da

[...] identidade, ou seja, cada pessoa sendo livre e autônomo e, por conseqüência, afastando-se da servidão; a integração social, uma vez que o indivíduo deve sentir e saber de sua importância perante a comunidade e, por último, a superação, traduzida na vontade de buscar algo a mais, superar os obstáculos e vencer.⁹⁸

Por estar intimamente ligada ao processo de desenvolvimento do indivíduo, a educação vem figurar como mecanismo de sua promoção social e deve, neste esforço, ser conjugada com processos informativos e formativos um processo dialético que o prepare para o trabalho e para a cidadania, perseguindo, em última análise, o ideal democrático do Estado brasileiro.⁹⁹

⁹⁵ Analisando a pobreza política brasileira como pernicioso óbice à cidadania, este mesmo autor assevera que a educação – como principal estratégia -, coordenada com outros fatores como informação, comunicação, conhecimento, cultura, esporte e lazer são determinantes para se alcançar a qualidade política. (DEMO, Pedro. *Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Amazém do Ipê, 2006. p. 52-53).

⁹⁶ DEMO, Pedro. *Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Amazém do Ipê, 2006. p. 28-31.

⁹⁷ PROTA, Leonardo. *Refundar a educação: educação brasileira contemporânea: situação e perspectivas*. Londrina: Edição Humanidades, 2002. p. 40.

⁹⁸ SOUZA, André Barbieri de. A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 31-37. p. 33.

⁹⁹ Dentro desta ideia de conjugação de estratégias no processo educativo, aponta Pedro Demo (*Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Amazém do Ipê, 2006.

Indispensável salientar, neste ponto, que a democracia exige mais que o respeito à cidadania, e sim, sobretudo, a possibilidade de seu exercício e a sua compreensão não mais adstrita à ideia de participação política - apenas um de seus aspectos -, mas como um processo que tenha como indicador a emancipação, tomada como a “capacidade organizada de conceber e efetivar projeto próprio de desenvolvimento”¹⁰⁰.

Ana Paula de Barcellos¹⁰¹ assim reflete sobre esta conexão:

Não é preciso repisar que a educação constitui, modernamente, pressuposto básico para a participação no âmbito do Estado, para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado produtivo. A decisão consciente a respeito do voto em cada eleição, a informação acerca dos direitos mais elementares – e.g., direitos do consumidor, e até mesmo o direito de ação -, o acesso ao mercado de trabalho, tudo isso depende hoje, em boa parte, da educação formal.

Por todos os ângulos que se possa analisar, a educação qualificada se apresenta como um instrumento possibilitador desse processo democrático, formando e capacitando o cidadão para o acesso aos espaços públicos, de modo que todos os investimentos voltados à implementação do direito à educação equivalem, em última instância, a investir na própria democracia, eis que esta se estrutura na plena cidadania, como assinala Marcos Augusto Maliska¹⁰²:

[...] o amadurecimento da democracia passa a exigir essa discussão, basicamente, por dois aspectos: igualdade e liberdade. É por meio da educação que se tem mobilidade social, pois ela é que vai fornecer as condições necessárias para o desenvolvimento pessoal e o exercício da cidadania, enfim, a educação é que irá garantir a autonomia do indivíduo.

p. 95-96): [...] os meninos precisam aprender um lote de conhecimentos, em sentido qualitativo formal; mas a questão formativa também não poderia cair em segundo plano, pois a educação não resolve propriamente problemas econômicos, a não ser de modo indireto, mas pode ser instrumentação fundamental para se enfrentar a pobreza política; mesmo quando os níveis educacionais se voltam para o mercado de trabalho, não se trata apenas de produzir ‘recursos humanos’ competentes, mas de criar também competência política, seja como elite intelectual seja como ocupação do trabalho de coordenação, supervisão, planejamento, seja como grupo de influência específica na sociedade e assim por diante; principalmente, continua marca fundamental da ‘boa educação’ o processo de dentro para fora [...].

¹⁰⁰ DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania*. 10. ed. Campinas: Papirus, 2007. p. 16.

¹⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 97-98.

¹⁰² MALISKA, Marcos Augusto. Educação, constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008. p. 789-800.

Nesta análise, é inegável a relação simbiótica formada – no bojo do projeto democrático - entre a educação, a cidadania e a democracia, reconhecimento diante do qual é oportuna a censura de Marli Costa¹⁰³:

Construir um modelo democrático de cidadania, tendo por base uma realidade educacional de baixa qualidade, seria praticamente inviável. Educação, sem garantia de padrões de qualidade, serve muito mais para legitimar uma concepção de cidadania conservadora e dogmática, que busca a manutenção das estruturas de poder e não sua renovação via participação consciente e democrática.

É razoável, para esta perspectiva, a afirmação que então se lança: “Faz-se necessária uma revolução cultural e política a fim de distribuir para a população, das classes mais abastadas às menos favorecidas, educação de qualidade e conhecimento político. Somente com educação e cultura política será possível a construção de um verdadeiro Estado sob o manto da democracia”¹⁰⁴.

Para isso, é imperioso o compromisso com o efetivo desenvolvimento da educação, cujo anteparo material, exigido no atendimento às necessidades envolvidas em sua realização, reflete imediata e necessariamente em opções financeiras dos estados e suas prioridades de investimento econômico.

No Brasil, é uníssona a denúncia de que a universalização (e qualificação) da educação básica, ainda expressa uma promessa de realização, carecendo de intenso e prioritário investimento em termos de políticas públicas educacionais no sentido de garantir a igualdade de acesso a todas as crianças e jovens.

Sendo assim, apenas mediante uma tenaz responsabilidade do Estado brasileiro para com a educação básica - em termos de sua oferta de forma pública e gratuita – será possível promover a igualdade de acesso e sua conseqüente universalização, esforço que deve corresponder (obrigatoriamente) à oferta de educação de qualidade¹⁰⁵.

¹⁰³ COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta Leal; (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1703-1728. p. 1715-1716.

¹⁰⁴ GÖTTEMS, Caludinei J. Direito fundamental à educação: a efetividade da democracia através da jurisdição constitucional. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009. p. 48-63. p. 55.

¹⁰⁵ Aqui é assinalada a exigência de uma prestação qualificada do serviço educacional frente ao desafio de se ver garantida efetiva isonomia entre alunos provenientes das redes pública e

Exige-se, por isso, a partir da ideia vetora de que o empreendimento de uma prática educacional emancipatória e democraticamente inclusiva pode servir de instrumento poderoso de desenvolvimento da pessoa humana e do exercício da cidadania, que o integral atendimento ao direito à educação signifique cumprir, qualitativa e quantitativamente as obrigações que dele decorrem, produzindo ações políticas e serviços educacionais adequados à plena formação do educando.¹⁰⁶

Em sedimentada a ampliação conceitual acima, fica evidente a demanda por uma reformulação da educação de base na realidade nacional, pautada em uma nova concepção do ensino, ligada à formação integral do homem, de conteúdo não apenas intelectual, mas moral, social e ético.

Trata-se de perspectiva assentada na solidez do entendimento de que o direito à educação, na forma preconizada pelos dispositivos constitucionais, há de ser encarado como determinação vinculativa para a Administração Pública, incumbindo ao Administrador a adoção de medidas que viabilizem o gozo e fruição deste direito fundamental assegurado constitucionalmente. Com isto, não é permitido admitir, no atual estágio evolutivo - especialmente no que toca à democracia substancial -, que este direito de importância capital para a edificação do Estado Democrático, esteja adstrito a decisões de índole administrativa, sujeitas aos critérios de conveniência e oportunidade.

1.4 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS ENUNCIADORAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A digressão sobre a eficácia e efetividade das normas enunciadoras do direito fundamental social à educação é ponto elementar que aqui se coloca e que expressa intrínseca relação com a análise em torno de sua materialização, questão que se situa dentro da trajetória de tensão instalada entre norma e

privada, contraste flagrantemente arraigado na realidade brasileira, no que diz respeito ao ensino básico e fundamental.

¹⁰⁶ Marcos Maliska registra a afirmação de que a qualidade na educação é um dever jurídico (*O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 185): “A qualidade, em princípio, é um valor intrínseco a qualquer atividade, pois a realização de algo pressupõe a sua realização bem feita. Ainda que tendo presente esta premissa, a garantia de qualidade no ensino apresenta-se como um mecanismo de obrigação jurídica, ou seja, é possível exigir-se a qualidade do estabelecimento de ensino por ser uma obrigação jurídica do estabelecimento escolar prestá-la”.

realidade, e na observância das condições reais (naturais, técnicas, econômicas e sociais) pelas quais a sua aptidão de eficácia jurídica se efetiva¹⁰⁷.

Neste esforço, é adequado o exame inicial dos conceitos de eficácia e efetividade dos comandos normativos fundamentais, os quais ainda que entrelaçados – guardando íntima conexão com o aspecto da força normativa da Constituição -, não se confundem¹⁰⁸.

Como anota Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁹, é necessário se atentar à distinção entre a eficácia social da norma e a eficácia jurídica. A primeira, expressa a real observância e aplicação da norma na arena fática, tendo seu sentido conexo ao da efetividade da norma. A segunda, a seu turno, diz respeito à “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados”, referindo-se, por assim dizer, aos atributos da “[...] aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” a um determinado caso concreto.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso¹¹⁰ pontua que, se de um lado, a eficácia da norma pressupõe a sua vigência (aplicabilidade; vigorar em dado ordenamento), designando sua aptidão para a produção de efeitos, ou seja, “para a irradiação das consequências que lhe são próprias”¹¹¹ -, a efetividade, por sua vez, trata da realização do Direito, “o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social”¹¹².

Já Ingo Wolfgang Sarlet¹¹³, utilizando uma concepção mais tradicional de eficácia jurídica, abrange neste conceito tanto a eficácia jurídica

¹⁰⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 235.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 237.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

¹¹¹ Ou, também nas palavras deste autor, “[...]designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos”.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-83.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 240.

quanto a social, assimilando-as como aspectos diversos do mesmo fenômeno, porém situados em planos distintos - o do *ser* (ontológico; perspectiva descritiva) e o do *dever ser* (deontológico; perspectiva prescritiva) - e intimamente relacionados, visto que ambos são imprescindíveis à realização integral do direito. Partindo deste raciocínio, enuncia-a como

[...] a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

Em função da sua relevância para o estudo das normas constitucionais - e aí, acentuadamente, dos direitos fundamentais - o debate em torno da eficácia das normas jurídicas resulta em diversas classificações doutrinárias, entre as quais é comumente possível observar certa identidade, no que diz respeito ao reconhecimento da inexistência de norma constitucional inteiramente destituída de eficácia, e de igual modo, não haver graduação da carga eficaz das normas constitucionais. Ainda nestas similitudes classificatórias, também são identificadas duas classes de normas, “[...] aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional [...]” e aquelas que “[...] por apresentarem normatividade suficiente estão aptas a gerar seus efeitos, independentemente de uma mediação legislativa (*interpositio legis*)”¹¹⁴.

Dentre as difundidas classificações, desponta a emblemática construção de José Afonso da Silva¹¹⁵ ao dividir as normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada, categorias assim elucidadas pelo autor:

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 251.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 134-135.

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

É nesta última classe normativa - de eficácia limitada - que José Afonso da Silva insere a categoria de normas de legislação e as normas programáticas, retratando-as como as que “[...] versam sobre matéria eminentemente ético social, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc)”¹¹⁶.

A tratada espécie de natureza programática é apontada por Paulo Bonavides como a que mais discussões gera dentre todas as normas constitucionais, notadamente no que diz respeito à sua eficácia e juridicidade, enfatizando: “As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política”¹¹⁷.

Nesta seara temática, parte da doutrina considera as normas constitucionais programáticas como destituídas de normatividade constitucional – a dizer, não apresentam caráter vinculante -, servindo apenas como diretiva para o ordenamento jurídico e para as políticas públicas, estando, aí, estritamente ligadas à realização dos valores vigentes em determinada sociedade num dado momento histórico.¹¹⁸

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 218.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 219.

Tratando desta perspectiva, Luis Roberto Barroso¹¹⁹ confere perspicaz leitura ao significado da dita ausência de vinculação:

As normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos na sua feição negativa.

A partir desta exegese, é de se inferir que apesar de as normas constitucionais definidoras de direitos sociais - notadamente os que geram uma prestação positiva do Estado - normalmente assumirem a feição de normas programáticas, isto não conduz ao juízo de que sejam desprovidas de eficácia jurídica, uma vez que, como é imperioso realçar, tratam-se de direitos fundamentais (embora, não raro, não efetivados).¹²⁰

Tal ponderação exige o cotejo com o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal que, para afastar quaisquer embates, dispõe expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, relevo em que é crucial enfatizar que o Texto Fundamental não elevou - quanto ao alcance dessa norma - qualquer distinção entre os direitos de defesa e os direitos sociais para fins de incidência do examinado artigo, até porque vigora na ordem constitucional brasileira a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º), condição que fortalece ainda mais a aplicabilidade direta e imediata de todo o catálogo de direitos fundamentais, inclusive aqueles não alocados diretamente no elenco da Constituição^{121 122}.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 244.

¹²⁰ Aqui insta relevar a premissa de que todo preceito Constitucional é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, ou mais especificamente, como teoriza Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 294), “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa”.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 263.

¹²² É de anotar o que destaca Maurício Júnior (MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *Revisão judicial da escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 46): “Outro ponto que reforça a garantia dos direitos fundamentais é que a Constituição veda sua abolição, conforme previsto no art. 60, §4º, IV”, e, citando Sarlet, averba que “[...] esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais [...]”, e que, aliada à aplicabilidade

A esse respeito, há quem sustente residir um condão principiológico na norma do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira, raciocínio que inculca sua consideração, na verdade, como um mecanismo de otimização¹²³. Disso resulta não só que a sua maior ou menor aplicabilidade estará condicionada às características da norma de direito fundamental, como também que aos “[...] poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais [...]”¹²⁴.

A leitura que, entretanto, denota maior adequação frente a uma abordagem sistêmica do alcance da norma do artigo 5º, § 1º da Constituição, parece estar além desta aludida nuance. Ingo Sarlet¹²⁵, neste sentido, aduz consentânea equação exegética:

[...] a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumprí-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo. Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes a sua plena eficácia.

Relativamente aos direitos de defesa (ou direitos de proteção), a celeuma em torno da aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais não oferece maiores indagações - já que estes, em regra, reclamam uma abstenção estatal -. A maior dificuldade é deparada, contudo, naqueles direitos de cunho prestacional, os quais exigem uma atuação positiva por parte do Estado para a sua realização.

Para o caso desses direitos prestacionais, Cristina Queiroz ministra que “a medida e a intensidade de que se reveste a respectiva vinculação jurídica depende da forma, mais concreta ou mais abstrata, com que a norma resulte

imediate, “[...]constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria”.

¹²³ É neste sentido, a exemplo, o posicionamento de Gomes Canotilho e Flávia Piovesan, entre outros (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 270)

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 271.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 268-269.

formulada”¹²⁶. No entanto, a vontade explícita do legislador constituinte em deferir aos direitos fundamentais (inclusive os sociais) a plena aplicabilidade – como o fez na inscrição do artigo 5º, § 1º - não viabiliza a aceitação deste entendimento.

Isto porque, consoante distingue Konrad Hesse¹²⁷, “[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização: a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo”. Osvaldo Canela Junior¹²⁸ bem elabora acerca desta advertência:

Há uma distinção sutil que deve ser realizada, sob pena de causar séria crise na efetivação dos direitos fundamentais. O direito fundamental assegurado não se confunde com os mecanismos que o Estado elegerá para sua satisfação espontânea. [...] Como os direitos fundamentais constituem uma integralidade, é logicamente incompatível a conclusão de que os direitos fundamentais sociais não possuem plena eficácia, ou aplicabilidade imediata. Um dos argumentos utilizados é a referência, pela Constituição, da necessidade da construção de uma norma integradora, o que limitaria a eficácia de determinados direitos fundamentais, em especial os sociais. O equívoco desta abordagem consiste na inobservância de que os direitos subjetivos constitucionais foram expressamente previstos no art. 6º da Constituição Federal, de forma que sua eficácia é imediata. Entretanto, as chamadas normas integradoras são derivadas de políticas públicas para o atendimento espontâneo destes direitos. Tais políticas públicas serão conduzidas segundo o apropriado núcleo de irradiação, que em si mesmo pode ser alterado para melhor atendimento deste desiderato.

A mesma aconselhada prudência interpretativa é extraída em ensinamento de Pietro Jesús de Lora Alarcón¹²⁹, ao ressaltar que:

Uma interpretação que desconsiderasse a força normativa dos programas constitucionais faria aparecer o conteúdo de cada artigo como meras imagens, impossíveis de concretização, quando na verdade há um direito fundamental consagrado. Não há como duvidar de que direitos, como a educação, estão plenamente albergados na Constituição. O que acontece, simplesmente, é que tais eles, como todos os demais, requerem efetividade, para o que é necessária uma atuação do Estado. Portanto, é o Estado quem deve satisfazer o direito, cumprindo uma prestação. Destarte, é possível diferenciar o direito fundamental da prestação estatal. São as faces de uma mesma natureza constitucional, a da *Constituição-dirigente*.

¹²⁶ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 88.

¹²⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

¹²⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

¹²⁹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A dignidade da pessoa humana e o direito à educação. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (coords.). *15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade*. Bauru: EDITE, 2003, p. 433-482. p. 475.

A inteligência que aqui se sustenta vem equalizada na compreensão de que os direitos sociais - por força do comando delineado do artigo 5º, § 1º e do art. 5º, XXXV - possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos¹³⁰, o que lhes outorga plena e ampla possibilidade de reivindicação perante os poderes competentes, pois a “[...] natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação”¹³¹.

Para além do debate em torno do caráter subjetivo ou objetivo de tais direitos - e, pontuada a questão de sua acionabilidade, decorrente de uma perspectiva subjetiva (objeto tratado no item 1.1.1), efeito que primeiramente se avulta no exame do artigo 5º, § 1º, da Carta da República -, é essencial que não se ignore a qualidade de garantias institucionais objetivas imputada a essa espécie normativa, o que corresponde à possibilidade de ser vindicável sua concretização. É o que afirma Cristina Queiroz¹³²:

Neste contexto, muitos afirmam que o que importa não será já distinguir as “garantias institucionais”, concebendo estes últimos como direitos subjetivos destinados a proteger as esferas de liberdade individual face ao Estado e, neste sentido, declará-los, unicamente, com exclusão das garantias institucionais, como “direitos fundamentais no sentido forte e rigoroso do termo”, mas de reconhecer aos direitos fundamentais em si mesmos “garantias institucionais objetivas”, independentemente da natureza “objetiva ou subjetiva” do direito fundamental em causa.

Ademais, não fosse defendida esta inferência à aplicabilidade imediata os direitos fundamentais sociais apenas por existir no catálogo constitucional uma norma que assim o dispõe expressamente, o seria - ainda que este comando inexistisse - pela indispensabilidade que repousa na materialização

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 306.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 306.

¹³² QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 128.

destes direitos para a dignificação da pessoa humana, como vetor de exigência de justiça social.

Avaliando o direito fundamental social à educação sob o prisma constitucional brasileiro, é possível observar que o constituinte pátrio muito bem o instalou normativamente, pois além de mencioná-lo expressamente como um direito social e integrante dos direitos fundamentais, tratou-o delineando bem seus objetivos (artigo 206), fixando os princípios sobre os quais deve ser desenvolvido - sempre matizado pela dignidade humana e o princípio democrático (artigo 205) -, deferindo-lhe o grau de imperatividade desejável e necessária à sua plena e ampla aplicabilidade (artigo 208 combinado com o artigo 5º, § 1º), projetando, assim, a sua potencial eficácia e efetividade no sistema jurídico.

Entretanto, a plena e imediata aplicabilidade arrogada aos direitos fundamentais sociais - resultantes de uma expressão maior, impressa na força normativa da Constituição -, para ser efetiva, deve se perfazer em constante e atenta mensuração com a realidade, pois, como acentua Konrad Hesse, “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita sua ordenação objetiva”¹³³.

E em uma perspectiva catalisadora da aptidão eficaz de quaisquer direitos fundamentais, na dinâmica necessária entre a Constituição jurídica e o poder político-social, um conforma e condiciona o outro, de maneira que, se de um lado a Constituição reflete em certa medida a realidade histórico-cultural da sociedade e é concretizada pela atuação das forças sociais vigentes, de outro tem também o condão de conformar a realidade fático-social através da irradiação dos valores que sintetiza.

Esta atenção evidencia que as normas veiculadoras do direito à educação extraem sua força normativa da realidade social, que é o que lhe confere o substrato para a eficácia que integra o seu arranjo jurídico, à medida em que a sociedade, desvelando suas necessidades e interesses, aquilatou esse direito como fundamental ao pleno desenvolvimento da pessoa, vinculando o Estado - e todas as expressões e instâncias do seu poder - à busca de sua efetivação.

¹³³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 18.

Na percepção da deferência jurídica conferida a este direito, justifica Regina Fonseca Maria Muniz¹³⁴ em exponencial lição:

Força convir, fundando-se na orientação doutrinária e pretoriana, que as normas constitucionais que disciplinam o direito à educação, ora visto como integrante do direito à vida, ora como direito social, hão de ser entendidas como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, onde todos são investidos no direito subjetivo público, com efetivo exercício e gozo, indispensáveis para o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (art. 205 da Constituição Federal), sem o que o ser humano não tem como atingir a sua plenitude terrena, no plano material e espiritual. Nesse passo, o direito à educação é mais do que um direito social de segunda dimensão: é um direito fundamental de primeira grandeza e da personalidade, inserido no direito à vida no seu sentido integral, isto é, como meio necessário a uma perfeita e sólida formação do homem e pelo papel decisivo que ele exerce na preservação da coesão social e, portanto, nos termos do § 1º do art. 5º da CF/88, é norma constitucional de aplicabilidade imediata. (Grifos no original)

Reconhecendo que através da educação o homem realiza a sua humanidade, Pietro Jesús de Lora Alarcón¹³⁵ acentua que a efetividade do direito à educação se apresenta como legítimo pressuposto para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e, desta maneira, condicionar a sua exigibilidade à existência de normatividade infraconstitucional - sob o argumento de o artigo 205 da Lei Maior tratar-se de norma programática -, é negar o fundamento último do Estado Democrático de Direito instaurado na Carta Republicana de 1988: a dignidade da pessoa humana.¹³⁶

Verbere-se, além disso, que aceitar que o direito fundamental à educação protegido no artigo 205 da Constituição Federal é uma norma

¹³⁴ MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 22-23.

¹³⁵ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A dignidade da pessoa humana e o direito à educação. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (coords.). *15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade*. Bauru: EDITE, 2003, p. 433-482. p. 471.

¹³⁶ a. E nesse raciocínio, Pietro Jesús de Lora Alarcón enfatiza: “[...] a educação é um direito de todos e um dever do Estado, e, em consonância, o acesso à educação é um direito público subjetivo.” (A dignidade da pessoa humana e o direito à educação. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (coords.). *15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade*. Bauru: EDITE, 2003, p. 433-482. p. 472).

b. Ingo Wolfgang Sarlet aduz que o artigo 205 da Constituição Federal é uma norma constitucional programática, de eficácia limitada e, assim, insuficiente, por si só, para gerar o reconhecimento de um direito subjetivo, de modo que o indivíduo não poderia exigir do Estado a sua efetiva prestação sob a perspectiva do direito fundamental à educação delineado naquela dicção do dispositivo em comento. (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009. p. 355).

constitucional programática de modo algum implica aceitar ou conduzir ao entendimento de que esteja desprovido de eficácia jurídica.¹³⁷

Para tanto, é franqueada a expressão de que, como ensina Eros Roberto Grau¹³⁸, “As normas constitucionais programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, Executivo e Judiciário”.

A esse respeito, inclusive, é inevitável notabilizar o que destaca José Afonso da Silva¹³⁹ ao tratar das normas constitucionais programáticas: “[...] não estão referidos neste tópico nem o direito à educação, nem o direito à saúde, porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem obrigação de satisfazer aquele direito”. Ainda no magistério do prestigiado constitucionalista é possível colher adequada síntese interpretativa do conjunto normativo disposto a partir do comentado artigo 205 da Ordem Fundamental:

A norma assim explicitada – “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família [...]” (arts. 205 e 227) -, significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente este direito; e, em segundo lugar, que **todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização**. A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é *direito público subjetivo*, equivale reconhecer que é **direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata**, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente.¹⁴⁰ (grifo meu)

¹³⁷ Em torno deste entendimento, vale realçar exegese habilidosa em equacionar a problemática acerca da programaticidade diante de direitos fundamentais sociais, proposta por Osvaldo Canela Junior: “*Aquilo que se convencionou chamar de normas programáticas refere-se, a nosso ver, às normas vinculadas aos objetivos a serem alcançados pelo Estado, por meio de programas articulados e executados por intermédio das políticas públicas. A norma integradora, portanto, não se destina a garantir a eficácia do direito fundamental social, mas capacitar o Estado à sua satisfação espontânea. Este é o sentido que emprestamos à expressão programática. Do ponto de vista da interpretação sistêmica proposta, direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos previstos no art. 6º da Constituição Federal, de eficácia plena e aplicabilidade imediata. [...] Esta confusão entre o direito e os mecanismos jurídicos para a sua satisfação espontânea pelo Estado tem causado uma crise de aplicabilidade das normas de proteção aos direitos fundamentais sociais [...]*”. (CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63-64).

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 126

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 82-83.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 312.

Para sedimentar o abono teórico aqui empreendido, é de se realçar, por fim, a análise lançada pelo Ministro Celso de Mello a respeito da eficácia do artigo 205 da Constituição Federal, em voto proferido no julgamento da Adin nº 51:

Tornou-se, hoje, axiomático dizer que o “direito à educação” insere-se no quadro contemporâneo das liberdades públicas “reais”, como uma de suas expressões sociais mais significativas. Traduz-se no reconhecimento da possibilidade de acesso das pessoas ao sistema educacional instituído pelo Estado[...] Trata-se de uma liberdade pública, de caráter positivo, que impõe ao Estado um dever de prestação, um “facere”, do qual ele só se desincumbirá “realizando” o programa de ação consubstanciado na norma constitucional.¹⁴¹

A partir dessa análise sistêmica (sempre matizada na exigência de máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente aquelas que tutelem, em seu núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana), a contextualização normativa do direito à educação enseja não apenas o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata e de sua justiciabilidade, como a possibilidade de se afirmar a natureza jurídica vinculativa das diretrizes constitucionais que tratam dos moldes de sua efetivação, em especial atenção àquele comando que lhe autentica uma finalidade última (artigo 205): “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

A eficácia plena que esta leitura permite imprimir ao direito fundamental social à educação aponta, deste modo, para a imposição de que os esforços do Estado – em todas as suas instâncias e formas de expressão – e todos os mecanismos aparelhados para sua efetividade tenham seu funcionamento jungido a uma concepção de desenvolvimento humano pleno, gestado no âmago desse direito fundamental social que não só teve reconhecida sua imprescindibilidade para a construção dos ideais democráticos e sociais plasmados pela Constituição, como ainda houve delineado, para o seu implemento, um projeto educacional expressando a sua dimensão e profundidade, bem como a sua fonte de custeio, para assim vincular todo o Poder Estatal à sua completa realização.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 51, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1989, DJ 17-09-1993 PP-18926 EMENT VOL-01717-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266174>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FONTE DE FINANCIAMENTO À DEMANDA ECONÔMICA DE SUA REALIZAÇÃO NA ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA

Para o avanço da investigação impulsionada na pesquisa, após a análise centrada no tratamento normativo (e suas inferências) dispensado ao direito fundamental social à educação, é indispensável agora se avaliar aquele objeto de interlocução prática entre os seus planos prescritivo e descritivo - o veículo de materialização daqueles comandos jurídicos dirigidos ao Estado na realidade fática -, qual seja, as políticas públicas, cuja fonte instrumental – seu financiamento – se conecta imediata e necessariamente à atividade pública orçamentária.

Este exame requer, portanto, o estudo do conceito de políticas públicas em forçoso cotejo com a questão de seu custeio, tarefa que se guiará da análise da atividade orçamentária à luz da Constituição – e suas diretrizes de alocação de recursos – e seu confronto obrigatório diante da garantia premente edificada no mínimo existencial, além da inserção de abordagem também constitucionalizada da discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas.

Para que se desenvolva com maior solidez os aspectos basilares a este percurso, compete inicialmente trilhar o entendimento sobre políticas públicas que se pretende impingir à problemática.

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO E SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em acepção difundida na mais recente teoria jurídica, as políticas públicas se apresentam jungidas ao conceito de “atividade”, tomado como uma série de atos¹⁴² – das mais diversas fórmulas -, unificados por um mesmo escopo e articulado num programa de longo prazo, ressaltado que “política aqui não conota,

¹⁴² Fábio Konder Comparato (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 339) relembra que desde o direito romano, a doutrina jurídica mais tradicional se ocupou muito mais detidamente de atos isolados como contratos, testamentos, matrimônio, nomeação e demissão de funcionários públicos, e assim por diante, mas “foi só recentemente, em razão do desenvolvimento da economia de massa, que começaram a ser elaboradas regras jurídicas específicas sobre o desenvolvimento de atividades, como a organização do serviço público, ou a exploração empresarial”

evidentemente, a política partidária, mas política num sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização do poder”¹⁴³.

O fundamento das políticas públicas está no reconhecimento dos direitos sociais, caracteres que, como sustentado anteriormente, difundem direitos fundamentais de natureza prestacional, que exigem uma atuação/prestação positiva do Estado¹⁴⁴, consubstanciada na implementação de políticas públicas, expressão que, como ensina Eros Roberto Grau¹⁴⁵, “designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social”.¹⁴⁶

Traduzindo-se na mais notável via de efetivação destes direitos fundamentais de índole prestacional, as políticas públicas têm o condão de possibilitar a concretização destas normas de premente relevância, enunciadoras dos fins e valores assentados no texto constitucional, cuja viabilidade de exercício é elemento determinante para o próprio exercício das liberdades individuais.¹⁴⁷

Como menciona Eduardo Appio¹⁴⁸ no estudo das políticas públicas, estas podem ser entendidas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção do Estado na realidade social com o objetivo de garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos e, assim, assegurar a todos condições materiais de uma existência digna.

A então propriedade realizadora atribuída às políticas públicas abrange, assim, aquelas “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”¹⁴⁹.

¹⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 242.

¹⁴⁴ Esta exigência por uma atuação positiva realça a grande dificuldade para a efetivação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais de conteúdo econômico, social e cultural.

¹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

¹⁴⁶ Nesta conceito, Eros Grau (*O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26) ainda insere: “E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio Direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o Direito é também, ele próprio, uma política pública”.

¹⁴⁷ Sobre a essência das premissas constitucionais defrontadas na seara acima aludida, convém notabilizar, que “Sua existência só por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação”. (SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 465).

¹⁴⁸ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006. p. 136.

¹⁴⁹ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 285.

Na proposta de inteligência das políticas públicas à luz da posição jurídica de vanguarda ocupada pelos direitos fundamentais sociais, Eduardo Cambi¹⁵⁰ articula com propriedade:

[...] os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependem de *políticas públicas*. No campo desses direitos, a *efetividade* não se apresenta como *condição ulterior do direito*. Não basta, pois, o reconhecimento formal dos direitos fundamentais; imprescindível existir meios para concretizá-los. Os direitos fundamentais (sociais) são realizados a partir de um *conjunto de atividades* – denominado de *políticas públicas* – que devem ser realizados pela Administração Pública, para que os fins previstos na Constituição sejam cumpridos. Em sentido amplo, o termo *políticas públicas* abrange a *coordenação* dos meios à disposição do Estado, para harmonização das atividades estatais e privadas, nas quais se incluem a prestação de serviços e a atuação normativa, reguladora e de fomento, para realização de objetivos politicamente determinados e socialmente relevantes. Enfim, políticas públicas são *metas políticas conscientes* ou *programas de ação governamental*, voltados à coordenação dos meios à disposição do Estado e das atividades privadas, com a finalidade de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Adensando a compreensão que disso se pretende extrair, é essencial sedimentar que considerável espectro de políticas públicas já estão definidas na Constituição, devendo necessariamente ser adotadas por corresponderem, seus fins, aos objetivos da República¹⁵¹.

Aí se destaca que a Carta Constitucional de 1988 edifica o projeto de Estado vocacionado e habilitado à concretização de seus fundamentos (artigo 1º) e objetivos (artigo 3º), de modo que sua interlocução com a sociedade assume toda a relevância, exatamente porque a ele incumbe “a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social”^{152 153}.

¹⁵⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 190.

¹⁵¹ FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752. p. 744.

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259.

¹⁵³ Aliás, Maria Paula Dallari Bucci situa as políticas públicas - enquanto programas de ação governamental destinados à coordenação dos meios postos à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados - como um problema de direito público, *lato sensu* (*Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241).

Para essa abordagem calcada na tríade Constituição, Estado e sociedade, é adequado então inferir:

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (reforço para execução da lei).

Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função. Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado.¹⁵⁴

Assumir essa compreensão de políticas públicas como mecanismos do gerenciamento estatal para a execução da lei implica um redimensionamento de fronteiras à ação pública e ao conteúdo de suas escolhas, no sentido de não mais concebê-las apenas como atos políticos ou de governo, marcadamente vulneráveis à estratégias de governabilidade e reféns da sazonalidade governamental. A travessia de um modelo de políticas públicas de governo até um arranjo de ação institucional pautado em políticas públicas de Estado (submetidas ao controle social), em verdade, representa questão nuclear dentro de qualquer análise que cuide de uma pretensão de estabilidade no desenvolvimento das atividades públicas.¹⁵⁵

¹⁵⁴ SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34-35.

¹⁵⁵ A questão ganha contornos relevantes quando interiorizada pelo debate em torno do planejamento da educação no Brasil. Vale até registrar, a exemplo disso, a clareza da afirmação (e seu fundamento) lançada por Tarso Genro, em entrevista concedida em 24 de junho de 2005 à Folha de São Paulo:

Isso porque, para o não comprometimento de sua eficácia, a articulação de políticas públicas não pode ser dependente de conjunturas governamentais, que podem oscilar de acordo com as posições políticas sazonalmente assumidas, as composições partidárias e outros fatores intervenientes dessas relações, ou seja, não se admite subordinar a essas esferas o desenvolvimento do projeto democrático. As dimensões do Brasil e o desenho institucional conferido pelo sistema federativo em vigor, somados aos desafios urgentes de reduzir significativamente as desigualdades sociais, indicam que essa estratégia demanda políticas de Estado.¹⁵⁶

Com essa inferência, é possível deferir às políticas o predicado ensinado por Rogério Gesta Leal¹⁵⁷: “qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o modo de vida republicano, democrático e social que se pretende instituir no País”.

Analisada esta vocação impingida às políticas públicas, é reflexa a percepção de que o seu empreendimento no Brasil se articula em duas frentes principais, a social e a econômica, ambas voltadas para a agenda do desenvolvimento¹⁵⁸, noção que se pode identificar como a principal política pública,

“A educação deve ser tratada como política de Estado e não como política de cada governo. É essa a principal solução apontada por Tarso Genro, ministro da Educação, para que a escola pública no Brasil tenha qualidade daqui a dez anos. [...]”

Folha - Quais são os maiores problemas das escolas públicas do ensino básico no Brasil?

Tarso Genro - Um problema de ordem geral é a qualidade do ensino básico -- não é que não exista qualidade, é que ela é muito diferenciada de região para região. O segundo problema é o acesso ao nível médio -- só 30% das crianças que saem do nível fundamental acessam o nível médio. Esses dois problemas remetem a um terceiro, que é o financiamento. **É necessário considerar as políticas educacionais como política de Estado e ter uma proposta de financiamento estável para todo o ensino básico, que permita que essas questões sejam corrigidas. Pela norma nacional, os prestadores do ensino básico são os Estados e os municípios. O MEC é o indutor do projeto educacional nacional. Portanto, as boas ou más políticas do MEC podem ter reflexo diferenciado de região para região e de cidade para cidade. [...]**

Folha - Como o MEC está agindo para fazer com que seja cumprido o Plano Nacional de Educação, lei que tem uma série de metas que não estão sendo alcançadas?

Tarso - Normalmente essas metas são utopias, mas são utopias necessárias, desejáveis. O que ocorre frequentemente é que essas metas não têm os recursos disponíveis, ou então há uma visão do Executivo de que a educação não é prioridade. **Por isso a possibilidade do cumprimento dessas metas é cravar na Constituição elementos que obriguem que as políticas educacionais sejam políticas de Estado, independentemente de governo e que a violação das suas normas seja uma possibilidade reduzida do gestor”.**

(GENRO, Tarso. Educação é política de Estado e não de governo. *Folha de São Paulo*. Entrevista concedida a Luciana Farnesi e Rodrigo Röttsch. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/educacao/te2406200542.shtml>>. Acesso em: 11 jul. 2013).

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Dalida Andrade. Das políticas de governo à política de estado: reflexões sobre a atual agenda educacional brasileira. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 32, n. 115, p. 323-337, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

¹⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 167.

¹⁵⁸ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006. p. 136.

conformando todas as demais, em harmonização com os objetivos republicanos elencados na Lei Fundamental.

Não é demais assentar, portanto, que a Carta Federativa brasileira se distingue como estatuto marcadamente voltado – política e juridicamente - à concretização dos direitos fundamentais sociais, balizando as políticas públicas como mecanismos de ação do Estado brasileiro voltados a esse mister. Por esta regência, se o Estado - organização política da sociedade - tem sua existência focada na defesa e promoção dos direitos fundamentais, cabe a conclusão de que o desenvolvimento estatal será tanto maior quanto maior for a rede de proteção de tais direitos, pelo manejo de políticas públicas eficazes¹⁵⁹.

Inevitável discernir, nesta linha de entendimento, que a análise das políticas públicas está diretamente relacionada ao “atual estágio de desenvolvimento da atuação do Estado para a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais”¹⁶⁰, já que a estratégia voltada para a sua elaboração e implementação se vincula ao modelo de Estado adotado por determinada sociedade.

Daí que a noção de políticas públicas vem validada dentro do arranjo conceitual do Estado Social de Direito, que lhe traz uma nova significação, não mais de intervenção sobre a esfera/atividade privada, mas o sentido de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como a do próprio Estado.¹⁶¹ Neste sentido é que se empresta a leitura dialética do instituto:

[...] no mundo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado. A questão é determinar o papel e a efetividade do Estado. O desenvolvimento requer um Estado atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados. [...] O fator determinante é a efetividade do Estado. Parece claro que a sua primeira tarefa é garantir os direitos fundamentais à população, a saber: a definição de uma base legal; a manutenção da estabilidade econômica; o investimento em serviços sociais básicos e infra-estrutura; o amparo aos vulneráveis; a proteção ao meio-ambiente. [...] As políticas públicas devem assegurar o crescimento e contribuir para a redução da pobreza e da desigualdade. E isso só acontece quando os governos podem colocar os fundamentos sociais como prioritários.¹⁶²

¹⁵⁹ AIITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 219.

¹⁶⁰ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 211.

¹⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247.

¹⁶² DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 131.

Aí se levanta ampla e flagrante superfície de interpenetração entre as dimensões jurídica e política, uma vez convocado o Estado a conferir eficácia social às normas constitucionais definidoras de direitos sociais, mediante veiculação de normas e/ou programas voltados para a concretização de tal modalidade de direitos, cuja elaboração e cumprimento envolve atividades a serem desempenhadas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo (além de uma possível contribuição decisiva da própria sociedade civil organizada).

Nesta sistemática, conforme registra Maria Paula Dallari Bucci¹⁶³, as políticas públicas devem ser tomadas como expressão que abrange todas as formas de atuação do Estado dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados, concepção que se faz plenamente consentânea com a ideia de que o poder estatal é uno e se destina à consecução dos seus objetivos erigidos no artigo 3º da constituição Federal¹⁶⁴, entre os quais adequadamente se acomoda a efetivação de direitos fundamentais¹⁶⁵, de modo que, como adverte Osvaldo Canela Junior¹⁶⁶,

Nenhuma política pública, portanto, pode violar os direitos fundamentais, porquanto tal representa a transgressão dos próprios objetivos do Estado. Esta diretiva ficou claramente estabelecida no art. 60, § 4º, II e IV, da Constituição Federal. Ao estabelecer que os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas, o constituinte originário delimitou claramente o âmbito de liberdade criativa em matéria de políticas públicas.

Firmando tal compreensão, o autor acima aludido levanta hábil entendimento a conjugar o funcionamento da ação do Estado¹⁶⁷ - através de suas atividades especializadas - para a tarefa de precipitação material dos direitos fundamentais sociais:

¹⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37-s.

¹⁶⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

¹⁶⁵ Cf. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coords.). *Temas fundamentais de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 47-49.

¹⁶⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

¹⁶⁷ Sobre o papel desempenhado pelo poder estatal, o autor ainda destaca (CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59): “As políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos. O Estado, como sujeito passivo da obrigação, as satisfaz por meio da atuação concreta das formas de expressão do poder estatal. A percepção em tela é mais fluídica em relação aos atos comissivos das formas de expressão do poder estatal, mas não tão evidente em relação aos atos omissivos, o que repercute diretamente na dimensão da eficácia que se confere, no Brasil, aos direitos fundamentais”.

A atividade legislativa, ante o princípio da legalidade, cria as normas de conduta dos agentes públicos adequadas à realização dos objetivos do Estado. As normas de conduta vinculam a intervenção humana dos agentes públicos, representada pela atividade administrativa, e a destinação do patrimônio estatal. Caso esta atividade não se harmonize com os objetivos do Estado, a jurisdição promoverá o realinhamento necessário.

De acordo com os parâmetros traçados pela Constituição Federal, o Estado brasileiro estabeleceu objetivos claros, todos insertos no respectivo art. 3º. Os verbos utilizados são indicativos da conduta pró-ativa do Estado: construir, garantir, erradicar, reduzir e promover. O sentido de realização é evidente, constituindo componente primordial para a compreensão das chamadas políticas públicas. [...]

As políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos. O Estado, como sujeito passivo da obrigação, as satisfaz por meio da atuação concreta das formas de expressão do poder estatal. A percepção em tela é mais fluídica em relação aos atos comissivos das formas de expressão do poder estatal, mas não tão evidente em relação aos atos omissivos, o que repercute diretamente na dimensão da eficácia que se confere, no Brasil, aos direitos fundamentais”.¹⁶⁸

Naturalmente, dentro dessa dinâmica, a tensão em torno da exigência de políticas públicas desvela intenso e frequente ambiente de conflito na atualidade, e, sobretudo, tema que ocasiona inflamadas controvérsias judiciais.¹⁶⁹ E este incursu, como assinala Maria Paula Dallari Bucci¹⁷⁰ - notadamente em uma era de alargamento do universo jurídico, onde os direitos sociais deixam de ser simples declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em status constitucional, dotados da exigência de sua efetividade – faz das políticas públicas, inegavelmente, um foco de interesse juridicamente pertinente enquanto esquema de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos.

¹⁶⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56-57; 59.

¹⁶⁹ E sobre este horizonte de justiciabilidade presente na matéria (que não raro partem de grupos organizados que reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, moradia, educação, transporte, etc) - José Reinaldo De Lima Lopes pondera: “Nestes casos, a solução não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas uma política pública. Trata-se de uma solução que requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia de dinheiro, mas fazer ou promover um serviço público (contínuo, ininterrupto, impessoal, etc.). Serviços públicos exigem meios: receita para o custeio, pessoal e material para sua execução, poder ou competência para sua efetividade (desapropriação, policiamento, fiscalização, regulação administrativa, remoções, etc.). Tais conflitos encontram no Judiciário um canal para sua visibilidade, para se criar impasses que obriguem a negociações: evitam que demandas básicas levem a revoltas populares contínuas”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronto a instituição*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 23-33: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) – USP, 1994. p. 24.)

¹⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

No entanto, o tratamento do tema no âmbito jurídico não deixa de ser ambiente sinuoso, principalmente diante de um dos centrais dilemas do constitucionalismo dirigente, qual seja: se a previsão dos direitos sociais nas cartas políticas não é decalque da situação econômica que se altere com as circunstâncias – sendo certo que os direitos fundamentais permanecem -, “como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa?”¹⁷¹.

Trabalhar o conceito de políticas públicas no campo do Direito e voltar-se a esta problemática que transcende a sua dimensão dogmática significa então, previamente, aceitar um grau maior de interlocução entre as esferas jurídica e política ou, por assim dizer, assumir a comunicação que há entre esses sistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa conexão na estrutura do Poder, Estado e Administração Pública¹⁷².

A complexidade da matéria não prejudica, todavia, a constatação de que a questão inerente às políticas públicas encontra-se definitivamente inserida no universo jurídico, não se situando apenas nas órbitas da Política ou das outras ciências sociais.

Esta percepção da indissociável vinculação das políticas públicas ao espectro de abrangência do sistema jurídico e, via reflexa, a tão intensa quanto crescente justiciabilidade que cerca o assunto na realidade contemporânea, manifestam, assim, a profunda relevância do tema diante de uma perspectiva que identifique o Direito – e sua vivacidade - como um necessário instrumento de inclusão e desenvolvimento social.

¹⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247.

¹⁷² Maria Paula Dallari Bucci (*Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241-242) refere, neste espectro de abrangência, ser possível identificar as políticas públicas como temática diretamente ligada à Ciência Política e à Ciência da Administração Pública, ingressando no foco de interesse do Direito na medida em que o universo jurídico se expande, autenticando a concepção não meramente formal dos direitos sociais (como declarações retóricas), mas sim na sua interface de direitos positivados em busca de efetivação.

2.2 ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, PREVISÃO E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO: O ORÇAMENTO COMO INSTRUMENTO PARA A REALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DO ESTADO

É conveniente para a pesquisa que se trace um panorama geral – ainda que não adensado – do contexto normativo que envolve o processo de elaboração de políticas públicas, sendo adequado ponto inicial o reconhecimento prévio da forma exterior – juridicamente identificável - assumida por uma política pública, o que se pode propor como “conjuntos de ações e programas de ação governamental que se valem precipuamente de normas jurídicas para moldar e impulsionar a consecução dos objetivos estabelecidos”¹⁷³.

Deste modo, o substrato primeiro da gênese das políticas públicas está na norma jurídica que “desempenha a função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade estatal dirigida. Por isso, a norma é fundamental no contexto presente tanto para a viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger”¹⁷⁴.

É certo que as políticas públicas têm diferentes suportes jurídicos, podendo ser veiculadas em disposições constitucionais, em leis, normas infralegais (atos administrativos normativos; v.g. decretos e portarias) ou até em instrumentos jurídicos de outra natureza (contratos de concessão de serviço público, por exemplo).¹⁷⁵

É possível identificar, ainda, uma aproximação entre as noções de política pública e a de plano, já que elas frequentemente se exteriorizam através de planos que podem ter caráter geral (a exemplo do Plano Nacional de Desenvolvimento), regional, ou ainda setorial (Plano Nacional de Saúde, por exemplo). Nestes casos todos, conforme enuncia Maria Paula Dallari Bucci, “o

¹⁷³ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

¹⁷⁴ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

¹⁷⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11. Sobre esta diversidade de suportes jurídicos, a autora assera que a exteriorização das políticas públicas está muito longe de um padrão uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico, o que resulta na incidência de dúvidas referentes ao caráter vinculante dos instrumentos de expressão das políticas públicas e acerca da sua justiciabilidade, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento em juízo”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 257)

instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. Sucodem-se normas de execução, da alçada do Poder Executivo”¹⁷⁶.

A autora observa, porém, que a política é mais abrangente que o plano e pode ser entendida como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do Estado¹⁷⁷, processo que conta com a participação dos agentes públicos. E, aí, inequivocamente, a efetividade de uma política pública se relaciona diretamente à qualidade do processo administrativo voltado à sua elaboração e implementação.

A elaboração de políticas públicas guarda um manifesto paralelo com a atividade de planejamento¹⁷⁸, destinando-se à realização do bem comum e à elevação do grau de racionalidade das decisões que comandam os complexos processos sociais.¹⁷⁹

A noção de planejamento que permeia as políticas públicas enquanto programas encarregados da precipitação de direitos sociais conduz à inteligência de que a atividade do Estado, nesta área, é empreendida através de ciclos que abragem fases de formação, execução, controle e avaliação, sentido em que analisa Patrícia Helena Massa- Arzabe¹⁸⁰:

¹⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 258-259.

¹⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 259.

¹⁷⁸ Maria Paula Dallari Bucci decompõe a estrutura do planejamento da elaboração e implementação das políticas públicas em três elementos fundamentais: “programa”; “ação-coordenação”; e “processo”. “Programa” para a finalidade de individualizar as unidades de ação administrativa relacionadas aos resultados que se pretende alcançar (remete ao conteúdo propriamente dito de uma política pública - sua dimensão material - nele sendo especificados os objetivos a atingir e os meios correspondentes). Aí, se uma política pública tem como função primordial buscar a concretização de um objetivo pela observância de um determinado programa, resta nítido que este deve ser concebido como um programa de “ação coordenada” (agir coordenadamente de modo a permitir ao Estado o alcance dos resultados almejados no programa). Por fim, quanto ao “processo”, tem-se que a efetivação de um programa de ações coordenadas depende da conjugação do procedimento (enquanto conjunto de atos direcionados a um fim) e do contraditório (posto exigir a participação ativa e dinâmica dos interessados). (O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40-44)

¹⁷⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 259-260.

¹⁸⁰ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70.

A política pública é tida, pelo senso comum, como procedimento linear em que fases perfeitamente distintas sucedem-se, de modo a se partir da formação, passando pela implementação, finalizando com a avaliação. É necessário ao jurista o conhecimento do ciclo da política pública para tornar possível o controle jurídico de seu processo e de seus resultados.

Desde logo, é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo.

Neste sentido, a autora em menção ainda pontua que a formação de uma política pública envolve as seguintes tarefas: o processo de identificação dos problemas a serem tratados; o estabelecimento de uma agenda e proposta de soluções (com a utilização de estudos multidisciplinares necessários); a especificação dos objetivos que se pretende alcançar e a indicação dos melhores meios de condução da ação pública.¹⁸¹

Sobre o modelo eleito para formulação de políticas públicas pelo Estado, Maria Goretti Dal Bosco assimila¹⁸²:

As definições das políticas públicas relacionam-se com o perfil institucional que cada Estado desenha para si, através de seu ordenamento, e esta questão exerce influência significativa nos resultados substanciais do processo político, pois, conforme as regras definidas, haverá vantagens ou desvantagens para os diversos participantes do processo. Quem toma decisões políticas deve estar investido de autoridade formal para tais atos, já que terá, em consequência, autoridade para comprometer os recursos estatais. Cada país estabelece, em sua Constituição, as competências para a definição das escolhas das políticas públicas. Nos Estados democráticos, as decisões surgem da avaliação de, pelo menos, dois Poderes, o Legislativo e o Executivo. As decisões políticas costumam ocorrer nos cenários institucionais, onde se reúnem os cidadãos representantes das populações para participar do processo político. Os objetivos desses participantes, todavia, podem não coincidir, pois alguns se orientam pela moral pública, outros, pelos próprios interesses.

¹⁸¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70.

¹⁸² DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 248.

Na sistemática adotada no Estado brasileiro, em linhas gerais, o próprio Poder Executivo, por meio do planejamento de suas estratégias de atuação, é quem elabora as políticas públicas, caracterizando-se como responsável direto pela implementação de programas que visem à realização dos fins republicanos e do bem comum.

A escolha, pela Administração Pública, dos meios voltados para a implementação das políticas públicas deve atentar a um processo que se abre em três momentos, segundo Maria Paula Dallari Bucci¹⁸³, considerando-se o nível de discricionariedade do administrador: o da formação, o da execução e o da avaliação.

O primeiro momento é identificado pela autora em nota como o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, que possibilite o confronto com pressupostos outros - da mesma natureza -, trazidos pelas demais partes, com interesses distintos. O segundo momento alude à tomada de medidas administrativas, financeiras e normativas para implementação do programa. O terceiro momento, por fim, serve à análise dos efeitos sociais e jurídicos de cada uma das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados.¹⁸⁴

A Função Executiva, no que diz respeito à elaboração das políticas públicas, tem se auxiliado atualmente das atividades dos chamados Conselhos de Gestão - sobretudo nos campos da assistência social, saúde, educação e direitos da criança e do adolescente -, que incluem a participação de diversos segmentos da sociedade: Poder Público, associações, entidades de classe, entre outros.

Estes Conselhos de Políticas Públicas têm sua criação (setorialmente) através de lei - com instituição de suas competências, tais como planejamento, gestão, fiscalização e avaliação - e colaboram notadamente no diagnóstico das prioridades públicas nas áreas sociais que lhes correspondam, formulando projetos e encaminhando sugestões ou requerimentos ao Executivo¹⁸⁵.

¹⁸³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 266.

¹⁸⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 267.

¹⁸⁵ Sobre a propriedade da ação os Conselhos de Gestão, vale observar os apontamentos de Celene Tonella (TONELLA, Celene. *Poder local e políticas públicas: o papel dos Conselhos Gestores*. Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá, 2006. p. 30-31 e 114): “Os Conselhos aparecem como fóruns capazes de, em alguma medida, canalizar as reivindicações populares, sendo que se constituem como conquistas da sociedade organizada e são espaços importantes para articulação entre sociedade e Estado. Potencialmente, garantem a discussão do que seja efetivamente de interesse público, a transparência das decisões e o controle dos recursos

A sociedade civil organizada¹⁸⁶ – especialmente instituições que atuam no chamado “Terceiro Setor” (Organizações não Governamentais – ONG’s) -, também contribuem em diversas questões atinentes aos direitos sociais, promovendo gestões temáticas junto aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo e indicando prioridades a serem implementadas em suas respectivas áreas de atuação.¹⁸⁷

Relativamente à participação do Poder Legislativo na formulação das políticas públicas¹⁸⁸, seu papel se eleva, sobretudo, na atividade legiferante desenvolvida no campo dos instrumentos pertinentes ao direito econômico e financeiro (leis de caráter orçamentário), por força da inserção de sua atuação na estrutura de funcionamento da atividade orçamentária do Estado¹⁸⁹, sistema em que “o equilíbrio do orçamento, mediante o trato harmonioso entre a estruturação

públicos; enfim, a proposta dos Conselhos é a de serem esferas públicas democráticas de controle da Administração Pública. Após a Constituição de 1988, ocorreu uma proliferação dos Conselhos que podem ser divididos da seguinte forma: - Conselhos de políticas públicas: são previstos em legislação nacional, tendo um caráter obrigatório. Fazem parte integrante da implementação de políticas a partir da esfera federal, e sua existência é condição sine qua non para a transferência de recursos públicos. Entram nessa categoria os de Assistência Social, de Saúde, de Educação e de Direitos da Criança e do Adolescente; [...]’.

¹⁸⁶ Tratando da feição democrática que aí reside, discorre Marcos Augusto Maliska (*Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba, Juruá, 2006. p. 92): “A participação política democrática, de forma descentralizada, constitui-se como ideal a ser buscado constantemente, pois representa o pleno exercício da cidadania, não apenas no sentido formal da democracia liberal, mas também no sentido efetivo, material. Formas de descentralização e participação políticas populares devem ser os objetivos dos que defendem uma sociedade igualitária, democrática e livre”.

¹⁸⁷ WESCHENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do Terceiro Setor. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Coord.). *Direito, cidadania e políticas públicas: direito do cidadão e dever do Estado*, Volume II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007. p. 313.

¹⁸⁸ J. Joaquim Gomes Canotilho (*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 367-368) assinala que as normas consagradoras dos direitos sociais estabelecem imposições à ação legiferante, no sentido de que o legislador deve atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos.

¹⁸⁹ Esta inserção é divisada, a esse exemplo, na atuação adjudicada ao Legislativo na elaboração do regime orçamentário da União (Constituição Federal):

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º - Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.

§ 2º - As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional. [...]

adequação do Sistema Tributário Nacional e o uso racional das finanças públicas, é tarefa exclusiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo¹⁹⁰.

Aliás, esse horizonte orçamentário e os impactos nele afluentes na gênese de qualquer política pública é tema crucial que se coloca, já que seu planejamento e implementação dependem, inequivocamente, da disponibilização de recursos¹⁹¹, modo pelo qual o adequado entendimento das políticas públicas exige uma compreensão do regime das finanças da Administração¹⁹².

Na esfera orçamentária, é imperioso que o Estado demonstre a origem das receitas (advindas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos¹⁹³. Para tanto, o sistema pelo qual o planejamento dos gastos públicos é elaborado e executado é estabelecido na Constituição Federal através das figuras do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, que desempenham relevante função na definição e priorização das ações governamentais.

Por disciplina do artigo 174¹⁹⁴ da Constituição Federal, o planejamento é obrigatório para o setor público – e indicativo para o setor privado – e, embora se insira entre os dispositivos que cuidam da regência à ordem econômica e financeira, este artigo é aplicado às normas constitucionais orçamentárias, originando a formação do nominado “planejamento orçamentário tridimensional”, cujos instrumentos são o Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.¹⁹⁵

¹⁹⁰CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

¹⁹¹BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 231.

¹⁹²LOPES, José Reinaldo de Lima. _____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132-133.

¹⁹³SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos, Interesse público*. vol 32. p. 220.

¹⁹⁴Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

¹⁹⁵SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 127-128.

Conforme expõe Sandoval Alves da Silva¹⁹⁶, a obrigatoriedade destes instrumentos normativos no campo dos orçamentos públicos decorre da previsão constitucional do princípio da programação, que estabelece uma certa hierarquia ou efeito subordinante entre as leis de natureza orçamentária, viabilizando a concretização dos direitos sociais.

Tratando do Plano Plurianual, o art. 165, § 1º¹⁹⁷, da Constituição Federal dispõe que este deverá estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para as despesas de capital – destinadas à criação, aperfeiçoamento e expansão de serviços públicos ou atividades de governo - e outras delas decorrentes – dirigidas à garantia da continuidade dos serviços públicos criados, aperfeiçoados e expandidos pelas despesas de capital -, como também para as despesas relativas aos programas de duração continuada – manutenção dos serviços públicos existentes ou criação de programas continuados -, segundo as necessidades públicas levantadas.¹⁹⁸

Todos os programas – nacionais, regionais e setoriais – e a Lei de Diretrizes Orçamentárias devem estar de acordo com o Plano Plurianual – artigos 165, §4º, e 166, § 4º, do Texto Constitucional –, vinculação da qual se extrai que “nem o legislador nem, muito menos, o administrador possui ampla liberdade para incluir nesse sistema orçamentário o que bem quiserem. As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente poderão ser aprovados se forem compatíveis com o Plano Plurianual (art. 166, 3º, I, CF)”¹⁹⁹.

Já o conteúdo a Lei de Diretrizes Orçamentárias, por disposição dos artigos 165, § 2º²⁰⁰ e 169, *caput*, § 1º, II²⁰¹, da Constituição Federal:

¹⁹⁶SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 127-128.

¹⁹⁷Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

§ 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

¹⁹⁸SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 133.

¹⁹⁹CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 383.

²⁰⁰Art. 165. § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

²⁰¹Art. 169. Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

a) compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; b) orientará a elaboração da lei orçamentária anual; c) disporá sobre as alterações na legislação tributária; d) estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; e e) autorizará, especificamente, qualquer concessão de vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras e admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, na Administração Pública direta e indireta.²⁰²

Assim, também na consonância do princípio da programação, a Lei de Diretrizes Orçamentárias é “a segunda lei orçamentária da programação financeira, em que são veiculadas as regras necessárias para que o orçamento seja financeira e economicamente viável na concretização de diretrizes, objetivos e metas traçadas no PPA”²⁰³.

A Lei Orçamentária Anual, por sua vez, compreenderá - segundo rege o artigo 165, § 5º, I, II e III, 114 da Constituição Federal - o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social, estando em terceiro escalão na série de atos que visam à concretização dos programas de governo e dos direitos fundamentais que dependem de custeio público²⁰⁴. Além disso, dispõe o mencionado artigo 165, §5º, que a Lei Orçamentária Anual ainda deve demonstrar, de modo regionalizado, o impacto sobre as receitas e despesas, bem como os fundos e as fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

A partir disso, Sandoval Alves da Silva²⁰⁵ assim sintetiza a estrutura relativa vigente na programação orçamentária sistematizada na Constituição Federal:

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: [...] II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

²⁰² SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 134.

²⁰³ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 134.

²⁰⁴ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 136.

²⁰⁵ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 130-131.

- a) as normas constitucionais e legais fixam a obrigação de o Estado atender aos direitos fundamentais, as obrigações financeiras, etc.;
- b) as aspirações, material e constitucionalmente possíveis, do governante eleito são concretizadas durante os três anos de seu mandato e no primeiro ano de mandato de seu sucessor, para garantir a continuidade das atividades governamentais, segundo os programas de governo constantes do Plano Plurianual;
- c) os planos nacionais, regionais e setoriais serão elaborados de acordo com o estabelecido no Plano Plurianual;
- d) a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) contemplará as prioridades da Administração Pública e incluirá as despesas de capital para cada ano, dada a impossibilidade material de se concretizar em um ano o idealizado para quatro anos, orientando a elaboração da Lei Orçamentária e as alterações na legislação tributária que se fizerem necessárias para concretizar tais prioridades e estabelecendo, segundo o programado no PPA, a política de fomento;
- e) a Lei Orçamentária Anual contemplará o disposto no PPA e o priorizado, orientado e estabelecido na LDO nos orçamentos fiscal, da seguridade social e dos investimentos;
- f) os atos administrativos são realizados por meio de contratos, convênios, admissão e pagamento de pessoal etc., para concretizar o estabelecido na programação orçamentária, sob pena de ineficácia dos direitos fundamentais ou das atividades governamentais destinadas a atender às necessidades públicas dos administrados.

Com esta estrutura, o que se busca é observar e materializar o princípio da programação, “garantindo a coordenação e a ligação do planejamento orçamentário tridimensional brasileiro ou a tripartição do planejamento orçamentário entre o PPA, a LDO e a LOA”²⁰⁶.

Pontue-se, além disto, existirem limitações formais e materiais previstas na Constituição, para o uso dos recursos públicos. Em relação às despesas, a exemplo,

²⁰⁶ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 131.

os gastos públicos estão limitados formalmente pelos princípios da *não-afetação*, pelo qual a Constituição impede que o legislador gaste como bem quiser, estabelecendo *vinculações* entre as despesas e as receitas (art. 167, IV, CF). Por exemplo: limitações com pessoal (art. 169, CF); com educação (art. 212, CF – mínimo: União: 18%; Estados, Distrito Federal e Municípios: 25%: das receitas resultantes de impostos), além do art. 212, §5º, da CF (com redação dada pela Emenda constitucional 14/1996), o qual determina que o ensino fundamental público terá como adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida, pelas empresas, na forma da lei; com saúde (art. 198, §2º e 3º, CF; ainda, especificamente em relação à saúde, os arts. 198, §2º, da CF, e 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixam os limites de gastos de cada ente federativo); e seguridade social (art. 195, CF, cujo objetivo é assegurar, nos termos dos arts. 194 e 195, direitos relativos à saúde, à educação e à assistência social).²⁰⁷ (grifos no original)

É possível identificar profunda relevância do Poder Legislativo no âmbito da formulação das políticas públicas, sobretudo por ser pretensamente nesta esfera parlamentar que as diversas forças sociais se lançam em debate, articulando - por meio de representantes eleitos pelo povo - seus melhores argumentos, visando o desenvolvimento de uma ação pública consentânea com os ideais republicanos e valores democráticos.

Enfim, é mediante a atuação de todos esses atores (Poder Executivo, Poder Legislativo, Conselhos de Gestão, sociedade civil, etc.) que sobrevirá a decisão conformadora da política pública, para sua sequente implementação, momento em que é pressuposto o atendimento aos princípios e diretrizes, prazos e metas quantificadas.²⁰⁸

Em análise sobre a finalidade e utilidade do orçamento, Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath²⁰⁹ assim se manifestam:

²⁰⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 385.

²⁰⁸ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 70.

Daí se constituir em importante peça no mundo jurídico de hoje, na vida das nações. Deixa de ser mero documento financeiro ou contábil para passar a ser o instrumento de ação do Estado. Por meio dele é que se fixam os objetivos a serem atingidos. Por meio dele é que o Estado assume funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, deixa de ser mero documento estatístico de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos.

O orçamento funciona, na realidade, como legítimo veículo possibilitador da ação estatal no atendimento à demanda prestacional da sociedade e na persecução dos objetivos republicanos, ou seja, “no exercício de suas atribuições constitucionais, o Poder Executivo e o Poder Legislativo deverão realizar, espontaneamente, os ajustes orçamentários necessários para a materialização dos fins estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, satisfazendo, espontaneamente, os direitos fundamentais”²¹⁰.

Esta perspectiva de constitucionalização dos programas de ação do Estado - e sua vinculação aos objetivos republicanos alinhados no artigo 3º da Carta Constitucional - ganha profícua equação no magistério de Osvaldo Canela Junior²¹¹:

Nota-se, portanto, a absorção cada vez maior dos componentes políticos da sociedade pelo ordenamento jurídico. Há uma tendência indisfarçável de vinculação de todos os atos faz formas de expressão do poder estatal às finalidades do Estado. [...] As condutas descritas na Constituição Federal, tendentes à realização dos direitos fundamentais sociais, constituem as chamadas políticas públicas e são direcionadas pelos núcleos constitucionais de irradiação daqueles direitos. Os núcleos de irradiação, entretanto, estão vinculados aos objetivos do Estado, consignados no art. 3º da Constituição Federal.

E avança o autor nesse entendimento, assim afirmando:

²¹⁰ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110.

²¹¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

Se o pressuposto do Estado social é a busca pela realização de objetivos estabelecidos, o orçamento, nesta hipótese de raciocínio, deverá representar o instrumento legal para a sua consecução, mediante programação econômico-financeira no tempo. Desta forma, não poderá o Estado paralisar a realização concreta de seus objetivos por ausência de substrato econômico, mas deverá redimensionar as suas receitas e os seus gastos para atingi-los. O orçamento, portanto, há de se inserir no pressuposto de programação para realização de fins.²¹²

Como sedimenta Ana Paula de Barcellos, os poderes do Estado estão submetidos à Constituição, como reflexo imediato do paradigma do Estado de Direito, por força do qual o exercício do poder político encontra seus limites nas normas jurídicas. É certo não se preconizar à Constituição invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a efeito pelas maiorias democraticamente eleitas. “Um das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais”, modo porque “a definição do conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer”.²¹³

O marco teórico que se assenta neste ponto, portanto, é o do reconhecimento de que a atividade pública orçamentária não escapa à força normativa da Constituição e, sim, pelo contrário, é norteadada por suas diretrizes vinculantes e conformada pelas metas republicanas, visando à otimização dos instrumentos materiais aplicados pelo Estado no atendimento à agenda democrática, para a qual a realização dos direitos fundamentais se apresenta como inequívoco expoente de vanguarda enquanto exigência a serviço dos emblemas constitucionais da dignidade humana e do desenvolvimento.

²¹² CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

²¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.101-132. p. 104-105; 106.

2.3 A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas, na linha até aqui sustentada, devem ser encaradas como um processo de escolha racional e coletiva de prioridades, onde são explicitados e contrapostos os direitos e deveres, ônus e faculdades dos diversos interessados na atuação administrativa, além da própria Administração.²¹⁴ Deste modo, tem-se que questão das políticas públicas está diretamente imbricada no processo de formação do interesse público e, por isso, à questão da discricionariedade administrativa.

Com efeito, as políticas públicas podem ser compreendidas como uma forma de controle prévio da discricionariedade, visto exigirem a demonstração dos pressupostos materiais que norteiam a decisão em decorrência da qual se maneja a ação administrativa. Também, o processo de elaboração da política pública o faz hábil a documentar os pressupostos da atividade administrativa, tornando viável o controle posterior dos motivos.²¹⁵

A noção de discricionariedade administrativa é emblematicamente definida por Maria Silvia Zanella di Pietro como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito”²¹⁶. A discricionariedade representa, assim, a faculdade arrogada à Administração Pública para decidir e assegurar, eficazmente, os meios realizadores de dada finalidade.

Eis o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello²¹⁷:

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

²¹⁴ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 264.

²¹⁵ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 265.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 67.

²¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 936.

De fato, exigir do administrador a previsão de todas as situações possíveis e eventuais não seria razoável, tampouco viável a disposição de formas de proceder perenes e imutáveis, já que estas logo se revelariam inadequadas para atender à intensa dinamicidade da vida social. É por isso que a discricionariedade se apresenta como uma técnica ou ferramenta jurídica conferida ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se opere de acordo com as necessidades de cada momento.²¹⁸

Embora questão sobremodo nevrálgica no passado, é já demasiado aceito na doutrina e prática jurídica que a existência de uma possibilidade de opção discricionária não imuniza a atividade administrativa do controle jurisdicional de suas ações²¹⁹, uma vez que, conforme salienta Paulo Magalhães da Costa Coelho, “sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico”²²⁰.

Relativamente às políticas públicas, estas se mostrarão adequadas - no tocante à discricionariedade do administrador – somente se estiverem em consonância com os valores, metas e procedimentos previstos na ordem jurídica como um todo e, especialmente, no texto constitucional.²²¹

A rigor, segundo pontua Maria Sílvia Zanello Di Pietro²²², a discricionariedade da Administração estará presente quando:

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 69.

²¹⁹ Vale aqui referir a lição de Eros Roberto Grau, indicando que o controle jurisdicional dos atos discricionários deve ser exercido de modo a assegurar a realização efetiva dos resultados buscados pela norma cuja aplicação está a cargo do Administrador. (GRAU, Eros Roberto. *Poder discricionário*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 93, p. 41-46: Revista dos Tribunais, 1990. p. 45)

²²⁰ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

²²¹ HARGER, Marcelo. Os princípios constitucionais e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (orgs.). *Princípios constitucionais e direitos fundamentais: contribuições ao debate*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 136.

²²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. _____ . *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75-76)

1. a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção “ex officio” do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
2. a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico;
3. a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada;
exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível traçar todas as condutas diante de lesão à vida, à segurança pública, à saúde, ao meio ambiente;
4. a lei usa certos conceitos indeterminados ou, nas palavras de Linares “fórmulas elásticas”, assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como “comoção interna”, “utilidade pública”, “bem comum”, “justiça”, “eqüidade”, “decoro”, “moralidade”, etc.

Estas representam hipóteses contempladas dentro do que a doutrina tradicionalmente designa como “causas normativas geradoras da discricionariedade”, segundo as quais a liberdade de escolha do administrador pode decorrer, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello²²³:

- I) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo; [...]
- II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caberlhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias; [...]
- III) da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos.

O autor em nota salienta, acerca disso, que embora se deva considerar que as causas determinantes da discricionariedade residirão em um dos três mencionados fatores, não é neles que a discricião se expressa, mas sim em um

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 18-19.

único elemento: o conteúdo do ato. E isso ocorre porque é na providência adotada, de modo concreto, que realmente se traduz a discricção.²²⁴

O que o cuidado do tema na pesquisa invoca sobretudo diz respeito à noção de que se a discricionariade - no modelo do Estado Democrático de Direito - só existe dentro da lei, com o objetivo de satisfazer os fins por ela traçados, diante de normas constitucionais como o são aquelas definidoras dos direitos sociais – que, como exemplo, atribuem a todos os indivíduos o direito público subjetivo à educação básica, evidenciando o dever estatal da adoção de medidas concretas destinadas à sua satisfação -, não haverá, em verdade, “margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública”²²⁵.

A exegese manifestada é percorrida por Vidal Serrano Nunes Júnior²²⁶ diante dos seguintes argumentos:

Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal. Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutam do mesmo “*status*” constitucional. São direitos inquestionavelmente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado. Estão hospedados em normas cuja compostura jurídica só deposita discricionariade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao administrador só remanesce margem discricionária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento integral da demanda – seja adequadamente alcançado.

Inequivocamente, a conclusão ainda encontra salutar auxílio na inferência de Eros Roberto Grau²²⁷:

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21.

²²⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 202.

²²⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 203.

²²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Poder discricionário*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 93, p. 41-46: Revista dos Tribunais, 1990. p. 41.

A análise do tema do poder discricionário reclama, preliminarmente, a determinação de uma precisão. A referência a um poder discricionário porta em si a pressuposição de que o Estado, através de seus agentes, exerça o poder discricionário de decisão (seja decisão administrativa, seja decisão judicial). A noção de poder, contudo, na esfera estatal, compõe-se no conceito de função pública. E toda função pública – não apenas a função administrativa – é expressão de um poder-dever (ou dever-poder, como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello).

O avanço da sustentação lançada neste ponto perpassa o oportuno discernimento de Eduardo Santos Carvalho²²⁸ ao afirmar que a autonomia para o poder público decidir unilateralmente sobre a oportunidade e conveniência da implementação dos direitos sociais cessou a partir do momento em que a Constituição de 1988 instituiu expressa ou implicitamente a tutela destes direitos como deveres do Estado.

Isso porque, nas situações em que o ordenamento jurídico hospede direitos públicos subjetivos, a discricionariedade administrativa só existe - e se pode operar - é na conformação dos meios a serem adotados para a consecução dos fins erigidos pela norma jurídica.²²⁹ Evidente, assim, é competir à Administração Pública “efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral. Para isso será necessário implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços”²³⁰.

A temática perpassa, por suas implicações de ordem operacional, a indissociável esfera da atividade pública orçamentária e, em via reflexa, a nevrálgica questão da limitação dos recursos por meio dos quais o Estado é chamado para fazer frente à essa exigência prestacional, matéria que receberá análise específica no ponto seguinte.

O equilíbrio da tensão alçada nessa zona de convergência entre os assuntos “políticas públicas”, “orçamento” e “poder discricionário” na órbita dos

²²⁸ CARVALHO, Eduardo Santos. *Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas*. Revista do Ministério Público. Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 20, p. 67-92, jul./dez.2004. p. 80.

²²⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 204

²³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.101-132. p. 105-106;

direitos fundamentais é teorizado por Ana Paula de Barcellos²³¹, quem harmoniza profícua composição da questão (fazendo-o à luz de axiomas emprestados do constitucionalismo moderno):

(i) A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos Direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo*, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.

O raciocínio expressa a constatação de que essa esfera das escolhas administrativas recebe a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário, conformidade em que se reconhece que as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política, visto que esse âmbito recebe forte incidência de normas de estatura constitucional.²³²

A problemática será retomada adiante no enfrentamento da questão da inviolabilidade do mérito administrativo - resistência tradicionalmente oposta ao controle jurisdicional da atividade administrativa em matéria de políticas públicas - e, para sedimentar o seu tratamento no ponto aqui compulsado, é firmada a compreensão de que a outrora leitura clássica acerca da discricionariedade da Administração Pública já não tem mais lugar sob a égide constitucional vigente, cuja carga axiológica nela plasmada e modelo de Estado por ela projetado encetaram verdadeira reformulação no conteúdo e dimensão desse postulado, reorientando as fronteiras do seu significado no sentido da vinculação das escolhas administrativas aos fins e prioridades colimados no projeto democrático.

²³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.101-132. p. 106.

²³² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.101-132. p. 104-105; 106.

2.4 A ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA E DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ALOCAÇÃO DE RECURSOS RELATIVAS AO DIREITO À EDUCAÇÃO

É notório que a Constituição Federal brasileira traz em seu bojo uma gama de normas de ordem financeira, especificando uma série de diretrizes, programas e fins de caráter nitidamente dirigentes²³³, voltados a orientar a atuação estatal - delimitando as competências orçamentárias dos entes públicos e disciplinando as respectivas receitas e despesas -, formando uma sistemática em conexão indissociável com os demais valores e princípios constitucionais, todos imbricados para a efetivação dos princípios humanistas e democráticos colimados na Lei Maior, e outros princípios próprios da atividade financeira estatal.

Assim, são elencados na Lei Fundamental uma série de comandos afetos à destinação de recursos e sua distribuição aos vários entes federativos, dentro do que doutrinariamente se tratou como constituição orçamentária, subsistema da Constituição financeira.²³⁴

A disciplina do financiamento do direito à educação alcançou significativo espaço dentro da regência dessa perspectiva orçamentária constitucional, recebendo uma clara e precisa atenção do legislador constituinte sobre a determinação de destinação de recursos a esse fim, além de uma singular cautela na vinculação de recursos financeiros destinados à sua provisão.²³⁵

Nesse tratamento, para a manutenção e desenvolvimento do ensino, dispôs a Constituição – artigo 212²³⁶ - a determinação de que a União aplique,

²³³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 195.

²³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1.

²³⁵ TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 771-788. p. 781.

²³⁶ Art. 212. 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.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

anualmente, nunca menos de 18% (dezoito por cento); e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) da receita decorrente de impostos.

Além disso, - a partir da Emenda Constitucional 14/1996²³⁷ - foi criado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF) e a Valorização dos Profissionais da Educação (nova redação dada ao artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pelo artigo 5º, §1º da citada Emenda), uma década mais tarde transformado – com a Emenda Constitucional 53/2006 - em Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB).²³⁸

A percepção reflexa que surge com essas balizas em âmbito constitucional retrata uma significativa “preocupação normativa em relação ao detalhamento dos mecanismos eminentemente operacionais, com o intuito de restringir o campo discricionário da Administração Pública em relação aos recursos destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à condigna remuneração dos trabalhadores da educação”²³⁹.

É salutar destacar que a Carta Republicana nitidamente priorizou o ensino fundamental (artigo 212, § 3º) ao designar que a distribuição dos recursos públicos visaria, prevalentemente, o atendimento das necessidades do ensino obrigatório, diretriz novamente reforçada pela Emenda Constitucional 53/2006 (no

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (Vide Decreto nº 6.003, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

²³⁷ Conforme Mônica Sifuetes (*Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. pp. 270-271) era ordenado por essa disposição que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinassem, à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, pelo menos 15% dos recursos originados de impostos próprios e de transferências de impostos, recursos que deveriam - em cada ente federativo – distribuir-se de modo proporcional ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental (artigo 5º, §2º da Emenda). Essa mesma emenda determinava que nos dez primeiros anos após a sua promulgação fossem destinados ao desenvolvimento do ensino fundamental pelo menos 60% (sessenta por cento) desses recursos, visando assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério (artigo 5º da EC 14/1996).

²³⁸ SIFUETES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 271.

²³⁹ SIFUETES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 272.

inciso II acrescido ao artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), que também estabeleceu que os recursos dispensados sejam distribuídos de maneira proporcional ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica.²⁴⁰ Além disso, ainda estabeleceu que os municípios deverão atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, e, igualmente, os Estados e o Distrito Federal, no ensino fundamental e médio (artigo 211, §§ 2º e 3º).

À vista dos valores definidos em critério de vinculação mínima devida pela União, a Constituição Federal ainda elevou a responsabilização do ente público competente para o caso de sua não observância (artigo 60, inciso XI, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Oportuno registrar que foi alçada constitucionalmente a desvinculação dos recursos decorrentes do FUNDEB daqueles programas suplementares de assistência à saúde e alimentação, indicando o financiamento destes programas por contribuições resultantes de outros recursos orçamentários (artigo 212, § 4º), antevendo, com isso, a maior aplicação de recursos no ensino propriamente dito e em sua melhoria. Em semelhante projeção, foi vedada a utilização dos recursos provenientes do salário educação para fins de complementação da União aos recursos do Fundo, liberando-os para a aplicação em outros programas relacionados à implementação da educação básica (artigo 60, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).²⁴¹

No avanço dessa análise, é indispensável se atentar à preocupação constitucional quanto à qualidade na prestação da educação, ao ser delineada a garantia de padrão de qualidade na ministração do ensino (artigo 206, inciso VII, da Constituição Federal), preceito que aparece materializado na disposição de que até 10% (dez por cento) da complementação da União - que é prevista pelo inciso V, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - poderá ser distribuída

²⁴⁰ Conforme as diretrizes fixadas pelo artigo 208 da Constituição brasileira, o inciso III do artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevê - na regulamentação da organização para a futura lei do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação - a diferença de valores por aluno, considerando em cada etapa de ensino os valores limites de comprometimento da receita em cada uma delas, suas modalidades, além do piso salarial ao profissional da educação (inciso III, alíneas de a a e). (SIFUETES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 273).

²⁴¹ SIFUETES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 275.

para os Fundos por meio de programas destinados para a melhoria da qualidade da educação, observadas as garantias do artigo 208 da Constituição (inciso VI).²⁴²

Ademais, intentou o constituinte tratar também da definição do padrão de qualidade no ensino enunciando - com o § 1º do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios é que “deverão assegurar, no financiamento da educação básica, a melhoria da qualidade de ensino, de forma a garantir padrão mínimo definido nacionalmente”.²⁴³

Estenda-se, por fim, a relevante perspectiva que Ana Paula de Barcellos²⁴⁴ infunde a este exame ao sustentar que

[...] o oferecimento do ensino obrigatório não está limitado ou vinculado ao investimento do percentual constitucional mínimo em educação. Explica-se melhor. Ainda que os recursos correspondentes aos percentuais mínimos fixados pela Constituição tenham sido efetivamente aplicados, se persistir o oferecimento irregular ou a falta do ensino obrigatório, tal circunstância continua a acarretar a responsabilidade da autoridade competente.

A matéria compulsada permite identificar que a destinação orçamentária constitucional referente ao direito à educação se encontra traçada com nitidez, vinculando a ação financeira do Poder Público, dentro do que não é demais realçar competir (minimamente) aos entes federais o atendimento ao repasse dos percentuais corretos (artigo 60, incisos V e VII, do Ato de Disposições

²⁴² Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). V - a União complementará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

VI - até 10% (dez por cento) da complementação da União prevista no inciso V do caput deste artigo poderá ser distribuída para os Fundos por meio de programas direcionados para a melhoria da qualidade da educação, na forma da lei a que se refere o inciso III do caput deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

²⁴³ SIFUETES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 277.

²⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 176.

Constitucionais Transitórias), sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal da autoridade competente pela sonegação dos recursos.²⁴⁵

No entanto, em que pese todo o prospecto constitucional acerca da distribuição dos recursos públicos e vinculação da atividade pública à sua regência normativa, diversas situações lesivas a estes vetores podem aí emergir: a não destinação correta de recursos ou a sua destinação insuficiente em face das demandas existentes; a omissão na implementação de políticas públicas na área da educação e não distribuição adequada ou, até mesmo, o não atendimento às exigências constitucionais relacionados à promoção das garantias de universalidade, qualidade e progressiva expansão do ensino obrigatório.

Com efeito, as garantias fundamentais de imediata aplicabilidade e eficácia plena impelem que se assumam uma exegese quanto mais protetiva possível à viabilidade de efetivação do direito à educação em seu conteúdo e alcance sedimentado na dicção constitucional, na linha teórica da análise travada no capítulo anterior (pleno desenvolvimento do educando).

2.5 ORÇAMENTO PÚBLICO E A PREMÊNIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A dignidade humana representa não apenas um fundamento para a legitimação dos direitos sociais²⁴⁶ como ainda um critério unificador para a estruturação e ordenação dos direitos fundamentais de segunda dimensão²⁴⁷. Este valor ao qual aprouve à Constituição atribuir máxima relevância por meio de uma formulação de cunho principiológico - expressamente incorporada ao sistema jurídico - se eleva, portanto, como princípio constitucional dotado de uma pretensão de plena normatividade perfeitamente caracterizada com a escolha do legislador constituinte no sentido de incluí-lo expressamente entre os princípios fundamentais²⁴⁸.

²⁴⁵ XI - o não-cumprimento do disposto nos incisos V e VII do caput deste artigo importará crime de responsabilidade da autoridade competente; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

²⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 128.

²⁴⁷ NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 146; 154-155.

²⁴⁸ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 98.

Nessa atenção mais especificamente voltada aos direitos fundamentais sociais, tem-se que o respeito à dignidade da pessoa humana está imediata e indissociavelmente relacionado à noção de mínimo existencial²⁴⁹, entendido como o dever do Estado de garantir aos seus cidadãos um *standard* social mínimo e incondicional. A matéria encontra emblemática teorização em Ana Paula de Barcellos²⁵⁰: “[...] o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”.

No magistério da professora fluminense, que se dedica já há mais de uma década ao adensamento do estudo sobre o tema, ainda é possível colher relevante ponderação a respeito da importância que o tratamento do mínimo existencial ganha especialmente nos países em desenvolvimento:

Esta a fórmula encontrada para tentar afirmar que esses bens fundamentais formam imperativos de dignidade humana, não podendo depender da provisão do mercado.

A verdade, entretanto, é que a mera positivação desses direitos ainda não foi capaz de dar solução real e final ao problema. Tanto assim que a sociedade contemporânea (de forma mais grave nos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, embora o fenômeno não seja desconhecido das grandes potências) continua a conviver com um contingente humano que dispõe de um arsenal de direitos e garantias assegurados pelo Estado, mas simplesmente não tem como colher esses frutos da civilização. E isso, porque, nada obstante a positivação e sua importância, a juridicidade dos direitos sociais ainda apresenta um conjunto de dificuldades não equacionadas, tanto de ordem teórica como de natureza técnico-jurídica. [...]

²⁴⁹ Sobre a amplitude do conceito de mínimo existencial, invocamos as ponderações de Carina de Castro Quirino: “Vale dizer que o direito ao mínimo vital, garantia que é das condições materiais básicas de vida, possui dimensão positiva e negativa. Ao mesmo momento em que constitui direitos prestacionais essenciais à manutenção deste mínimo, também atua como limite aos atos estatais ou privados que possam cercear as condições materiais básicas de um indivíduo”. (QUIRINO, Carina de Castro. Os direitos fundamentais sociais e a revisão judicial das escolhas orçamentárias. In: FOLMANN, Melissa; ANNONI, Danielle (coords.). *Direitos humanos: os sessenta anos da Declaração Universal da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008.p. 62)

²⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248. Nesse mesmo estudo a autora delimita mais precisamente o conteúdo que compreende presente no mínimo existencial (p. 258): “[...] o mínimo existencial que ora se concebe é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia positiva e, a fortiori, o status de direito público exigível diante do Poder Judiciário”.

A noção de *mínimo existencial* é proposta por parte da doutrina como solução para estes problemas jurídicos, na medida em que procura representar um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – e *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado.²⁵¹

A teoria do mínimo existencial difunde, assim, a ideia vetora da necessidade de preservação material do ser humano - com a garantia de condições mínimas para a manutenção da vida e para integração na sociedade – e, reflexamente a esse conteúdo, acaba por locucionar um comando implícito, consistente em pressupor que outras ações estatais - inerentes às políticas públicas - somente sejam implementadas depois de satisfeitas as exigências básicas reclamadas naquele espectro mínimo. Dita fórmula indica que a organização socioeconômica pode variar, entretanto, qualquer que seja a opção do Estado, deve ela estar prioritariamente comprometida com a preservação da dignidade material de todos.²⁵²

Esse reflexo comando derivado do conceito em análise, pelo qual se permite extrair um legítimo vetor de prioridades à ação do Estado, ocupa lugar de vanguarda no desenvolvimento do tema da sindicabilidade dos direitos prestacionais, relevância da qual lança mão Marcos Maselli de Gouvêa²⁵³ em bem construída conexão para justificar a atividade jurisdicional nessa seara:

²⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135. pp. 101; 109.

²⁵² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 70. Dentro disso vale destacar que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, foram inseridas entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988. Tem-se, assim, que a questão social é uma preocupação exponencial do Estado brasileiro, sendo que a discricionariedade dos responsáveis pelas correspondentes políticas públicas limita-se aos meios que devem ser postos à disposição de referida causa, sem nunca perdê-la de vista em sua essência, sendo inconcebível que populações enormes careçam do mínimo indispensável à sua sobrevivência com dignidade. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, Volume I. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 446).

²⁵³ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 382.

A teoria dos direitos fundamentais desponta nos dias de hoje como conceito-chave de nodal importância para a sindicalização das prestações materiais do Estado. Além de eventualmente suprir omissões no rol traçado legal e constitucionalmente e de densificar posições jurídicas positivadas de modo incompleto ou vago, ela determina a *prioridade* das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público. Este critério jurídico de prioridade é o que permite ao magistrado superar os obstáculos doutrinários da reserva do possível e da separação de poderes.

A então aclamada “Constituição Cidadã”, de forma detida e efetiva, ocupou-se da condição material de existência do indivíduo, “pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema”²⁵⁴. Nesse sentido, conforme identifica Vidal Serrano Nunes Junior, o mínimo vital ganha nítida radicação na Ordem Fundamental:

A Constituição brasileira hospedou claramente essa perspectiva de um “standard” social mínimo incondicional, revelando tal opção em várias passagens de seu texto. Citemos, a título de exemplo, algumas das disposições constitucionais claramente orientadas nessa direção: primeiro, a indicação da cidadania como fundamento do Estado (art. 1º, III); segundo, a previsão da erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado (art. 3º, III); terceiro, a identificação de que nossa ordem econômica, calcada na propriedade privada e na livre iniciativa, deve ter por objetivo propiciar a dignidade de todos, segundo os ditames da justiça social. Diante de normas como estas, ou se nega juridicidade a dispositivos constantes de nossa Lei Maior ou se admite que o Estado brasileiro, não importa o momento e qual a orientação do Governo, está orientado à realização do mínimo vital para todos os seus cidadãos.²⁵⁵

Para considerar os pontos de convergência entre os direitos fundamentais sociais e o conceito de mínimo existencial²⁵⁶, é previamente

²⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 223.

²⁵⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 71.

²⁵⁶ Ricardo Lobo Torres aprofunda seu estudo em torno da interlocução entre esses dois conceitos, destacando a necessidade de uma “maior clareza na distinção entre *mínimo existencial* (ou *direitos fundamentais sociais*) e *direitos sociais*” para que se permita definir “o exato limite dentro do qual é obrigatório prever e implementar a entrega de prestações públicas”. A partir disso, justifica a necessidade dessa diferenciação ao recomendar-lhe os seguintes efeitos: “*Uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os*

indispensável atentar-se à realidade fática, sobretudo no âmbito das chamadas “sociedades periféricas” ou “países de modernidade tardia”²⁵⁷, relativamente às carências sociais e econômicas de grande parcela da população e desigualdades sociais que não raro alcançam níveis estratosféricos. Isso porque, quanto mais desigual economicamente for a sociedade, mais diametralmente se lhe oporá a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não detém anteparo material para exercitar suas capacidades e direitos - a fim de lhes assegurar o direito ao exercício de suas liberdades jurídicas -, caso em que é nítida e naturalmente imperioso que o conceito de mínimo existencial deva assumir maior amplitude.

A proteção ao mínimo existencial no âmbito positivo decorre do *status* de fundamentalidade dos direitos sociais, sem o que estes se caracterizariam como meras liberdades jurídicas formais, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade²⁵⁸. Aqui se lembra, ainda, que a simples previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo, modo porque tais direitos demandam recursos capazes de cobrir os custos das prestações deles decorrentes (sentido pelo qual a aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos

*direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante. As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuportável de ser imputada à arrecadação de impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de status constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gasto públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo. [...] Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a ‘reserva do possível’ ou da ‘soberania orçamentária do legislador’, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. [...] A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível [...] o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc)”. (O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 73-74).*

²⁵⁷ Aqui, a importante observação de Nagibe de Melo Jorge Neto: “[...] o mínimo existencial acaba por se relativizar em função do contexto socioeconômico, político e até mesmo cultural. O que ofende a dignidade humana? O mínimo existencial que podemos inferir das circunstâncias políticas sociais do Brasil é completamente diferente do mínimo existencial que se poderia exigir na Etiópia ou na Inglaterra, por exemplo. Enquanto, na Inglaterra, o sistema educacional discute o número máximo de alunos por sala de aula, no Brasil estamos às voltas com a inclusão de todas as crianças nas escolas e com a existência de instalações mínimas, capazes de abrigar alunos e professores das intempéries. Ainda dentro das fronteiras de um mesmo país, onde os aspectos econômicos, sociais e culturais se apresentam mais ou menos uniformes, o mínimo existencial pode apresentar-se de modo diferente em diferentes conjunturas: para as populações urbanas e rurais, por exemplo”. (O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 154)

²⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n. 32, p. 213-226: Fórum, 2005. p. 218-219.

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a evitar conclusões inviáveis).

No tratamento dessa seara, uma vez inquestionável não ser dado à Constituição preconizar promessas irrealizáveis do ponto de vista prático, não pode o operador do direito ignorar o contingente fático da escassez de recursos econômicos, porquanto sua atuação não deve se dissociar da realidade socioeconômica.

Há clara preocupação do legislador constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais, hábil a evidenciar a vinculação dos gestores públicos a este objetivo, e isso por força de comandos de índole constitucional.²⁵⁹ Dentro dessa linha de entendimento, o seguinte raciocínio é de ser colocado:

[...] antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder. Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública. Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição [...], alegando simplesmente que não tem recursos para tal.²⁶⁰

Disso resulta que exatamente através de ações estatais prioritariamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados é que se trabalhará para diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.²⁶¹

Emerge aí a já compulsada matéria das escolhas do administrador público, dentro da esfera de discricionariedade atinente à sua função, assunto que,

²⁵⁹ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 238.

²⁶⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74.

²⁶¹ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. t. 3. p. 167.

inclusive, pelo extenso relevo que ganha na temática pesquisada, será também confrontado no capítulo seguinte.

É preciso destacar, além disso, que a reserva do possível, por si só, não pode ser utilizada como argumento para se afastar pura e simplesmente qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais, mandamentos cuja eficácia, não é demais registrar, dá azo à responsabilidade do Estado pela não-implementação ou implementação inadequada de políticas públicas que os concretizem. Ademais, os direitos sociais envolvidos no mínimo existencial geram direitos públicos subjetivos positivos, de pleno exigíveis, vedado às contingências orçamentárias afastar sua eficácia ou inviabilizar a sua exigibilidade jurisdicional.²⁶²

Em verdade, essa pretensão realizadora de modo algum se permite refenizar por qualquer perspectiva que imponha a necessidade de um excepcional vigor econômico do Estado. Ocorre que, no modelo ainda em voga para a atividade estatal em torno de políticas públicas – políticas de governo - a disponibilização de recursos para a implementação do mínimo existencial equivocadamente é colocada no âmbito de escolhas de natureza política que definem o destino de receitas para esta ou aquela política pública.

Dentro dessa sistemática funcional, e na concepção de que essa modalidade de direitos deve ter uma implementação gradativa, a destinação dos recursos públicos a essa finalidade - sejam eles abundantes ou escassos - acaba muito mais dependente de um posicionamento de ordem política do que de uma conjuntura econômica e financeira excepcional²⁶³.²⁶⁴

Importante registrar que a teoria da reserva do possível se apresenta em constante tensão com o conceito de mínimo existencial, em embate teórico que postula sua harmonização no critério da proporcionalidade, dentro de uma prática argumentativa racional e democrática²⁶⁵, solução a ser explorada de maneira mais próxima no capítulo seguinte.

²⁶² PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS, 2005. p. 105-106.

²⁶³ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 235.

²⁶⁴ Com base no entendimento de Vicente de Paulo Barreto. *op. cit.*

²⁶⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 155.

3 A JURISDIÇÃO COMO INSTÂNCIA ÚLTIMA NA TUTELA DE DIREITOS E SALVAGUARDA DA CONSTITUIÇÃO

O contexto evolutivo da edificação do Estado contemporâneo e suas pretensões de desenvolvimento institucional, social, político e econômico, desponta em si a premência da garantia e efetivação dos direitos fundamentais sociais, assentados na ordem constitucional vigente como diretriz primeira a nortear a atividade estatal em todas as suas formas de manifestação de Poder, representando, portanto, um desiderato que impõe a mais ampla perspectiva de cuidado e tutela na realidade social.

Eleva-se, então, a renovada ascensão da Função Jurisdicional como também braço do Estado que se volta à esta agenda democrática, momento em que se avança à releitura e readequação do papel da Jurisdição neste novo patamar normativo que orienta e disciplina o Estado e a sociedade brasileira, para arregar à esta função estatal a conjunta responsabilidade de persecução das metas republicanas.

Nesta essência, o estudo é projetado sobre a importância do papel da Jurisdição - identificada como instância última na salvaguarda da Constituição, suas normas, diretrizes e fins - e sustentação, deste exercício típico da atividade jurisdicional na análise e eventual correção de discrepâncias da atividade do Estado em face dos vetores e prioridades constitucionais, como condição indispensável ao próprio funcionamento do processo de deliberação democrática.

É que, consagrados os direitos sociais como de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Carta Fundamental) e, estando todas as funções estatais vinculadas à concreção de tais normas – cujo veículo de efetivação são as políticas públicas – e incondicionalmente submetidas à Constituição Federal, é de rigor reconhecer o caráter imperativo das diretrizes constitucionais na definição e destinação do orçamento público, já que nesta deliberação é que deve se operar a realização dos fins do Estado.

É aí que, no avançado estágio em que se insere a processualística moderna, incessante e vertiginosamente afetada pelo movimento de constitucionalização - que no Brasil se articulou notadamente a partir do diploma de 1988 –, é sobretudo inflamado o estudo e a tentativa de se operar - principalmente

no trato coletivo de direitos, como mais adiante se trabalhará - a cooperação (vinculada) do Poder Judiciário na construção da sociedade brasileira preconizada na Constituição da República.

3.1 A JURISDIÇÃO E SUA INAFSTABILIDADE NA NOVA REALIDADE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

É cediço que a efetividade dos direitos sociais reconhecidos juridicamente preconiza a oportunidade de sua exigibilidade junto ao Estado, ou seja, a abertura para que sejam acionáveis judicialmente, já que a sua própria positivação seria sobremodo esvaziada se essa garantia não abarcasse o direito de syndicar a sua não efetivação. Tanto é assim, que o sistema constitucional brasileiro, ao enunciar o rol de direitos fundamentais, expressamente os qualifica como de aplicação imediata (§ 1º, art. 5º). Aplicar o direito é torná-lo efetivo²⁶⁶, ou seja, concretizá-lo no plano social.

A Jurisdição, enquanto função estatal que se vincula, em última instância, à compulsória persecução dos objetivos republicanos de concretização dos direitos e garantias fundamentais, inafastavelmente deve ser atuada de forma sensível à agenda da concretização dos direitos e garantias constitucionais, e, conforme acentua Lênio Streck, capacitado a “controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes”, em vista do não distanciamento das decisões da Administração Pública da “programaticidade principiológica’ da Constituição”²⁶⁷.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais no ordenamento brasileiro é expressa e pode ser aferida por várias normas e princípios que estabelecem claramente a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar demandas pleiteando prestações de caráter social. Neste sentido é a garantia da inafastabilidade do controle judicial (artigo 5º da Constituição brasileira), que compreende, além da submissão à lei (princípio da legalidade), também a sujeição à jurisdição, sendo corolário do Estado de direito a “[...] universalidade da tutela

²⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 313.

²⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 62.

jurídica e o amplo acesso ao Poder judiciário [...]”, garantido pela Constituição em seu artigo 5º, XXXV.²⁶⁸

A ordem jurídica brasileira prevê uma série de remédios constitucionais vocacionados a viabilizar a sindicabilidade judicial no campo dos direitos sociais (a exemplo da ação civil pública, ação popular, mandados de segurança coletivo e individual, o controle da constitucionalidade por omissões estatais através do mandado de injunção e a ADIN por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental), além de deferir aos direitos fundamentais a expressa prerrogativa da aplicabilidade imediata constante do § 1º do artigo 5º da Lei Fundamental.

É manifesto que através do processo – porque mecanismo hábil para se exigir a tutela jurisdicional – é que se permite viabilizar direitos fundamentais inobservados voluntariamente no plano político-social, dado tratar-se de via instrumental à manifestação do princípio do acesso à justiça, fundamento de vanguarda da ordem constitucional.

Não é por outro motivo que o Estado de Direito e Social depende em grande parte deste veículo instrumental para se concretizar em sua inteireza. Assim, processo, democracia e direitos fundamentais são sublimados como as três chaves matriciais para a concretização da justiça – em sua plenitude -, e o adequado funcionamento de sua organização.²⁶⁹

Indissociável, nesta compreensão, a ascendente e vertiginosa influência que a nova Carta Fundamental da República passou a exercer no processo - instituindo direitos e garantias que o tutelam, disciplinando-o diretamente -, fenômeno que resultou em ostensiva reconfiguração na comum sistemática de interpretação e aplicação do Direito com base na legislação ordinária, ao limite de inadmitir-se, atualmente, a compreensão de qualquer instituto jurídico sem que o seja à luz da Constituição.

É neste sentido que esta inversão paradigmática – movimento tradicionalmente denominado “constitucionalização do processo” - opera verdadeira alteração ideológica do Processo Civil, maximizando a regulamentação das normas processuais dentro da Constituição, que passa a ser tomada como “o ponto de

²⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 149.

²⁶⁹ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 92; 96.

partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, assumindo um caráter fundamental na construção do *neoprocesso*”²⁷⁰.

Nesta nova pretensão deontológica, é insuficiente adaptar a “dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo”, impõe-se, para além disso, concebê-lo reformulado, reestruturando-o “de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático”²⁷¹.

Daí a asserção desta conjuntura, por Willis Santiago Guerra Filho²⁷², como um

um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’ ou ordinárias.

Em consequência desta abertura, a constitucionalização do processo estende “uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos”²⁷³.

Por isso a exponência deste “fenômeno da *constitucionalização* dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da *descodificação*), ressalta o caráter publicístico do processo”²⁷⁴.

Enquanto categoria jurídica conformada nesse ambiente de

²⁷⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocesso. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683. p. 672.

²⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 25.

²⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 27.

²⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 24.

²⁷⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocesso. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683. p. 674.

constitucionalização, o “*direito processual constitucional*”²⁷⁵ é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição Federal²⁷⁶, sede em que se desenvolve, primeiramente,

o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem; inclui também o exame do arsenal de medidas integrantes da chamada jurisdição constitucional das liberdades (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc.).²⁷⁷

Este direito processual renovado, que se debruça tanto sobre as garantias ou remédios constitucionais - que compõem o aparelho de tutela constitucional das liberdades²⁷⁸ - como também sobre a jurisdição constitucional²⁷⁹ - responsável pelo controle de constitucionalidade das normas -, reivindica, assim, a ideia de uma Jurisdição promotora dos interesses e valores individuais, grupais e difusos integrantes do Estado Democrático de Direito, como instância de exercício da cidadania em todos os níveis.²⁸⁰

Adapta-se a Jurisdição nesta recontextualizada aspiração institucional como

²⁷⁵ A respeito da contextualização dogmática dessa classificação, Nelson Nery Junior alinha a seguinte diferenciação didática entre *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*: “[...] é comum dizer-se didaticamente que existe um *Direito Constitucional Processual*, para significar o conjunto das normas de *Direito Processual* que se encontra na *Constituição Federal*, ao lado de um *Direito Processual Constitucional*, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada *jurisdição constitucional*. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual. Exemplos de normas de *Direito Constitucional Processual* podemos encontrar no art. 5.º, n. XXXV, art. 8.º, n. III, etc. De outra parte, são institutos de *Direito Processual Constitucional* o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade, etc”. (NERY JUNIOR, Junior. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. pp. 26-27).

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 3. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 188.

²⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 3. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 188-189.

²⁷⁸ A expressão “tutela constitucional das liberdades” foi cunhada por Mauro Cappelletti, “por serem remédios constitucional-processuais para a proteção de liberdades públicas e direitos fundamentais – sejam de caráter individual, coletivo ou difusos” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 4).

²⁷⁹ A jurisdição constitucional apresenta aí função bastante diferente e peculiar, na medida em que não irá defender direta e imediatamente direitos subjetivos, mas sim proceder ao “controle de constitucionalidade dos atos normativos, cujo objetivo consiste, num primeiro momento, em instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico” (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 25).

²⁸⁰ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 349.

O espaço que no passado serviu de interesses segmentados, em conformidade com os paradigmas existentes nas formas sociais vivenciadas.

Agora se propõe sirva ela aos propósitos de uma sociedade moldada no novo modelo preparado para o iniciante terceiro milênio, o de um Estado Democrático de Direito ainda mais avançado, matizado pela incorporação da esfera humanista no centro de sua estrutura organizacional.²⁸¹

Coteja-se, por conseguinte, que o processo constitucional integra, ao lado da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade das normas e tutela constitucional das liberdades), “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo”²⁸².

Neste cenário, então, é inevitável reconhecer o funcionamento da Constituição não apenas como tronco de embasamento de direitos fundamentais, mas, justamente, como igual (e genuína) fonte dos instrumentos hábeis a tutelá-los e efetivá-los no plano social.

A visão constitucional do processo, portanto, ao lado da instrumentalidade, da noção de acesso à justiça (adiante tratada) e da dimensão axiológica do fenômeno processual, formam as bases de sustentação da moderna processualística em que estão sendo edificados os parâmetros imanentes à análise e interpretação de todo o Direito Processual, sobretudo diante do corolário da efetividade.

3.2 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ENFRENTAMENTOS NECESSÁRIOS À SUA JUSTIFICAÇÃO

A sustentação da legitimidade da atuação do Judiciário na avaliação e correção de políticas públicas - implementadas ou negligenciadas pelos demais poderes do Estado – traduz uma digressão indissociável do forçoso enfrentamento da objeção que lhe é levantada diante dos estandartes da separação dos Poderes e da discricionariedade administrativa.

²⁸¹ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 471.

²⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 85.

No desígnio de manifestar a viabilidade do tema explorado, portanto, é salutar que se guie o abono pretendido a partir do confronto destas exponenciais oposições tangenciadas a este exercício da Jurisdição, como adiante se incita.

3.2.1 Ofensa à Separação dos Poderes

A ofensa à separação dos Poderes talvez represente a mais efusiva resistência ao exercício da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, sob o nuclear argumento de que, uma vez privativa a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, à sua ordem, seja em sua formulação seja quanto à sua execução, adviria ao Judiciário, por força deste princípio, a vedação à ingerência nas esferas exclusivas dos outros poderes.

O cuidado da polêmica requer, para sua consistência, uma leitura atual do princípio que tonifica o debate em análise, cuja “abordagem exige um esforço hermenêutico, pautado na ruptura com o apego ao positivismo jurídico e no cingir-se aos valores representados pelos fundamentos em que se fulcra a Constituição”²⁸³.

É cediço que, em sua formulação clássica (inspirada no legado de Montesquieu), a doutrina da separação dos Poderes, enquanto balizada no paradigma do Estado Liberal – projetado como mecanismo de defesa das esferas jurídicas individuais contra a arbitrariedade e ingerência estatal, servindo propriamente à limitação de poder -, não manifestava o desígnio de intervenção na esfera social, conjuntura que não só contribuía como justificava o absentismo judicial²⁸⁴.

Entretanto, no Estado Contemporâneo, transportada para longe daquele contexto sócio-político em que germinada, a teoria vem experimentando flagrante abrandamento em sua concepção original²⁸⁵, dada a evidência de que

²⁸³ AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32. p. 25.

²⁸⁴ FONTE, Felipe de Melo. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, a. 1, n. 1, abr./jun. 2003. p. 92.

²⁸⁵ Neste avanço paradigmático, já se admite até mesmo que “considerar a idéia de “separação de poderes” como imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo é algo que não tem mais pertinência em nenhum país do mundo” (ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010).

a partir da evolução do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito também o princípio da separação dos poderes deve receber nova conformação, que não implica no abandono de seu núcleo essencial, mas leva à superação da idéia segundo a qual o princípio representaria um dogma de classificação material das funções estatais.²⁸⁶

Daí que, na regência do Constitucionalismo moderno, levanta-se como mais harmônica tradução à fórmula da tripartição do Poder, aquela que sinaliza para uma “separação de funções” na dimensão orgânico-funcional de um poder estatal uno, merecendo o conceito, a partir disso, ser encarado como um princípio de moderação, limitação e racionalização do poder estatal em homenagem à liberdade²⁸⁷.

Oswaldo Canela Junior²⁸⁸, em consideração à insurgência aqui tratada, tece vigorosa chancela à idéia da separação de funções:

E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é o seu poder. Exerce ele o seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: este é o sentido da independência dos poderes.

A respeito deste novo horizonte desvelado à atividade jurisdicional na contemporaneidade, é equacionada por Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁸⁹ a trajetória que fez emergir este desenvolvimento interpretativo:

²⁸⁶ PIÇARRA apud AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32. p. 27.

²⁸⁷ AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32. p. 26-28.

²⁸⁸ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

²⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*. Revista USP n. 21, 1994, p. 12-21. pp. 17-18.

[...] com base nas condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função sócioterapêutica, libertando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura Lex sed Lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio da equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.

O que se está a habilitar, neste contexto, é o verdadeiro rompimento com a primitiva tríade de funções estatais, para aperfeiçoar-se um sistema que ganha nova valoração – e afinação com a realidade sócio-política do Estado -, em que a distribuição de competências – sempre embasada no compromisso republicano de justiça social - é avistada como meio de se assegurar a prestação dos direitos fundamentais.

A respeito deste “redimensionamento do equilíbrio da divisão dos poderes”, aprofunda o magistério de José Eduardo Faria²⁹⁰:

É evidente que o Executivo tem a discricionariedade para alocar recursos oficiais conforme as prioridades definidas por seus dirigentes, eleitos pelo voto direto em pleitos livres, nos quais defenderam programas específicos de governo em conformidade com um determinado ideário doutrinário. No entanto, como alguns setores do Judiciário se sentem tolhidos na aplicação das novas leis sociais que exigem desempenho político-administrativo de outro poder, constata-se aí um conflito de discricionariedades entre dois poderes soberanos – um conflito inédito que exige um redimensionamento do equilíbrio da divisão dos poderes, tal como nos foi legada pelo constitucionalismo moderno.²⁹¹

²⁹⁰ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In. ____ (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 52-67. p. 63.

²⁹¹ E avança o autor (FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In. ____ (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 52-67. p. 64): Partindo das “zonas cinzentas” geradas pelas novas

Desmistificado o dogma da estanque independência entre os Poderes do Estado, ao se transpor os reflexos desta renovação principiológica ao enfrentamento da temática proposta - controle judicial – é forçosa a inferência de que “essa evidente *interação e complementaridade* entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre políticas públicas”²⁹².

Isto porque, incorrer-se-ia em flagrante incoerência na interpretação deste princípio em alienação ou desconformidade com os demais valores prestigiados na Constituição Federal, violando preceitos da hermenêutica constitucional, em especial, os vetores da unidade da Constituição e da máxima efetividade, condição que implica, de quebra, o reconhecimento de que este axioma “[...] não é um fim em si mesmo. Somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e destarte, não pode ser invocado contra o objetivo de tutela desses direitos”²⁹³.

Na convicção de que “o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo)”²⁹⁴, não é incauta a assertiva de que sempre que ilegal ou contrária às diretrizes valorativas da Lei Maior a atuação dos demais Poderes - conquanto haja regular provocação - impõe-se a disciplina judicial “coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, *seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a, quando verificada a omissão*”^{295, 296}.

legislações de natureza social, alguns magistrados tem procurado chamar a atenção para esse problema, seja responsabilizando – ainda que de maneira muito sutil – o Legislativo por ter criado abusivamente leis sociais que teriam convertido a ordem jurídica numa “variável dependente” da dinâmica do processo político e das conveniências dos governos municipais, estaduais e federal, seja comentando criticamente em artigos e entrevistas iniciativas de alçada do Executivo, seja enquadrando muitos atos desse poder em arguições de inconstitucionalidade e em ações cautelares de grande repercussão popular.

²⁹² FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752. p. 777.

²⁹³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 193.

²⁹⁴ ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

²⁹⁵ ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

Trata-se, além disso, de acepção consentânea com a avaliação de Robert Alexy: “[..] um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissivo”²⁹⁷.

Equacionada, aí, a exigência de se interpretar o postulado da estrutura tripartite do poder estatal harmonica e sistemicamente com outros princípios de igual hierarquia – do mesmo modo consagrados na Carta da República -, como o é a máxima da inafastabilidade da jurisdição – que sujeita Legislativo e Executivo ao controle de constitucionalidade próprio do Judiciário -, receio não há em se afirmar que

a conjugação dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição impõe ao Judiciário o poder-dever de, exercendo sua atividade típica, qual seja, o controle jurisdicional, o fazer também em relação à administração pública, prestando a tutela jurisdicional devida, para tanto, substituindo-se à vontade das partes, vez que a substitutividade é característica própria da função jurisdicional.²⁹⁸

Representa dizer: o Judiciário, no exercício de sua função típica (atividade jurisdicional) em face das demais formas de expressão do Poder do Estado, e, investido como última instância protetora dos direitos fundamentais, assume papel incisivo diante do desafio de concretização do texto constitucional, sanando distorções do processo democrático mediante a análise da omissão dos outros poderes no exercício de suas correspondentes funções típicas.²⁹⁹

É com segurança, então, que se impinge a este princípio caráter instrumental à realização de direitos fundamentais – aí suplantando-se seu emblema

²⁹⁶ A solidez da perspectiva em estudo confere idoneidade à afirmação: “No Brasil, sem dúvida alguma, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar diretamente as normas constitucionais, sobretudo – aqui em particular – as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de tal modo que ele pode, em caso de eventual lacuna ou omissão inconstitucional do poder público, colmatá-la, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito (LICC, art. 4º) e, ainda e principalmente, através de uma interpretação criativa que, no domínio de uma nova hermenêutica constitucional, consiste em concretizar os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social e vivenciando a Constituição” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 331).

²⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514.

²⁹⁸ AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32. p. 28.

²⁹⁹ É o que designa Eduardo Cambi (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 195): “Sempre que os demais poderes comprometem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los”.

de óbice a esta concretização -, “devendo ainda ser levado em conta que negar ao Poder Judiciário a atuação de sua atividade típica, em favor de suposta prerrogativa de algum outro poder constituído, é que configura, sim, flagrante e intolerável violação ao princípio da separação dos poderes”³⁰⁰.

Clarividente, neste consenso, que a sustentada participação do Judiciário no desenvolvimento da atividade do Estado – isto no desempenho da atividade jurisdicional que lhe é precípua -, não tem o condão de usurpar a atribuição de qualquer outra Função do Estado.

O que se defronta nessa nova expectativa, em verdade, é o chamamento do Judiciário “a exercer uma *função socioterapêutica*, corrigindo desvios na consecução de finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social”³⁰¹.

Aqui se trata não de conferir ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão somente o de avaliar e corrigir sua implementação pelos poderes públicos – no condicionamento da inafastabilidade da Jurisdição, e, ainda, na regência de vetores como os da força normativa e máxima efetividade da Constituição –, atuando a imperiosidade de concreção dos direitos assegurados à sociedade em grau de essencialidade, enquanto tarefa de premência da agenda republicana que outorga a todas as expressões do Poder o encargo de edificação do projeto democrático.

3.2.2 Violação da Discricionariedade Administrativa: a Discricionariedade da Administração Pública na Constituição Federal

Neste enredo, é semelhantemente emblemática a censura aparelhada no argumento de impossibilidade de invasão do mérito do ato administrativo (motivo e objeto) pelo Poder Judiciário – que aí agiria em usurpação da discricionariedade da Administração Pública, imiscuindo o juízo de conveniência e oportunidade adotado pelo Administrador -, objeção que vem atada à premissa de

³⁰⁰ AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32. p. 28.

³⁰¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 195.

que o exame e a cognição judicial estariam adstritos ao aspecto da legalidade do ato (vide competência, forma e finalidade).³⁰²

Entretanto, tal ideário não mais reflete a significação hodierna conferida ao emblema da discricionariedade à luz da Lei Fundamental vigente, noção que proficuamente é tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰³ ao ministrar, em obra de fôlego, que o mérito está sim sujeito a controle judicial, entendimento que este autor de vanguarda extrai do princípio administrativo da supremacia do interesse público (que confere ao Administrador o poder-dever de realizar as melhores escolhas):

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

Este embargo afeto à blindagem irrestrita dos atos administrativos (vinculados ou discricionários) ao controle pelo Judiciário torna-se sobremodo incongruente, então, quando confrontada com a noção assente de que, em regra, a liberdade conferida à produção desses atos é relativa, visto que “somente pode ser exercida, na extensão, medidas ou modalidades, necessárias a busca das finalidades constitucionais”³⁰⁴.

Como possível reforçar em lição também radicada por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰⁵:

[...] assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.

³⁰² Esta retrata uma objeção calcada na doutrina administrativista clássica, aqui exponenciada por Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 102).

³⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

³⁰⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 236.

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 394.

É tangenciando esta linha conceitual que hoje se avança a um vigoroso consenso no sentido de que “dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de efetiva discricção nos atos e condutas da Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte de liberdade vigiada”³⁰⁶.

Sublima-se, aí, a indissociável vinculação da Gestão Administrativa à força normativa da Constituição, conforme locução de Ruy Samuel Espíndola³⁰⁷:

Nenhuma autoridade constitucional ou legal, poder, órgão ou agente públicos ou pessoas privadas escapam à sua força normativa vinculante. Todos devem se submeter aos seus ditames, de acordo com o grau de densidade de cada norma constitucional continente de princípio jurídico. Como já dito, sentenças, leis e atos administrativos e privados devem-lhe obediência, sob pena de invalidade.

Nem se perca de vista, aliás, que a admissão do controle jurisdicional da atividade administrativa é claramente enunciada pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, ao assentar – em sede de Ação Popular - a possibilidade de anulação de atos lesivos à moralidade administrativa, abertura que eleva garantia de proteção contra abusos e arbitrariedades do Administrador, em superação aos limites de sua discricionariade.

Esta exigência em torno da moralidade administrativa dá conta de princípio expressamente alçado à categoria de diretriz fundamental a orientar a atividade da Administração Pública – artigo 37, *caput* –, lançando-se como premissa que se vincula imediatamente aos freios instalados aos agentes públicos na execução dos poderes discricionários; portanto, trata-se de princípio jurídico-administrativo regulador de toda a produção de atos realizada pelo Estado e de sua sistemática na persecução de objetivos públicos traçados a partir da adequada convergência entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, servindo, por sua essência, não apenas ao fortalecimento dos demais princípios imanentes a esta atividade como “para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade,

³⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798. p. 776.

³⁰⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 254-293. p. 256.

notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na ciência contemporânea”³⁰⁸.

Salutar entendimento acerca deste vetor reclamado na gestão da coisa pública é retratado por Carmem Lúcia Antunes Rocha³⁰⁹, em lição que conduz ao amparo da aqui avalizada exigência de análise da atividade administrativa:

Considerando que o princípio da moralidade administrativa aperfeiçoa, assim, a virtude do comportamento da Administração Pública e, ainda, que esta virtuosidade é apreciada em sua adequação aos fins postos e cujo atingimento se busca pela pessoa pública, verifica-se que ele não seria plenamente observado se os meios de que se devem valer os agentes competentes não fossem objeto de exame e avaliação em sua consonância com as necessidades para realização daqueles objetivos. [...] E é exatamente nesta perspectiva mais alargada e aprofundada da moralidade administrativa, como princípio jurídico dotado de substância de justiça e não apenas de forma de Direito, que importa, para saber-se de sua observância e respeito, a virtude dos meios praticados sob o argumento ou sob o fundamento de que por eles se chegará a determinado fim público. [...] Na Administração Pública não podem prosperar a idéia [...] e a prática de que todos os meios são bons e juridicamente aceitáveis quando de seu emprego sobrevier a concretização de determinada finalidade ou a obtenção de determinada utilidade para o público.

Sobre o tema em pulso, é interessante destacar a influência que a Carta dos direitos fundamentais da União Européia - aliada à difusão do movimento de constitucionalização de todo o direito e poderes constituídos - tem manifestado sobre parte da doutrina administrativista contemporânea no sentido de se assinalar a existência de um verdadeiro direito fundamental à boa administração pública, que estaria vinculada ao pleno atendimento de todos os princípios e cláusulas gerais a ela correspondentes.

Ademais, a eloquência do Constitucionalismo moderno na esfera de atuação da Administração Pública é idoneamente assimilada em lição de Ruy Samuel Espíndola³¹⁰:

³⁰⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 68.

³⁰⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. pp. 192-193.

³¹⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 254-293. pp. 261-262.

Esses princípios, entre outros, endereçam-se ao objetivo precípuo do Constitucionalismo: o controle do poder político, o controle do atuar administrativo em face dos direitos da pessoa humana, dos grupos sociais organizados e suas demandas por saúde, educação, justiça, lazer, moradia, segurança e demais elementos que compõe o feixe de valores circundantes da esfera mínima de dignidade exigível por cada pessoa, especialmente as desprovidas de posses e recursos materiais suficientes à sua subsistência e de sua família. Controlar o poder para impedi-lo de cometer injustiças ou compeli-lo a realizar o justo é a aspiração do direito constitucional (e administrativo) da atualidade, revelando-se pelos princípios que condensam direitos fundamentais de defesa ou direitos fundamentais a prestações.

É neste espírito que se afirma: sendo absoluta a sujeição de todo e qualquer ato da Administração aos requisitos formais e materiais apostos na Constituição e, competindo ao Poder Judiciário zelar pela constitucionalidade das ações estatais (em conformidade com o princípio constitucional de que lesão alguma a direito pode ser excluída de sua apreciação), nenhuma questão - ainda que exclusivamente política - pode ser subtraída de sua análise³¹¹.

Sempre que incompatível com a Lei Maior a conduta do agente público, portanto, caberá ao Judiciário – mediante legítima e adequada provocação – examinar se o ato administrativo está ajustado³¹², hipótese em que não substituirá a conveniência e a oportunidade da Administração - em favor de sua própria discricionariedade -, “posto que o controle judicial recairá apenas sobre os motivos fáticos e jurídicos do ato administrativo frente aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais são, em última *ratio*, critérios de aplicação do direito”³¹³.

Nutre-se, então, com a argumentação coligida, suficiente fundamento a justificar a submissão de todo e qualquer ato administrativo viciado (que desatenda ao interesse público ou ofenda ditames e finalidades constitucionais) ao crivo do Judiciário, dado que a ortodoxa fronteira da discricionariedade da Administração ganha agora, à luz da Constituição Federal e sua força normativa, renovados horizontes de significação e novos parâmetros de funcionamento.

³¹¹ SILVA FILHO, Derly Barreto. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público* 8, 1994. p. 131.

³¹² Fortalecendo a digressão sob esta rubrica principiológica, propõe-se ao Judiciário verificar se a atuação administrativa foi (ou não) realizada dentro do razoável, considerando ilegais atos que afrontem o axioma normativo da proporcionalidade, “por não encontrarem respaldo fático no caso concreto, por se fundarem em motivos impróprios em face da Constituição e das leis, por procederem a uma exegese abusiva dos textos normativos ou, ainda, por lhes atribuírem uma extensão desproporcional” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 241).

³¹³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 243.

3.2.3 A Legitimidade da Jurisdição no Regime Democrático

Resistência que frequentemente se lança à atuação do Judiciário que interfira na esfera da ação do Estado quanto às políticas públicas está no argumento da ausência de legitimação democrática dessa atividade, dado que sua composição não perpassa pela sistemática (própria aos poderes políticos) da eleição majoritária de seus membros pelo povo.

Realmente é verificada na atualidade nítida ampliação do papel do Judiciário, em cujos dutos cada vez mais são crescentemente depositados os anseios daqueles que o procuram na expectativa de fazer valer seus direitos, horizonte que é recrudescido, de certa forma, pelo descrédito da população nos poderes Executivo e Legislativo, além de uma nevrálgica crise de representatividade experimentada na ação do Parlamento. Essa dinâmica, operada também com o sentimento coletivo de debilidade das ações executiva e legislativa no desempenho das funções que lhes tocam, pode ser assim refletida:

A insegurança e a incompreensão ocasionadas por uma produção legislativa sem precedentes, aliadas a uma exigência crescente de ações negativas e positivas do Poder Executivo no respeito às liberdades públicas e na concretização de um extenso rol de direitos sociais, culturais e econômicos, têm provocado um crescimento vertiginoso da demanda do Poder Judiciário.³¹⁴

Sobre o quadro aí tratado, Rodolfo de Camargo Mancuso³¹⁵ retrata que a sensação de ineficiência experimentada nesse âmbito desvela um verdadeiro vácuo que passa a atrair as demandas reprimidas e insatisfações gerais que, sem o atendimento necessário e sem canal adequado de expressão, acabam se voltando para a instância que se apresenta quando as demais falham: o Judiciário.

Ainda mais, dentro desse panorama, o reconhecimento dos direitos fundamentais, principalmente aliado à positivação do paradigma hermenêutico de sua aplicabilidade imediata, fez fluir ambiente vertiginosamente fecundo para que

³¹⁴ CABRAL, Marcelo Malizia. Concretização do direito humano de acesso à justiça: imperativo ético do Estado Democrático de Direito. In: *Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário* – FGV Direito. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009, p. 09-87. p. 14.

³¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76-77.

cada vez maior relevo fosse conferido ao papel da Jurisdição, aspecto que precisamente referenciado por Luís Roberto Barroso³¹⁶:

Ao longo dos últimos anos, o Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, tem desempenhado papel de maior destaque do que tradicionalmente lhe cabia. A posituação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais serve como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes.

Neste sentido, ainda três fatores são arrolados pelo constitucionalista como determinantes ao movimento tendente à judicialização das políticas públicas na realidade brasileira: a redemocratização do país, que teve na promulgação da Constituição de 1988 o seu ponto culminante, com aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira; a constitucionalização abrangente – com incorporação de inúmeras matérias à Ordem Fundamental, antes deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária –, que expandiu de maneira vertiginosa os conteúdos positivos suscetíveis de figurar como fundamentos jurídicos para apreciação pelo Judiciário; a amplitude do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, combinando aspectos dos sistemas americano (controle incidental e difuso, por qualquer juiz ou tribunal) e europeu (controle concentrado por meio de ação direta) e concedendo a diversos órgãos e entes a legitimação para sua iniciativa.³¹⁷

Além das circunstâncias aí relacionadas, Eduardo Cambi³¹⁸ manifesta a afirmação de que o Direito Público judicializou a política, instância essa que passou a ser nele tematizada – a exemplo de conflitos sociais e direitos fundamentais historicamente sonogados –, abrindo margem a uma ordem de complementaridade entre ambos.

A despeito da admissão desses pressupostos, é emblemático o questionamento acerca da legitimidade do Judiciário, sob o argumento que lhe faltaria a necessária premissa da representatividade, quando comparado aos

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 281.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2013. p. 3-4.

³¹⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 211.

demais poderes cujos postos são providos por meio de eleição direta pelo povo, à luz do regime democrático adotado no Estado brasileiro.

Esse raciocínio expressa uma teorização bastante comum, todavia, de flagrante inconsistência, residindo seu equívoco na desconsideração às duas formas de legitimação democrática concebidas constitucionalmente, assim lembradas por Luiz Flávio Gomes³¹⁹:

Há um grande equívoco na afirmação de que a jurisdição não conta com respaldo democrático. O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a *representativa* (típica dos altos cargos políticos) e a *legal* (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes que ocuparão os principais postos políticos.

Trata-se da legítima e soberana opção constitucional pela formação do modelo talhado pelo Constituinte, caracterizado, ademais, pela inexistência de hierarquia ou sobreposição entre essas duas formas de legitimação:

A legitimação política, só porque é representativa, não significa que é mais importante ou goze de maior hierarquia perante a legitimação judicial (formal ou legal): ambas as modalidades de legitimação foram concebidas pelo Poder Constituinte e estão previstas na Constituição; ambas estão no mesmo pé de igualdade.³²⁰

O exercício da jurisdição – excetuada a regra do quinto constitucional - no sistema alçado pela Constituição Federal de 1988, é dada àqueles que logram aprovação em concurso público, e essa sistemática, por sua vez, igualmente flui da égide democrática, o que a permite gozar de idôneo respaldo. Como bem pontua José Renato Nalini³²¹:

³¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997. p. 120.

³²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997. p. 122.

³²¹ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 342-343.

A forma natural de ingresso à magistratura é o concurso público, opção constitucional de fisionomia a um tempo democrática e aristocrática para provimento de funções estatais. A face democrática reside na amplitude do acesso, aberto a todos os bacharéis em ciências jurídicas, e a aristocrática está no mérito comprovado de quem vier a demonstrar conhecimento e lograr aprovação.

O concurso público é forma legítima de seleção de juízes, pois a democracia não se resume ao exercício do sufrágio. Além da seleção resultante da vontade constituinte, legitima-se continuamente o juiz brasileiro ao fundamentar sua decisão e ao cumprir sua missão de concretizador das mensagens normativas contidas na Carta Política e de garante das demais promessas do constituinte.

O esclarecimento permite ainda discernir que a legitimação da Jurisdição é de natureza contínua, à medida que lhe é exigida a constante a fundamentação de suas decisões e a sujeição ao incremento dos preceitos constitucionais, entre os quais aprouve ao Constituinte conferir destacada vanguarda aos direitos fundamentais.

Além da já registrada identificação de duas fontes de legitimação democrática do Poder Judiciário, Luis Flávio Gomes³²² – com apoio teórico em Luigi Ferrajoli – também afirma o seu caráter substancial, feição que advém do dever atribuído a tal instância de tutelar direitos fundamentais:

[...] a legitimação democrática do Poder Judiciário é estruturalmente diversa da dos demais poderes do Estado, não tendo nada que ver com a opinião da maioria”. As fontes de legitimação do Poder Judiciário, acrescenta o autor citado, são essencialmente duas: 1. *Legitimação formal*, que fica assegurada pelo princípio da estrita legalidade (sobretudo penal) e da sujeição do juiz somente à lei;³²³ 2. ***legitimação substancial, que consiste na função e capacidade da jurisdição de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos. Na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de “garante” dos direitos fundamentais está o principal fundamento da jurisdição democrática da jurisdição [...].*** (grifo meu)

Dessa forma, para sua higidez, a atividade jurisdicional “deve ser orientada pelos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais”, forma pela qual a sua legitimidade democrática será identificada em

³²² GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997. p. 120.

³²³ Acerca desse aspecto, o autor desenvolve mais adiante que a vinculação do juiz à lei requer atividade de “polimento” - mediante uma interpretação razoável - para sanar eventuais incompletudes e pontos insatisfatórios do texto legal e promover sua adequação às concepções e circunstâncias do caso, considerada, inclusive, a possibilidade de sua não aplicação na hipótese de conflito com a Constituição (GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997. p. 120. p. 121).

suas decisões ao encontrarem elas ressonância “nas aspirações da comunidade”, conquanto “plasmadas no ordenamento constitucional e legal”³²⁴.

Essa consideração representa que “a busca pela legitimidade democrática da jurisdição não pode vir desconectada do aspecto material”, de maneira que, para que a atividade jurisdicional seja considerada legítima, é imperioso que por ela sejam irradiados, na realidade social, os efeitos dos mandamentos constitucionais que albergam os direitos fundamentais.³²⁵

De modo adensado nessa argumentação, Jônatas Luiz Moreira de Paula³²⁶ afirma que a atividade jurisdicional se legitima a partir da realização dos fins prescritos no art. 3.º, da Constituição Federal³²⁷, com os quais a Jurisdição deve guardar verdadeiro compromisso, dado o indissolúvel imbricamento entre esses objetivos republicanos e os direitos fundamentais. A perseguição desses desideratos é que legitima, em última instância, tanto o papel do Judiciário como toda a ordem jurídica, como infere o aludido autor:

Ao elencar os objetivos a serem alcançados na Carta Magna, o Estado brasileiro assumiu o compromisso político-constitucional da realização de tais objetivos como forma de legitimação de toda a ordem jurídica que se institui mediante a Constituição Federal e que se institui infraconstitucionalmente.

É (ou seria) a legitimação da ordem jurídica e da própria atividade jurisdicional mediante os fins sociais a serem alcançados.³²⁸

³²⁴ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais. *Revista CEJ*, Centro de estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 45, p. 21-31, abr./jun. 2009. p. 22.

³²⁵ Dentro desse raciocínio, Eduardo Cambi desenvolve reflexão sintonizada com as carências sociais e com o conteúdo axiológico da Constituição, afirmando que o Direito, para legitimar-se socialmente, deve estar conectado com a realidade vivida, aderente aos anseios de sua população – em muito miserável, em todos os níveis (econômico, cultural, político etc.). A partir disso, assimila que a “melhor interpretação” dos pressupostos ideológicos do Direito será aquela que potencialmente concretize, e de forma mais eficiente, a carga humanizante gestada nas regras, princípios e valores que permeiam o atual sistema jurídico. (Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 212)

³²⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002. p. 57.

³²⁷ Esse dispositivo, aliás, recebeu a interessante nota de José Afonso da Silva, acentuando seu ineditismo na história constitucional brasileira: “é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, o que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”. (*Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102).

* Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento social nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³²⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002. p. 69.

Assim assentada a superabilidade da objeção tratada nesse ponto, será especialmente frutífera ao embasamento teórico da pesquisa esse último marco que referenda à Jurisdição o papel de co-responsável pelo atingimento dos escopos do Estado Democrático, sob a premissa da plena legitimação e harmonia desse exercício frente à conjuntura institucional em que estão calcadas as funções estatais.

3.2.4 “Reserva do Possível” e sua Superabilidade: a Vinculação da Prática Orçamentária às Prioridades e Diretrizes Constitucionais de Alocação de Recursos

A partir do discernimento de que o planejamento e a consecução de políticas públicas exigem, inequivocamente, a disponibilidade de anteparo econômico pelo Estado, incita-se o Direito, então, a fecundar respostas adequadas à desafiadora equação que requer a solução eficiente a se determinar, diante de um direito fundamental universalmente assegurado, o que (e a quem) o Estado deve (ou não) atender na realidade da insuficiência de recursos para a satisfação de todos?³²⁹

Dentro deste debate, portanto, é sim sabido que as políticas públicas implementadas e executadas pela Administração, inevitavelmente, vinculam a alocação de recursos públicos previamente disponibilizados, conforme leis de diretrizes orçamentárias. É também verdade que a Constituição Federal, ao delinear os objetivos aos quais o Estado se vincula, igualmente define - e o faz com certo grau de precisão -, além de limites formais relativos à digressão da destinação orçamentária, limites materiais hábeis a orientar e conformar a gestão estatal e que desautorizam, por assim dizer, a dissonância do emprego de receitas públicas frente a essas diretrizes vinculantes na persecução das prioridades e objetivos republicanos.

É neste palco que ganha toda eloquência a tensão que emerge com a questão da demanda econômica da implementação dos direitos e o problema contingencial da finitude dos recursos públicos - elementares ao custeamento das políticas públicas manejadas no Estado Constitucional -, conflito que é explorado no debate em torno da “reserva do possível”, teoria originária da jurisprudência alemã

³²⁹ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 232.

(Vorbehalt des Möglichen).

Trata-se de projeção argumentativa situada em momento histórico correlato ao do desenvolvimento teórico acerca do Custo dos Direitos, corrente propulsionada por estudos levados a efeito pelos estudiosos americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, em cuja obra emblemática (*The cost of rights*) manejava-se a proposta reflexiva sobre a necessidade de se levar em conta o valor econômico da realização dos direitos e a relação existente entre o custo de sua implementação e a sua significação social³³⁰.

Importa divisar, contudo, que a argumentação difundida com a importada doutrina da reserva do possível - porque inspirada em realidade fática sobremodo dissonante com o quadro sócio-político brasileiro -, vislumbra-se excessivamente tênue em sua invocação dentro do cenário nacional.

Elucide-se, neste sentido, que a aludida tese, em sua origem, não se referia direta e exclusivamente à disponibilidade de recursos materiais, mas também à exigência de razoabilidade da pretensão de concretização de dado direito social - a ser avaliada à vista do caso concreto -, sob o crivo do princípio da proporcionalidade (que regerá a ponderação dos valores envolvidos).

Além disso, no âmago desta edificação, firmava-se a noção de que “esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”³³¹, consoante o que não seria permitido exigir do Estado acima de um limite básico social.

A transposição do conceito no Brasil – sem as necessárias adaptações³³² -, todavia, deu azo ao seu emprego a partir da vaga feição da reserva do financeiramente possível, frágil interpretação que colige, na insuficiência de recursos materiais e na ausência de previsão orçamentária, um limite à realização de direitos fundamentais sociais, ânimo segundo a qual “os direitos (todos eles)

³³⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-292. p. 210.

³³¹ KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 40.

³³² Oportuno dar nota, neste particular, a exortação de Canotilho (1999: 327) acerca da exigência de que a transplantação de conceitos em sede de Direito Comparado se opere em submissão a atencioso processo de adaptação em conformidade com o modelo sociojurídico-econômico, reclamando, este arranjo, sensível discernimento para a harmonização de teorias estrangeiras conforme as especificidades de cada contexto.

estariam condicionados, em sua realização pelo Poder Público, às capacidades financeiras do Estado, o que tornaria esta realização insindicável pelo Poder Judiciário”³³³.

Sobre o perigo de aplicação desafortunada da importada tese, já preveniu Freire Júnior que sua sustentação em solo pátrio pode enredar um direito comparado desconexo, principalmente porque a definição do que se entende como garantia mínima de direitos naquele país em que originalmente desenvolvido o raciocínio em quase nada se aproxima do contexto brasileiro, tão marcado pela desigualdade social³³⁴.

Com efeito, tomado como paradigma o ideal democrático difundido no Estado contemporâneo, é reconhecido que a noção de justiça social surge como uma simbiose entre dos valores da liberdade e da igualdade, panorama em que a idéia de democracia somente poderá despontar com um processo equânime de participação política, a partir do pressuposto de justa distribuição dos bens sociais.

Disso decorre a inafastável conclusão de que a democracia, a sociabilidade e a juridicidade impõem o amparo por uma estrutura jusfundamental que começa nos direitos fundamentais da pessoa humana e termina nos direitos sociais.³³⁵

Isto porque, a liberdade jurídica tem seu sentido esvaziado caso não possa ser exercida na realidade, visto só alcançar sua concretude na vida social quando da efetiva possibilidade de que os bens sociais materiais básicos, que permitam a vida digna, possam ser desfrutados.

É na consonância desta basilar percepção - ínsita aos desafios republicanos - que os direitos fundamentais sociais, a começar pela viabilização do mínimo existencial, emergem como uma medida de proteção estatal básica para alcance da liberdade real e fomento à igualdade material e que, diferentemente das liberdades públicas negativas (calcadas na igualdade formal), significam direitos a níveis mínimos de desenvolvimento.

³³³ ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

³³⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 42.

³³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 252.

Tem-se, portanto, que a noção de mínimo existencial material está voltada à garantia de um conjunto mínimo de bens e serviços essenciais, capazes de assegurar o bem estar social através da promoção da dignidade individual e coletiva, devendo, por isso, ter seu conteúdo buscado no âmago dos vetores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da cláusula do Estado Social.

Diante disso, uma vez que as políticas públicas implementadas e executadas pela Administração, inevitavelmente, exigem o emprego de recursos previamente disponibilizados (conforme leis de diretrizes orçamentárias), não é recente a polêmica que permeia o tema, residindo, sua tônica, no questionamento acerca da obrigatoriedade de implementação – pelos agentes políticos originariamente legitimados – daqueles direitos sociais definidos como fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito, mesmo quando escassos ou ausentes recursos financeiros a lhes oferecer suporte.

E mais. Essa celeuma deflagra a necessidade de se evitar que também o argumento da reserva do possível, a exemplo do que ocorre com a doutrina das normas programáticas,

sirva para justificar o imobilismo político e jurídico, além de comprometer a efetividade dos direitos sociais no Brasil. Nenhuma Sociedade possui recursos ilimitados para atender a demanda [...]. Esse dado, contudo, não autoriza o esvaziamento do princípio da igualdade de oportunidades.³³⁶

Para idôneo enfrentamento do problema, primeiramente, é imperiosa a compreensão de que a reserva do possível não constitui elemento essencial ou integrante dos direitos fundamentais, mas emerge apenas como um limitador fático-jurídico ou um critério para solução de conflitos entre direitos fundamentais, devendo se prestar, assim, à salvaguarda do direito ao mínimo existencial³³⁷. Não se trata, portanto, de espécie normativa, e sim de condição de realidade, ou seja, um contingente do mundo dos fatos que influencia a aplicação do Direito³³⁸.

³³⁶ LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98.

³³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

³³⁸ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 237.

Por isso, se justamente através do orçamento são instrumentalizadas as políticas públicas, bem como definido o grau de concretização dos direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal, é de rigor enxergar, na prática orçamentária, um instrumento de governo catalisador do desenvolvimento social, político e econômico.

Assimila-se, então, do magistério de Eduardo Cambi³³⁹ oportuna tentativa de desmistificação deste impasse entre a exigência de promoção do mínimo existencial material e o problema da esgotabilidade das finanças públicas:

Uma vez que os recursos públicos são limitados, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (*mínimo existencial*). Procura-se, destarte, uma *otimização* nos gastos públicos, voltadas à aplicação prioritária na efetivação de direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (*maximização do mínimo existencial*). [...]

Dentro das limitações orçamentárias, o Estado deve *priorizar* os gastos públicos na concretização daqueles direitos que permitem gerar as *condições gerais mínimas* para emancipação da pessoa humana, porque esta é a premissa *mais favorável* à realização dos direitos fundamentais em *países de modernidade tardia* como o Brasil. [...]

Os direitos que compõem o mínimo existencial são tão importantes que a sua outorga não pode ficar sujeita à vontade (discricionariedade) da maioria parlamentar ou da Administração Pública. Desse modo, a ausência de previsão de despesa, nas leis orçamentárias, bem como a inexistência de políticas públicas não impede a efetivação judicial do mínimo existencial. [...] Opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário para permitir a concretização dos direitos fundamentais sociais ou, ao menos, do mínimo existencial. Deve o Judiciário sopesar os distintos atos materiais que podem ser praticados pelo Executivo, quando, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao caso concreto, restar demonstrado que a opção do administrador é manifestamente inconstitucional. Há de ficar comprovado que foi preterido o valor da dignidade humana para se implementar outras alternativas incapazes de promover a tutela do mínimo existencial.

Neste ângulo, sedimenta-se o entendimento de que a articulação dos gastos públicos não está reservada integralmente à deliberação política, visto que considerável espectro das escolhas públicas já está marcado por opções constitucionalmente definidas, razão porque a prática orçamentária merece ser discernida justamente como “o momento no qual a realização dos fins

³³⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. pp. 389-390; 407-409.

constitucionais poderá e deverá ocorrer”³⁴⁰.

Por isso, diante de demanda pela implementação de dado direito, é indispensável a necessidade de se distinguir, adequadamente, entre a hipótese de uma efetiva inexistência de recursos (aptos ao custeio das políticas públicas que viabilizam a implementação do direito tutelado) ou a de sua indevida alocação³⁴¹, instalando-se aí a investigação mais próxima do exercício concreto da função orçamentária do Estado e o exame de sua consonância com as prioridades alinhadas na Lei Fundamental.

Não é demais inferir que, para esta compreensão,

[...] existe a necessidade de diferenciar o que não é possível, porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades.

Ocorre que a própria Constituição oferece parâmetros a serem respeitados [...]. Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades por ela estabelecido. E a obediência aos parâmetros fixados pela Constituição, não se trata da ocorrência da subsunção do político ao jurídico, mas do condicionamento das decisões políticas aos valores estabelecidos pela própria Constituição.³⁴²

Desvela-se com nitidez, pelo entendimento aplicado à matéria, que a projeção da reserva do possível não pode ser admitida como uma limitação absoluta, tampouco como um complacente fundamento para a evasiva estatal frente à exigência da promoção de direitos que integram a composição do mínimo existencial – como o é o direito fundamental social à educação -, representando, ao revés, “apenas um dos argumentos que devem ser analisados pelo juiz no momento em que formula a sua decisão, buscando compatibilizar a *necessária realização* da

³⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, n. 240, p. 83-103, 2005. p. 101.

³⁴¹ Nesta noção de assimetria prejudicial à prestação de serviços públicos, denota-se que “o dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos Estados ou dos municípios” (KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 99).

³⁴² BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 240.

Constituição com a devida *responsabilidade estatal*³⁴³.

Contemporaneamente, especialmente em razão de forte tendência jurisprudencial, a oposição da tese em cuidado tem sido rejeitada como panacéia inapta a driblar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado³⁴⁴, o que vem empalidecendo seu pretérito renome de óbice absoluto e intransponível à atuação jurisdicional na implementação das políticas públicas que tratem daquela estirpe de direitos.

É do Supremo Tribunal Federal³⁴⁵ – no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 45 - a interpretação paradigmática que compatibiliza a leitura da referida cláusula em face da regência constitucional garantidora do mínimo existencial, pela qual se exige mais que a mera alegação de inexistência de recursos, e sim, aí, a comprovação da denominada “exaustão orçamentária”.³⁴⁶ O voto é da lavratura do Ministro Celso de Mello:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais [...] depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese — mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e

³⁴³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 400.

³⁴⁴ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007. p. 182.

³⁴⁵ Sobre posicionamento mais recente emitido no Supremo Tribunal Federal em relação à problemática explorada na pesquisa, conferir ANEXO A.

³⁴⁶ Adequada compreensão da problemática é igualmente encontrada na orientação do Superior Tribunal de Justiça, consoante julgamentos que ali serviram de expoentes no enfrentamento do assunto:

“[...] a real insuficiência de recursos, mesmo quando estes estão alocados em atividades essenciais, deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1185474/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

Em solução emanada da mesma Corte, viu-se também nivelar:

“[...] Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 45 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

Lançado esse esforço exegético, é permitido o avanço para assimilar profícua fórmula a nortear o exame do conflito - e sua equalização (pelo Judiciário) - diante do caso concreto:

Verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos públicos em finalidade evidentemente menos importante do que aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado, sendo imponível a prestação para o Estado. [...] Precisamente esta é a idéia que rege a aplicação do princípio em questão. Não obstante possa ele configurar elemento de limitação à atividade jurisdicional, este limite não é absoluto, cabendo ao Poder Judiciário não apenas investigar a razoabilidade da indisponibilidade financeira alegada pelo Poder Público, como ainda apurar – se for o caso – a outra destinação dada ao recurso público, bem assim a garantia do "mínimo essencial" pelo Estado.³⁴⁷

Em remate, é de se reforçar a justificativa à superação aqui ministrada fazendo uso da salutar proposta de Eduardo Cambi³⁴⁸ por uma leitura peculiar da cláusula da reserva do possível em países de modernidade tardia (como é o caso brasileiro), onde, a teoria “deve servir de mecanismo de mitigação do ativismo judicial irresponsável, sem se transformar em obstáculo jurídico à realização de direitos fundamentais sociais”.

Portanto, não há que se falar em “reserva do possível” quando se trata de assegurar o mínimo existencial, não podendo o Estado paralisar a realização concreta de seus objetivos por ausência de substrato econômico, mas

³⁴⁷ ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

³⁴⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 487.

deve, sim, redimensionar as suas receitas e despesas para atingi-los³⁴⁹. O mesmo tratamento parece deve merecer o direito social ao ensino obrigatório e gratuito (§ 1º do art. 208 da Constituição).³⁵⁰

É possível, assim, que por aqui sejam lançadas algumas noções panorâmicas que servirão de embasamento á evolução da pesquisa proposta:

Ao se discernir a demanda econômica como aspecto inerente à atividade pública prestacional, reconhecendo-se que justamente através do orçamento são instrumentalizadas as políticas públicas – mediante o emprego de receitas previamente disponibilizadas, conforme planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais (artigo 165, incisos I a III, da Constituição Federal) -, é de rigor enxergar, na prática orçamentária, um instrumento de governo catalisador do desenvolvimento.

É verdade que a Constituição, ao estabelecer os desideratos aos quais o Estado se vincula, igualmente delinea, com certo grau de precisão, - além dos limites formais referentes à digressão da destinação orçamentária para o atendimento aos dispêndios públicos -, limites materiais hábeis a reger e orientar a atividade da gestão estatal, estes que, além disso, desautorizam a dissonância na alocação dos recursos públicos destas diretrizes vinculantes sobre os objetivos e prioridades republicanos.

Diante do impasse da esgotabilidade dos recursos do Estado, a implementação de critérios sociais é vetor determinante para a eficiência da aplicação de receitas, setor em que é imperioso que haja compasso entre a prática orçamentária dos governos e os valores que integram a dignidade da pessoa humana.

Não se admitindo que a outorga de direitos que compõe o mínimo existencial fiquem sujeitos à discricionariedade da maioria parlamentar ou da Administração Pública, mediante o exame dos valores em confronto, o Judiciário pode determinar o remanejamento dos gastos públicos (que caberá aos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo), em vista da harmonização entre a distribuição

³⁴⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110.

³⁵⁰ Sobremodo propícia a expectativa registrada por José Felipe Ledur (LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 99): “Sabe-se que em muitas unidades federativas esse direito vem sendo desconsiderado, sendo de esperar que ações interventivas nessas unidades sejam levadas a cabo por meio do Ministério Público, dando-se consequência ao disposto no § 2º do referido art. 208”.

das finanças pelos governos e a regência constitucional aos desideratos republicanos em xeque.

Nesta prospecção de admissibilidade do controle judicial da Atividade Administrativa na gestão de políticas públicas, a invocação da “reserva do possível” é já superada em sua feição de limitação absoluta, não mais servindo como refratário fundamento para a evasiva estatal frente à exigência da promoção de direitos que integram a composição do mínimo existencial, como o é o direito fundamental social à educação.

É afastada, nessa sustentação, a idoneidade da aqui explorada resistência à afirmação judicial dessa categoria de direitos fundamentais inviabilizados pelos agentes-originários executores de políticas públicas, para o fim de se habilitar a perspectiva de um controle jurisdicional que consista no comando de realinhamento da atividade orçamentária manejada pelos demais Poderes, de forma a substituir a margem de escolha pela vinculação do orçamento à solução que melhor otimize a aplicação dos gastos públicos na consecução das diretrizes e prioridades constitucionais.

Exponencial, assim - na admissão do ajuste das incongruências orçamentárias, que locucionem a insuficiência da atuação do Estado na efetivação e qualificação da educação básica -, o reconhecimento da excelência do processo (em ênfase, aqui, a habilidade do processo coletivo) para articulação da premissa de acesso à justiça, mediante o amparo e exercício da Jurisdição frente à lesão ao direito à educação, perspectiva que sinaliza vivacidade à força normativa e máxima efetividade da Constituição, supedâneo, portanto, para o edifício democrático.

4 O PROCESSO COLETIVO COMO VIA ADEQUADA À TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: COGNIÇÃO JUDICIAL E A PERSPECTIVA DE REALINHAMENTO DA ATIVIDADE ORÇAMENTÁRIA ÀS DIRETRIZES E PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS

Para conduzir a pesquisa à investigação do ambiente processual que melhor a recepcione e, ainda, explorar as perspectivas que se habilitem ao mais adequado tratamento da problemática até aqui desenvolvida, em todas as nuances relevadas, a estrutura deste capítulo partirá do estudo inicial a respeito da adequação da tutela coletiva à demanda jurídica de que cuida o trabalho, seguindo à uma breve abordagem de instrumentos processuais de feição transindividual em que se possa instalar o controle jurisdicional de políticas públicas.

Lançadas essas análises, avançar-se-á à exploração final em torno da cognição judicial em matéria de políticas públicas no âmbito do processo coletivo e o seu cotejo com o arranjo teórico que se sustenta como perspectiva mais apta e catalisadora à efetividade no desenvolvimento dessa atividade pela Jurisdição, isso mediante a especial atenção à formação do provimento jurisdicional e à sua consecução.

4.1 O TRATO COLETIVO COMO VIA ADEQUADA À TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ao longo do último século, o Judiciário percorreu notável trajetória de expansão - imbricado na evolução do constitucionalismo -, processo vertiginosamente assistido - além da prestação da justiça comum - também na função de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Tal expansão foi marcante – notadamente na segunda metade daquele século - no sentido de se alçar a Jurisdição como uma instância de proteção e implementação de direitos sociais e coletivos³⁵¹.

Esse percurso se viu legitimado na conjuntura de que, se a materialização de direitos sociais acontece na ampliação da ação do estado - por

³⁵¹ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.

meio da implementação de políticas públicas -, a isso se conjuga a exigência de se “estabelecer mecanismos para garantir a exigibilidade e o controle judicial do seu cumprimento, em caso de ausência ou insuficiência das políticas adotadas”³⁵² e, de modo indeclinável, uma das possibilidades de fazer valer esses direitos está em se recorrer à Função Jurisdicional, à luz do que referencia a própria Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXV): “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como anteriormente explorado, o direito à educação encontra ampla garantia na legislação brasileira³⁵³, representando um direito social detidamente reforçado em termos de proteção judicial³⁵⁴, porém nitidamente imerso na realidade de um longo caminho a ser trilhado para a sua real efetividade e plena satisfação.

Conforme já registrado, o legislador constituinte dispensou diferenciado tratamento ao ensino obrigatório, erigindo-o na qualidade de direito público subjetivo, modo porque declara que o seu não-oferecimento do pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, enseja a responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, § 1º e 2º, da Constituição brasileira). Ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (em seu artigo 5º) também reforça a exigibilidade do ensino obrigatório, prevendo competir a “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”.

Sem embargo, se reconhecidos os direitos pelo sistema jurídico, torna-se logicamente imprescindível a existência de mecanismos pelos quais se permita impelir o Poder Público - quando de sua ação irregular ou de sua omissão - ao cumprimento de seu encargo institucional. Nessa dinâmica, portanto, é acertado que tanto a ação pública lesiva a direitos como a ausência de políticas públicas podem representar objeto de exame pelo Judiciário, já que um direito fundamental social não se configura como direito pleno exclusivamente na atuação positiva do

³⁵² DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, n. 18 (2), p. 113-118. 2004. p. 114.

³⁵³ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal federal. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco. (Coord.); IGHETTI, Sabine (org.). *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo - EDUSP, 2009, v. 1, p. 39-59.

³⁵⁴ DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. 2003. 328. p. Tese (Doutorado) – faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

Estado, mas também na presença de algum poder jurídico pelo qual - em caso de sua inobservância ou ofensa - possa funcionar sua sindicabilidade.³⁵⁵

Essa abordagem requer, preliminarmente, a retomada da questão da titularidade dos direitos sociais, assentando-se que embora cada um dos indivíduos que compõem determinada sociedade deles seja titular, estes direitos são, em verdade, garantidos por meio de serviços públicos que originariamente atendem à população de forma coletiva e não individual, ou seja, são fruíveis ou exeqüíveis coletivamente, expressando, por isso, interesses de natureza difusa.

A configuração desses interesses e o reconhecimento da necessidade de instrumentalizar sua defesa, como afirma o professor Luiz Fernando Bellinetti³⁵⁶, “é uma decorrência do desenvolvimento social, em face da necessidade de poder resolver litígios de uma maneira coletiva, simplificando e tornando possível uma maior efetividade do Direito”.³⁵⁷

Os direitos fundamentais sociais caracterizam-se, portanto, como interesses que desafiam a tutela jurisdicional de natureza coletiva, visto que a providência que se busca com sua eventual invocação em juízo extrapola os limites da esfera de interesse individual, abrangendo toda a coletividade que o titulariza, tratamento que exige solução homogênea.

Por esse motivo, é imperiosa a presença de um adequado elenco instrumental – na ausência de uma figura processual específica - a permitir que as políticas públicas (ou sua ausência) lesivas a esses interesses sejam levadas ao exame do Judiciário, com o objetivo de que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais em jogo sejam efetivamente concretizadas.

³⁵⁵ Aí de adequa a noção “se de verdade temos direitos, devemos ter uma ação”. (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechossociales como derechosexigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002).

³⁵⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses Difusos, Coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 666-671.

³⁵⁷ Aliás, a respeito desses caracteres, o autor desenvolve o entendimento da mais adequada utilização do termo “interesse”, e não “direito”: “O importante é se reafirmar o fato de que em face de tais interesses, o ponto que está em foco não é o direito subjetivo das pessoas que eventualmente possam ser englobadas no seu âmbito, mas sim o dever jurídico daquele que está perturbando tais interesses. Por isso, preferimos utilizar o termo interesse, e não o termo direito, mais ligado a uma ótica individual. Assim, podemos dizer que os interesses difusos são interesses indivisíveis de pessoas indeterminadas, ligadas entre si por mera relação fática [...]. (BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses Difusos, Coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 666-671).

Na conjuntura dessa tutela jurídica, o processo coletivo é amplamente aceito como um instrumento de excelência e melhor adequado à proteção desta categoria de interesses transindividuais que permitem discussão e exigência contra o Estado, já que esta pretensão de efetivação consubstancia uma diretriz normativa constitucional dirigida a todas as formas de expressão do poder estatal. Daí que a avaliação e correção de políticas públicas pela Jurisdição na tutela destes direitos – justaposta na modalidade coletiva -, desponte como resultado reflexo deste cenário.

A partir disso, perseguida na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais a finalidade de tornar efetivo o direito material e promover a adequação das políticas públicas que o veiculam, é demasiado consentâneo o préstimo da ação coletiva como poderoso instrumento transformador da sociedade^{358 359}.

Ao lado do desenvolvimento teórico e fático em torno dessas premissas, a admissibilidade de avaliação da Atividade Administrativa e Legislativa na elaboração e efetivação de políticas públicas pelo Judiciário é prospecção que, ao longo de seu enfrentamento – conforme tratado no capítulo anterior -, vem transpondo a censura doutrinária e jurisprudencial e superando, além de tradicionais questões políticas aí articuladas³⁶⁰, também a emblemática objeção da impossibilidade de invasão do mérito administrativo e o embargo da invocação da “reserva do possível”.

É manifesta neste cenário a crescente habitualidade da utilização de ações coletivas para empreendimento deste exame e controle. Contudo, mesmo em vertiginosa ascendência no emprego da modalidade coletiva de tutela de direitos

³⁵⁸ GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33- 34.

³⁵⁹ Essa concepção do direito processual como instrumento de implementação dos direitos e de transformação social, relaciona Eduardo Cambi (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 77), decorre de três circunstâncias essenciais: “i) aumentaram os bens merecedores de tutela (as meras liberdades negativas, de religião, opinião, imprensa, etc., deram lugar aos direitos sociais e econômicos, a exigir uma intervenção positiva do Estado); ii) surgiram outros sujeitos de direitos, além do indivíduo (singular), como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; iii) o próprio homem deixou de ser considerado em abstrato, para ser visto na concretude das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas, etc.), passando a ser tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor, etc”.

³⁶⁰ A exemplo da resistência sobre a violação ao princípio da separação dos Poderes e o debate em torno da (i) legitimidade democrática do Poder Judiciário.

metaindividuais³⁶¹, não tem sido explorada toda a aptidão destes instrumentos para servir a um propósito que deveria figurar entre seus mais relevantes desideratos, qual seja, a defesa e implementação direitos fundamentais sociais.

A utilidade referida³⁶² é naturalmente impulsionada diante da fácil constatação do evolutivo reconhecimento formal de direitos fundamentais na agenda republicana e a concomitante percepção de tênue e vago discurso sobre sua efetivação; um ambiente em que, sem muito esforço argumentativo, é prognosticada uma postura de apatia e recalcitrância do Poder Público na utilização dos recursos do Estado para a realização de políticas públicas afetas às prioritárias e reais necessidades do Estado brasileiro. Esta realidade, todavia, não se sustenta ou se legitima diante da regência normativa instaurada na Lei Fundamental de 1988, tanto no que se refere à consagração e disciplina desta estirpe de direitos, quanto no que diz respeito aos objetivos republicanos fixados em seu artigo 3º.

Esse panoramano integra o contingente atualmente enfrentado pela Função Jurisdicional na salvaguarda da Constituição, suas normas, objetivos e fins, atividade que, como sustenta Fábio Konder Comparato³⁶³, deve ser orientada pelos objetivos fundamentais da organização política brasileira, inscritos no referido artigo 3º.

É nessa matiz, por assim dizer, que o princípio da inafastabilidade da Jurisdição merece ser integralmente assimilado como garantia constitucional de justiça³⁶⁴, assumindo - a dicção do artigo 5º, XXXV, do texto constitucional - significância muito além da formal, alcançando desdobramentos vinculados à manutenção dos objetivos fundamentais do Estado, funcionando, em última

³⁶¹ Importância que se verifica, a exemplo, nas projeções em torno de um Código Brasileiro de Processos Coletivos e também de uma teoria geral (GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11 e s.).

³⁶² Sobre a adequação da tutela transindividual como plataforma à este debate jurisdicional, elucida Osvaldo Canela Júnior (2011. p. 148): “A intervenção do Poder Judiciário há realizar-se preferencialmente por meio do processo de índole coletiva, uma vez que o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos -, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas. Mencionado paradoxo, poderá, então, causar o desgaste indevido de todas as formas de expressão do poder estatal e a inconstitucionalidade reflexa dos arts. 2º, 3º e 6º da Constituição Federal”.

³⁶³ Para quem as normas de direitos fundamentais (inclusive aquelas de princípios) tem aplicabilidade direta e imediata. (COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação de Juizes para a Democracia. 2001. p. 29).

³⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 28.

instância, como veículo de resgate da própria democracia, ao outorgar a efetiva e legítima inserção da população no seu discurso³⁶⁵.

Consinta-se, nessa linha, que havendo interesse individual ou coletivo juridicamente amparado (CF, artigo 6º) e alegação de lesão a este direito (CF, artigo 5º XXXV), a Jurisdição tem o encargo constitucional de desempenhar sua função típica (vedado o emprego de argumentos externos à atividade jurisdicional para bloquear o acesso ao processo), possibilitando a discussão democrática sobre a ofensa a direitos fundamentais sociais pelo Estado (mesmo decorrente de postura omissiva).

Por isso, além de se observar que o centro de decisões politicamente relevantes no Estado Democrático contemporâneo sofre sensível deslocamento do Executivo e Legislativo em direção ao Poder Judiciário, é também nítida a inferência de que o processo que se instaura mediante a propositura de ações desta natureza social e dimensão constitucional acaba despontando como um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania³⁶⁶.

Avalize-se, também, à vista dessa nuance, o que sugere Willis Santiago Guerra Filho³⁶⁷:

[...] o processo de tutela de direitos fundamentais deve começar a ser desenvolvido conscientemente como um processo de natureza constitucional, da mesma forma como as ações, previstas em nosso ordenamento jurídico para garantir esses direitos fundamentais são ações constitucionais, sendo elas próprias, igualmente, direitos (ou melhor, garantias) fundamentais.

Esta abertura dialética, inexoravelmente, está aportada na outorga do direito de ação - admitindo-se a cognição acerca da alegada lesão a direito fundamental social e o reajuste eficaz das políticas públicas que lhe são correspondentes -, contexto em que o processo coletivo - por permitir a emissão de provimentos com alcance social - se eleva como instrumento natural para este

³⁶⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.

³⁶⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 26.

³⁶⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 11-12.

debate³⁶⁸.

Isso porque, como corolário da igualdade substancial, o espaço apropriado para a defesa de direitos transindividuais, como prioritariamente importa que sejam entendidos os direitos sociais³⁶⁹ – onde justamente os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em detrimento de toda a sociedade -, acaba sendo deparado, inegavelmente, nos mecanismos de tutela coletiva. Como pondera Luciano Benetti Timm³⁷⁰:

[...] devem ser, estes direitos sociais, concedidos a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática. Não há justificativa para que o Direito dê tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição. [...]. E a ação coletiva é este mecanismo que permite atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática sem a necessidade de recorrer a um sem-número de processos iguais que abarrotam as cortes com discussões idênticas. É também a ação coletiva que enseja a consideração dos efeitos da decisão para a sociedade.

Sem dúvida, o assunto é balizado diante da premência de uma agenda pela justa distribuição dos recursos comuns, desafio em que se justifica plenamente o mais vigoroso impulso a essa forma de tutela, em atenção ao fato de que “a homogeneização do julgamento mostra-se especialmente relevante em sede de direitos prestacionais, onde conceder-se em demasia para uns pode implicar o desamparo dos que não procuraram o Judiciário com tanta presteza”³⁷¹.

Nesse sentido, Osvaldo Canela Junior³⁷² também acentua que os direitos fundamentais foram concebidos justamente para garantir a igualdade material entre os membros da sociedade, de modo que, se a finalidade da satisfação

³⁶⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140-141.

³⁶⁹ A esse respeito, reforça Osvaldo Canela Junior (p. 141): “Os direitos fundamentais sociais atingem um número indeterminado de pessoas, porquanto o seu âmbito pretendido de abrangência é o conjunto de toda a sociedade. A sociedade é detentora dos direitos fundamentais sociais, de forma que não há como se determinar, na relação jurídica processual, quais seriam exatamente todos os seus beneficiários. Ante, pois, a indiscutível indeterminação dos destinatários dos direitos fundamentais sociais, conclui-se que se encontram eles no rol dos interesses e direitos difusos”.

³⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: _____. SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. pp. 51-62. p. 61.

³⁷¹ GOUVEA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 331.

³⁷² CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 144.

aos bens da vida protegidos com estes direitos é o oferecimento de oportunidades isonômicas de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade, devem esse bens ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares, visto não se conceber a existência de titulares exclusivos daqueles direitos, ou de determinados segmentos sociais que deles exclusivamente se beneficiem. E sedimenta a argumentação:

Se o objetivo do Estado é a igualdade a todos indistintamente, e os direitos fundamentais sociais pertencem a toda a sociedade, a sua concessão individual, sem a extensão para os demais titulares, representa incompletude do sistema e conduta de certa forma discriminatória, que não contribui para a consolidação da democracia social.

[...] os direitos fundamentais sociais, embora possam ser postulados por meio de qualquer espécie de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual -, devem ser efetivados mediante provimento coletivo, com extensão aos demais titulares e as adaptações necessárias para que atinja a difusão social dos bens da vida, tal como consignado nos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.³⁷³

Há de se enfatizar, ainda, que a confiança depositada nessa modalidade de ações para a proteção jurídica de interesses metaindividuais é hoje desenvolvida em um espaço de suplantação da antes nebulosidade em se compreender o processo de interesse coletivo como um relevo também adequado para o tratamento de atos omissivos do Estado³⁷⁴, hesitação que geralmente não se recrudescer diante de atos comissivos representados por políticas públicas ilegais ou inconstitucionais.³⁷⁵

A preconização da tutela coletiva aqui sustentada tem seu

³⁷³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 144; 146.

³⁷⁴ WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil de interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Associação Paulista do Ministério Público, 2003. p. 17.

³⁷⁵ A respeito desta abertura e admissão, é oportuna a sustentação de sua idoneidade: “No Brasil, sem dúvida alguma, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar diretamente as normas constitucionais, sobretudo – aqui em particular – as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de tal modo que ele pode, em caso de eventual lacuna ou omissão inconstitucional do poder público, colmatá-la, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito (LICC, art. 4º) e, ainda e principalmente, através de uma interpretação criativa que, no domínio de uma nova hermenêutica constitucional, consiste em concretizar os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social e vivenciando a Constituição” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 331).

embasamento adensado no patrocínio de Osvaldo Canela Júnior³⁷⁶:

Não se está, evidentemente, preconizando a abertura indiscriminada do sistema no trato do processo coletivo. Ao contrário, o que sustentamos é que as normas infraconstitucionais, que eventualmente impeçam ou mesmo dificultem a efetivação dos direitos fundamentais, são inconstitucionais e, portanto, não podem ser aplicadas pelo julgador. As leis, atos normativos e os atos administrativos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo constituem políticas públicas e, portanto, devem se harmonizar com os direitos fundamentais sociais e com os núcleos constitucionais de irradiação.

A abertura do sistema, por conseguinte, é meramente episódica e decorre da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, princípio implícito que extraímos da interpretação sistemática da Constituição Federal. Segundo o princípio da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, nenhuma política pública, oriunda do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, poderá se converter, comissiva ou omissivamente, em instrumento de resistência à efetivação dos direitos fundamentais.

Assentada essa projeção, importa também delimitar o sentido e dimensão em que se avalia a utilização da tutela coletiva para a avaliação e reajuste de políticas públicas veiculadoras de direitos fundamentais sociais (retomando o embasamento trazido pelos marcos teóricos enfrentados nos capítulos anteriores): a possibilidade de realinhamento da atividade orçamentária – implementada e levada a efeito pelos demais poderes do Estado – às diretrizes, prioridades e objetivos pelos quais a Constituição vincula – e o faz com o grau indissociável de sua força normativa e máxima efetividade - a integralidade da ação estatal.

Pontua-se, igualmente, que a perspectiva em abono se imbrica à questão do impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenem a satisfação de direitos fundamentais sociais. Isto porque, diante destes provimentos, cumpre aos agentes públicos promover - no exercício das funções administrativa e legislativa - o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira. E este efeito é de rigor, pois o efeito natural do trânsito em julgado destas sentenças é o de

³⁷⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135-136.

gerar a vinculação do orçamento à exigência de satisfação dos bens da vida tutelados pela atividade jurisdicional, o que exigirá investimento do Estado.³⁷⁷

Com o condão de trabalhar – dentro da tipicidade de sua função institucional - para a salvaguarda e concretização destas normas fundamentais que plasman os fins constitucionais prioritários e valores democráticos, a Jurisdição, em última instância, reconhecendo a proteção ao mínimo existencial – ainda que inexistente previsão específica no orçamento -, atua determinando aos demais Poderes a prática de atos orçamentários cabíveis e afinados à diretriz constitucional, incluindo a receita necessária ao cumprimento da obrigação³⁷⁸.

Lançando-se a pesquisa na investigação de aspectos de índole constitucional a respeito da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, é salutar, agora, dar espaço à abordagem de instrumentos processuais disponíveis a esse mister da tutela de direitos fundamentais sociais, cuja ênfase aqui foi delimitada em torno do mínimo existencial, aí contextualizado o direito à educação.

4.2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE NATUREZA COLETIVA PASSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Firmada a compreensão de que a afronta – comissiva ou omissiva - aos direitos fundamentais sociais, entendidos como direitos difusos, deve ser examinada e eventualmente reparada por meio do processo de alcance coletivo, por caracterizar-se como mecanismo mais tecnicamente apta à efetivação desta categoria de direitos – pela dimensão social de seus resultados -, passa-se à referência de instrumentos suscetíveis de utilização no campo da tutela coletiva dos direitos sociais.

Do atual quadro de instrumentos dispostos no âmbito do processo coletivo, para inaugurar essa abordagem, confere-se inicial relevo à ação civil

³⁷⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106.

³⁷⁸ Sinalizando, neste sentido, a prioridade absoluta de proteção à dignidade da pessoa humana em relação às diversas dotações contempladas no orçamento.

pública como via notavelmente adequada³⁷⁹ - mesmo ainda não adaptada - para a proteção dos direitos fundamentais sociais.³⁸⁰

Trata-se de figura processual encetada pela Lei nº 7.347/85³⁸¹ - inicialmente destinada a reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico -, à qual foi posteriormente arrogado *status* constitucional, quando, com a Carta de 1988, houve elencada entre as funções institucionais do Ministério Público - artigo 129, *caput*, II - a incumbência de “promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, aspecto que lhe difunde a condição de “instrumento processual idôneo à defesa dos direitos sociais contemplados na Carta de 1988, bem como daqueles decorrentes dos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil”³⁸².

³⁷⁹ a- Esta adequação também se justifica pela amplitude da tutela judicial atingível via ação civil pública - e desenvolvimento da técnica processual nela radicada -, abertura a respeito da qual assinala Rodolfo de Camargo Macuso (A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798. p. 764): “[...] inicialmente, a tutela judicial via ação civil pública apresentava visível caráter condenatório-cominatório (arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85), mas na sequência esse espectro abriu-se para os demais tipos de pedido (declaratório, constitutivo, injuncional-mandamental), mercê da abertura trazida pelos arts. 83 e 90 da Lei 8.078/90, que, por estarem inseridos na parte processual do CDC (arts. 81 a 104), com toda esta se trasladaram para o bojo da ação civil pública, conforme se vê do art. 117 daquele código. A seu turno, o art. 19 da Lei 7.347/85 autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”.

b- Vale mencionar, além disso, na doutrina acima referida, o patrocínio pela ampliação do objeto da Ação Civil Pública (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798. p. 751).

c- Esta pretensão teórica evolutiva acerca do instituto é defendida pelos doutrinadores a partir do exame dos interesses coletivos e difusos encartados na Lei nº 7.347/85, com a proposta de que a ampliação do objeto desta ação deva incluir e colimar a implementação de direitos fundamentais sociais (ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 206).

³⁸⁰ No abono desta adequação é o trabalho de CANELA JÚNIOR (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142).

³⁸¹ Edis Milaré (*Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.) esposa a importância do instituto: “A incorporação ao ordenamento positivo da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, como é conhecida, além de ensejar à Ciência Jurídica passo de inegável progresso, sobremodo alargou as lides jurídicas da sociedade civil. É que esta, face à institucionalização dos interesses difusos, e à correlata legitimação processual outorgada a entes habilitadas a patrociná-la em Juízo, abriu novos horizontes a que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a Justiça. Ministério Público e Poder Judiciário, instituições imanentemente agregadas ao Estado de Direito e à Democracia, galgaram, desde então, novo patamar de participação no debate em que lançam e se renovam os fundamentos da nacionalidade”.

³⁸² BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos sociais – eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 255.

É ação que se esboça como procedimento especial de cognição completa e integral, dotada de múltiplas aptidões e vocacionada à obtenção, isolada ou cumulativa, de provimentos jurisdicionais das mais variadas espécies: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios.³⁸³

Vinculado o Poder Público ao cumprimento das normas constitucionais direcionadas à ordem social e, por isso, à elaboração e execução das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos fundamentais sociais, tanto o agir do Estado de forma não razoável a atingir os resultados preconizados na Constituição (ação comissiva) como a sua não atuação (ação omissiva) sujeitam o ente estatal à responsabilização, podendo esta ser também intentada no bojo da ação civil pública.

Dando realce à importância da atividade dos representantes do Ministério Público³⁸⁴ na fiscalização das políticas voltadas à implementação dos direitos sociais, e enfatizando a utilidade da ação civil pública nesse espaço, é importante registrar que

a função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da Administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

A ação civil pública é, portanto, o instrumento processual do Ministério Público para “juridicizar” a demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional.

O objeto da ação civil pública [...] pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

As ações civis públicas relativas à implementação de políticas públicas relacionam-se, na grande maioria, às obrigações de fazer (que podem estar associadas a condenações em dinheiro).³⁸⁵

³⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

³⁸⁴ Aqui não é demais salientar a melhor posição do Parquet, por exemplo, para o ajuizamento da ação civil pública, seja por sua independência institucional e atribuições funcionais, seja pela vantagem da isenção em custas e honorários no caso de improcedência da demanda. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. atual. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 165-167).

³⁸⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 126-127.

A atuação do Ministério Público nesta seara é ressaltada no exercício de seu múnus constitucional – “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (artigo 129, *caput*, da Constituição Federal) –, instando por aqui abonar, sem muito esforço exegético, a fidedigna autorização a esse embate pelo Ministério Público na disciplina das políticas públicas, como ensina Hugo Nigri Mazzilli³⁸⁶:

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário administre no lugar do administrador; contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descuidados, e, com isso, restaurar a legalidade.

Nesta perspectiva, não é demais referir até mesmo a prospecção doutrinária avalizadora de uma legitimação autônoma e ordinária arrogada ao Ministério Público, que, na arena dos interesses difusos e coletivos, atuaria em juízo – nas ações coletivas – na qualidade de genuíno defensor dos interesses da coletividade³⁸⁷.

Em decorrência desse quadro, no âmbito das políticas públicas – onde e quando a Constituição Federal preconiza uma atuação, ou uma abstenção, assegurando automaticamente a possibilidade de *cobrança* dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade/órgão competente –, é observado, no arranjo contemporâneo, generoso aumento de ações civis públicas provocando o Judiciário ao enfrentamento de controvérsias afetas ao tema nas mais diversas tônicas.³⁸⁸

Com efeito, essa abertura não somente é possibilitada com o avançado emprego de técnicas de hermenêutica constitucional – a partir de exegese melhor ajustada à estrutura axiológica plasmada na ordem jurídica vigente –, como

³⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108.

³⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 30. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1866.

³⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798. p. 772.

também é potencializada com a amplitude da tutela judicial atingível via ação civil pública, a partir do desenvolvimento da técnica processual, a respeito do que esquadrinha Rodolfo de Camargo Mancuso³⁸⁹:

[...] inicialmente, a tutela judicial via ação civil pública apresentava visível caráter condenatório-cominatório (arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85), mas na sequência esse espectro abriu-se para os demais tipos de pedido (declaratório, constitutivo, injuncional-mandamental), mercê da abertura trazida pelos arts. 83 e 90 da Lei 8.078/90, que, por estarem inseridos na parte processual do CDC (arts. 81 a 104), com toda esta se trasladaram para o bojo da ação civil pública, conforme se vê do art. 117 daquele código. A seu turno, o art. 19 da Lei 7.347/85 autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

De igual forma, a ação popular, instituída pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e estendida em seu objeto pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988³⁹⁰, também se apresenta - com o incurso da lesão à moralidade administrativa³⁹¹ no elenco de seus possíveis fundamentos jurídicos - como possível instrumento processual para o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, embora mais limitado que a ação civil pública, pois

a ação popular, todavia, não tem por objeto uma obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, não se prestará para obrigar o poder público a adotar uma política pública ou alterar uma política já adotada, muito embora possa servir para fazer cessar uma política pública inconstitucional ou que cause prejuízos ao erário.³⁹²

É um veículo instrumental que manifesta verdadeira garantia coletiva - visto que por ela “o autor popular invoca a atividade jurisdicional [...] na defesa da coisa pública, visando a tutela de interesses coletivos”³⁹³ –, cujo préstimo à utilidade estudada neste ponto reside na mencionada novidade constitucional de sua vocação

³⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798. p. 764.

³⁹⁰ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

³⁹¹ Viés anteriormente abordado no item 3.2.2 do trabalho.

³⁹² JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 158.

³⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 461.

à tutela da moralidade administrativa, assimilada como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”³⁹⁴ e que, como sustenta Rodolfo de Carmago Mancuso, viu-se enxertada como fundamento autônomo para a ação popular e “numa categoria jurídica passível de controle jurisdicional, *per se*”^{395 396}.

Além da ação civil pública e da ação popular, também deve ser relacionada a possibilidade de serem empregados o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, importantes garantias constitucionais para o exercício e concretização dos direitos fundamentais. Observe-se aí que o manejo do mandado de segurança coletivo depende da violação a direito líquido e certo, ao passo que o emprego da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, cada um dentro de suas especificidades, tem ensejo na ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos fundamentais.³⁹⁷

Dentro deste ponto é também relevante a abordagem da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), visto que essa modalidade de ação tem o seu objeto ampliado com a inclusão de atos de qualquer dos Poderes que ofendam a Constituição, inclusive com a possibilidade de controle de leis municipais e das lei anteriores à Carta vigente.

³⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 83.

³⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: RT, 1994. pp. 70-71.

³⁹⁶ José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 461-462) explora as afluências teleológicas da instalação desse fundamento para a ação popular: “Será mais difícil a compreensão da moralidade administrativa, como fundamento para anular ato que a lese. [...]. Todo ato lesivo ao patrimônio agride a mooralidade administrativa. Mas o texto constitucional não se conteve nesse aspecto apenas da moralidade [...]. A questão fica ainda presa quanto ao saber se a ação popular continuará a depender dos dois requisitos que sempre a nortearam: lesividade e ilegalidade do ato impugnado. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se se exigir também o vício de ilegalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque, em verdade, somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio. Por outro lado, pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzidoo conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. No caso da defesa da moralidade pura, isto é, sem alegação de lesividade ao patrimônio público, mas apenas de lesividade do princípio da moralidade administrativa, assim mesmo se reconhecem as dificuldades para se dispensar o requisito da ilegalidade, mas quando se fala que isso é possível é porque se sabe que a atuação administrativa imoral está associada à violação de um pressuposto de validade do ato administrativo”.

³⁹⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 157.

Pondere-se, entretanto, que este veículo é disponibilizado pelo legislador mediante a adoção do princípio da subsidiariedade, visto que optou por desenhar a ADPF como um “soldado de reserva, [...] , ou seja, somente é cabível a ação se não existir outro meio hábil para sanar a lesão que está sendo perpetrada contra os preceitos fundamentais”.³⁹⁸ Sobre a utilidade imputada à essa ação constitucional é propício enunciar:

[...] há uma grande expectativa sobre a ADPF, pois almeja-se que esse instrumento possa, efetivamente, servir como meio eficaz de combate às omissões e às ações violadoras da Constituição, inclusive por políticas públicas inadequadas.

A grande vantagem do controle concentrado é permitir que, originariamente, na Corte Máxima do País, haja a resolução, com força vinculante e “erga omnes”, dos eventuais conflitos dos Poderes constituídos com a Constituição.

Em relação às políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal tem o caminho aberto para permitir a maior efetividade da Constituição, anulando políticas inconstitucionais ou sancionando a omissão no cumprimento das normas constitucionais.³⁹⁹

Aqui cumpre anotar, no que diz respeito às modalidades de sanção passíveis de aplicação no caso de descumprimento do que restar determinado em provimento jurisdicional voltado para a implementação de determinada política pública. Entre essas sanções podem ser mencionadas: a) a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal pela prática de eventuais crimes de responsabilidade e de desobediência.⁴⁰⁰

Para a perspectiva compulsada neste ponto, é necessário não perder de vista que a adoção de qualquer modelo processual - como os aqui relacionados - deve também equacionar um referencial indispensável: o da natureza das coisas. Deve ser tomado em conta as especificidades naturais e características

³⁹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 117-118.

³⁹⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 118.

⁴⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Judiciário pode intervir no controle do Executivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicaspUBLICAS>>. Acesso em: 7 mai. 2010.

próprias das mais variadas categorias de direitos - dentre os direitos fundamentais sociais -, sendo vedado negar-lhes tratamento processual adequado.⁴⁰¹

Isto porque, o direito fundamental à tutela jurisdicional - edificado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal – reflete o direito à sua efetividade, do que decorre a exigência de um procedimento idôneo e adequado tanto ao direito material posto em juízo quanto à realidade social em análise no caso concreto. Também flui indissociavelmente à essa noção o reconhecimento do direito à técnica antecipatória, ao provimento e aos meios executivos adequados, sem embargo do dever do juiz de conformar o procedimento à situação fática que se lhe apresenta.⁴⁰²

Equalizando essa compreensão:

Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada. Esta última característica é que aqui nos interessa: atualmente, fala-se em tutela jurisdicional adequada. O que significa? O princípio da inafastabilidade garante, ainda, uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.⁴⁰³

A diversidade e complexidade das situações que reclamam a proteção jurisdicional difundem como óbvia a necessidade de técnicas processuais diferenciadas, visto que, naturalmente, um único procedimento jamais terá aptidão para acolher uma quase infinidade de situações materiais distintas, a respeito do que pondera Luiz Guilherme Marinoni⁴⁰⁴:

⁴⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 36-37.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 130-183.

⁴⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso em: 12.04.2013.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 142-143;170;171

[...] basta evidenciar que há direitos fundamentais à tutela jurisdicional coletiva, tempestiva e preventiva. A compreensão desses direitos depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material.

[...] Por ser um instrumento de proteção, é evidente que o processo civil não pode deixar de se estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos.

[...] se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão bem simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.

Sendo a realidade muito mais extensa e fecunda que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do Direito, não raro as novas situações jurídicas assumem contornos que não encontram suficiente correspondência e adequação junto às espécies processuais dispostas no sistema jurídico. Em razão disso, quando as peculiaridades do caso concreto não possibilitem a sua adequação direta e imediata aos modelos normativos já concebidos, surgiria ao aplicador do Direito a incumbência de realizar a necessária adequação, sobretudo no que se refere ao plano procedimental, de modo a viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso.⁴⁰⁵

Ademais, também no âmbito do processo coletivo é chamado à observância o princípio da adequação das formas, para a possibilidade de que o julgador - nas situações em que a adequada tutela do direito material acabe por exigir meios excepcionais – promova a “devida conformação dos instrumentos já existentes, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos da analogia e dos princípios que o sistema lhe oferece”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Sobre o senso de adequação procedimental em cuidado, Luiz Guilherme Marinoni adensa: “A expressão procedimento diferenciado poderia ser tomada como sinônimo de procedimento especial. No entanto, boa parte da doutrina processual acusa os procedimentos especiais de atentarem contra a lógica da separação entre o direito processual e o direito material. Tal doutrina, entretanto, não considera o fato de que diferentes situações de direito substancial exigem procedimentos diferenciados, e que, assim, a pretensão de uniformidade de procedimentos somente pode ser vista como fruto de delírio de onipotência do processualista.

Já passou o tempo em que bastava estudar a ação una e abstrata e o universo de sentenças que estava ao seu redor. A idéia de direito de ação, como mero direito a uma sentença de mérito, não tem muita importância para quem está preocupado com um processo efetivo, isto é, com um processo capaz de dar efetividade aos direitos que precisam ser por meio dele protegidos”. (*Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149).

⁴⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER,

Assentado o pressuposto de que o direito processual deva ser estruturado e atuado como instrumento catalisador e a serviço da efetivação dos direitos fundamentais (e não como obstáculo a essa demanda) e admitida a perspectiva de adaptações de índole processual necessárias ao adequado tratamento da situação concreta submetida à apreciação jurisdicional, é aqui sedimentada a utilidade dos instrumentos processuais abordados - embora realçada a ação civil pública, também a ação popular, mandado de segurança coletivo, além da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção e argüição de descumprimento de preceito fundamental - para o controle jurisdicional das políticas públicas nos moldes equalizados ao longo da pesquisa.

4.3 O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO COLETIVO

Tomada como vetor teórico esta aptidão da tutela coletiva - que se embasa na perspectiva de legitimidade da avaliação judicial (e alinhamento) de políticas públicas articuladoras desta envergadura de direitos (aos quais a Constituição adjudica grau de essencialidade) -, aqui se intenta percorrer uma análise a respeito do âmbito de cognição das políticas públicas no processo coletivo, em aspectos como seu objeto, limites, possibilidades e critérios à adequada consecução do provimento jurisdicional, exame motivado na necessidade de se otimizar a utilidade democrática deste veículo instrumental.

Isto porque, uma vez que a vocação desta disciplina tem por estandarte a salvaguarda da Constituição diante de ações ou omissões dos demais poderes que ofendam, desalinhem ou enfraqueçam suas normas, princípios e objetivos - e, isto, mediante o exercício de atividade tipicamente jurisdicional -, não é admissível que este exame de políticas públicas no processo coletivo se desenvolva de forma indiscriminada.

É imprescindível, neste cuidado, que o âmbito de cognição das políticas públicas seja delineado neste trato coletivo - em paralelo à exigência de efetivação dos direitos fundamentais sociais -, porquanto demarcação vital a se

Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38.

evitar ilegítima e injustificada invasão nas atribuições institucionais das demais formas de manifestação do poder do Estado, sob pena de corromper – por vício insuperável de inconstitucionalidade (CF, artigo 2º) - o processo coletivo, além de insuflar-se potencial crise institucional.

Nesta proposta, justifica-se a inserção do tema na pesquisa por se tratar de matéria relativamente pouco trabalhada na literatura jurídica brasileira, cuja relevância aponta, principalmente, para a preocupação com o desenvolvimento e sistematização dos institutos apresentados que invoca o esforço acadêmico-institucional para seu aprimoramento e otimização.

4.3.1 O Objeto de Cognição no Processo Coletivo de Tutela de Políticas Públicas e sua Análise Diferenciada nas Fases Processuais de Conhecimento e Cumprimento de Sentença

Para avançar ao tratamento nuclear proposto, após lançada a perspectiva temática pela qual este estudo aprecia o processo coletivo de tutela de direitos fundamentais sociais, torna-se indispensável elucidar a inadmissibilidade de que o aqui avalizado exame e controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário seja realizado de maneira indiscriminada e desonerada de critérios.

Na persecução por solidez metodológica no desenvolvimento desta atividade jurisdicional é que se coloca, naturalmente, a imprescindível cautela de se delimitar qual o objeto e espaço de cognição das políticas públicas neste trato coletivo, esforço que manifesta uma demarcação vital para se evitar ilegítima e injustificada ingerência nas atribuições institucionais das demais formas de expressão do poder estatal, sob pena de corromper – por vício insuperável de inconstitucionalidade (CF, artigo 2º) - o processo que cuide da matéria, além de se insuflar potencial crise institucional.

Entendimento fundamental a orientar esta investigação é, primeiramente, o de que as políticas públicas - projetadas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sobre as quais recaia alegação de que lesionam ou

vulneram direitos fundamentais sociais - é que representam o verdadeiro objeto de cognição do processo coletivo, e não o seu controle.⁴⁰⁷

É que, tratando-se de função precípua do Executivo e Legislativo levar a efeito as ações públicas necessárias à espontânea satisfação destes bens da vida, não é permitido ao Judiciário intervir indistamente nesta atividade típica desenvolvida por estes Poderes, havendo aí uma atribuição constitucional apenas residual deste Poder em matéria de políticas públicas e cujo exercício se justifica exclusivamente na hipótese de omissão ou contrariedade na atuação executiva e legislativa frente aos vetores constitucionais de irradiação daqueles direitos.

Nesta perspectiva, em caso de lesão aos direitos fundamentais – ofensa a ser observada no manejo (ou sua ausência) de políticas públicas omissas ou insatisfatórias à sua concreção – estarão os seus titulares habilitados a provocar o funcionamento da Jurisdição para exame e tutela desta pretensão a um bem da vida (não satisfeito espontaneamente) que, segundo lição emblemática de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁰⁸, é que constitui o objeto do processo.

Eis aí definido o objeto do processo coletivo em estudo: a pretensão à satisfação coercitiva dos bens da vida inscritos no artigo 6º da Constituição Federal. Por conseguinte, desta mesma inferência normativa é que se extrai o fundamento jurídico do pedido, pedido este que – devido às especificidades dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão e alcance – se recomenda seja formulado sob o pálio coletivo, de modo a permitir a emissão de provimento com eficácia social pelo órgão jurisdicional (de forma residual e corretiva), “de tal sorte que o veículo para a obtenção do bem da vida esteja concretamente à disposição de todos os componentes da sociedade”⁴⁰⁹.

Neste ambiente é que desponta como mais razoável uma prospecção que confira amplitude à interpretação judicial do pedido, conforme sustentam Paulo Henrique dos Santos Lucon, Daniela Monteiro Gabbay, Rafael Francisco Alves e Tathiana Chaves de Andrade (2006. p. 189)⁴¹⁰:

⁴⁰⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

⁴⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 180.

⁴⁰⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 151; 152; 153; 155.

⁴¹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves de. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas*

Se o bem coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido. Seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feita pelo autor. Equivaleria, em última instância, a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo a ser tutelado.

Esse modo de se conceber a cognição judicial no processo coletivo que cuide dessa problemática parece se alinhar a uma propícia ponderação lançada por Luiz Guilherme Marinoni⁴¹¹ ao equalizar a atividade cognitiva do juiz diante do estudo da demanda por técnicas processuais e procedimentos adequados à tutela dos direitos: “O que importa [...] é saber qual é a matéria que pode formar o objeto de cognição. [...] a cognição no sentido horizontal indaga sobre ‘o que’ (qual a matéria) pode formar o objeto cognoscível, ao passo que a cognição no sentido vertical pergunta ‘como’ (mediante a plenitude probatória, ou não) se pode formar o juízo”.

Delineado, então, o objeto sobre o qual há de recair a cognição do Juízo – qual seja, as políticas públicas desenvolvidas (ou não) pelas demais formas de manifestação do poder estatal - e a ideia de amplitude na interpretação do pedido, permite-se agora divisar a perspectiva de que neste gênero de demanda coletiva o Poder Judiciário é chamado a desenvolver duas espécies de análise sobre as políticas públicas, definidas - de acordo com a peculiaridade do momento processual -, em duas fases distintas: a fase declaratória do direito fundamental social lesionado e a fase de cumprimento de sentença.⁴¹²

É de se elucidar, para isso, que tal distinção se afigura adequada para o desafio de se estruturar uma perspectiva metodológica sensível à realidade das condições e limitações econômicas do Estado e às implicações práticas do enfrentamento deste contingencial dentro do processo coletivo, como adiante será ponderado.

coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. p. 189.

⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149.

⁴¹² Este modelo processual dúplice de cognição é trabalhado de forma criativa e operosa por Osvaldo Canela Junior em obra resultante de tese de doutoramento (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2001), desenvolvida sob orientação do professor Kazuo Watanabe no programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo—USP.

Inicialmente, neste primeiro momento processual declaratório, o axioma da indeclinabilidade da Jurisdição⁴¹³ - ou, também chamado “proteção judiciária”⁴¹⁴ – há de ser invocado em toda a sua vivacidade, no sentido de conduzir à exigência de que a ofensa ao direito fundamental social tutelado seja examinada e efetivamente declarada por meio do provimento jurisdicional, ainda que protraída no tempo a sua exequibilidade. Essa proposição se sustenta na já apresentada tese de Osvaldo Canela Junior, ao assim coligir:

Há limitações à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, que, todavia, não afastam o reconhecimento judicial da violação. Tais limitações restringem a atividade jurisdicional na fase de cumprimento de sentença ou nas hipóteses de tutelas de urgência, porque condicionam a efetivação dos direitos fundamentais no tempo.

Trata-se, pois, de limitações à efetivação dos direitos fundamentais, mas não ao seu reconhecimento judicial. [...]

A distinção é de absoluta relevância, porquanto na fase de declaração do direito fundamental violado as políticas públicas serão analisadas exclusivamente sob o ângulo da adequação aos fins constitucionais colimados. [...] As políticas públicas serão estudadas pelo Poder Judiciário, portanto, a partir da adequação aos meios e fins. Inadequadas, ou omissas, as políticas públicas deverão ser realinhadas e corrigidas por meio do provimento jurisdicional.

Desta distinção resulta a conclusão de que o Poder Judiciário não poderá paralisar a atividade declaratória do direito fundamental violado sob o fundamento de que esbarra em limitações à efetivação do provimento jurisdicional. O direito fundamental violado será declarado, mas na efetivação do provimento jurisdicional observar-se-ão as limitações à atividade coercitiva do Estado-juiz.

Da diferenciação em nota resulta, assim, o afastamento de qualquer raciocínio que admita impedimento à declaração de violação de direitos fundamentais sociais (idoneamente invocados no exercício do direito de ação) pelo Poder Judiciário, ideário em que não se reconhece a possibilidade de paralisação da atividade jurisdicional motivada na impossibilidade/dificuldade de atendimento imediato ao julgado, justificando-se tão somente o diferimento de sua exequibilidade no tempo, o que se expressa na vinculação do orçamento à decisão, para a necessária compatibilização com o provimento alcançado, segundo critérios programáticos.

⁴¹³ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. p. 183.

⁴¹⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 21.

Aqui se está diante da perspectiva de que após o trânsito em julgado da sentença novos parâmetros sejam atentados por seu órgão emissor - agora embasados no comando judicial – iniciando-se, com a fase de cumprimento do julgado, a prática dos atos de realinhamento coercitivo das políticas públicas que constituíram objeto da demanda coletiva, prevalecendo a análise temporal para a consecução do provimento jurisdicional.

A projeção assim é equacionada pelo autor acima destacado⁴¹⁵:

Admite-se, de outro vértice, que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática, erigindo o processo em instrumento de realização da democracia social.

A vinculação do orçamento, nesta linha de raciocínio, ajusta-se ao plano de cumprimento de sentença e será matizada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de que a integralidade dos direitos fundamentais seja paulatinamente irradiada e efetivada. Ajusta, por fim, a transição do Estado liberal para o Estado social no âmbito do processo, facilitando a compreensão da natureza do orçamento programático.

Trata-se de modelo autenticamente consentâneo com o desafio de empreendimento harmonioso da indeclinável atividade da Jurisdição na salvaguarda da Constituição - suas normas, vetores e objetivos – em face da atividade (típica) das demais formas de expressão do poder do Estado, já que esta avaliação e controle serão executados não em usurpação de outras funções estatais, mas sob a premissa vinculante do reconhecimento de lesão a direitos fundamentais e a reflexa exigência de realinhamento da ação pública aos critérios constitucionais.

O tratamento desse cuidado operacional está a impor a indispensabilidade de se sistematizar uma consecução mais percuciente da atividade jurisdicional e de seus provimentos gerados neste palco de conflitos, o que implica não somente fazer avançar a dogmática e a técnica processual como acurar o funcionamento da Jurisdição - conquanto operado dentro de um sistema harmonioso e deferente à estrutura institucional do Estado – no edifício da ordem democrática e da função social do Direito.

Ricardo Lobo Torres⁴¹⁶, em balizada atenção à problemática, desenvolve aguda advertência que reflete as tensões em jogo, recomendando-lhes adequada composição:

⁴¹⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150; 106.

Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem de regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.

Ademais, no arranjo aqui explorado, reside grande especificidade na apreciação acerca do tempo exigível para a efetivação do veículo de concreção do direito tutelado no provimento (política pública). É que, embora as políticas públicas sejam ordinariamente já lastreadas em normas de conteúdo programático – de execução protraída -, o tempo não configura elemento impeditivo para a outorga de provimento que tutele direitos fundamentais sociais – dotados de eficácia plena e imediata -, e sim, ao contrário, deflagra sua inequívoca violação e inobservância.

Daí a asserção de que, na conjuntura em que a própria sentença do processo coletivo articule conteúdo semelhantemente programático (no sentido de se projetar um interlúdio específico para a disponibilização do vetor material de satisfação do bem da vida),

[...] é razoável que o magistrado, após analisar as cadeais de ramificação das políticas públicas, a partir dos núcleos constitucionais de irradiação, acomode o provimento jurisdicional, estabelecendo prazo para que se concretize a efetiva disponibilização do serviço. O magistrado, ao mesmo tempo em que julga procedente o pedido, fixa termo para a disponibilização do serviço público, consoante a proporcionalidade exigida no caso concreto, constituindo este o provimento jurisdicional que posteriormente vinculará a conduta do Estado.

Os eventos programáticos, portanto, embora não exerçam qualquer influência sobre a configuração da lesão aos direitos fundamentais sociais, encontra-se dentro do campo de cognição do magistrado, a fim de que se possa produzir o provimento jurisdicional mais adequado para redução ou supressão de desigualdade. As vicissitudes do caso concreto é que vão orientar o ajuste do tempo na prestação jurisdicional, sempre sob o crivo do critério da proporcionalidade”.⁴¹⁷

⁴¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 63-78. p. 75-76.

⁴¹⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158

Além do mais, a conformação então equacionada ao exercício da atividade cognitiva e à formação do provimento se recomenda pelo fato de a prestação efetiva da tutela ao direito depender umbilicalmente do pronunciamento adequado, já que “não há como falar em direito à tutela sem pensar em direito ao provimento que seja capaz de prestá-la”⁴¹⁸, ambiente em que “o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa efetividade em sentido estrito”⁴¹⁹.

No entanto, para a mais escorreita leitura dessa última afirmação, não é demais discernir que, na linha do conteúdo e moldes defendidos para uma idônea atividade jurisdicional no exame e controle de políticas públicas, “dar efetividade ao direito substancial” não significa adjudicar ao titular (a coletividade lesada) diretamente o bem da vida sobre o qual recaiu a alegação de lesão (o direito fundamental social violado), mediante a subrogação do Judiciário no papel de criação e gestão de políticas públicas, em ilegítima usurpação às funções institucionais dos outros Poderes.

“Efetivar o direito substancial”, dentro do arranjo teórico aqui franqueado, corresponde a uma vez reconhecida ofensa (comissiva ou omissiva) a direito fundamental pela promoção (ou sua inexistência) de políticas públicas incongruentes com as normas e diretrizes constitucionais, seja determinado o realinhamento da atividade estatal, no sentido de que no próprio funcionamento das atribuições típicas do Executivo e Legislativo (na implementação das políticas apreciadas jurisdicionalmente) se promova o ajuste necessário a fazer cessar a lesão declarada.

O préstimo mais facilmente identificado nesta perspectiva diz respeito à possibilidade de se falar em cognição plena e exauriente das políticas públicas - no plano vertical⁴²⁰ - no bojo do processo coletivo, na medida em que se confere ao julgador a completa e cabal exploração e confronto de toda a estrutura lógica entre meios e fins empregados pelo ente estatal demandado no exercício de

⁴¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 161.

⁴¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 139.

⁴²⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 83-84.

sua função pública diante do múnus já orientado e previamente determinado por escolhas e prioridades alinhadas na Constituição.

A sustentada amplitude na cognição das políticas públicas funciona, nesta estrutura, a serviço da necessidade de se investigar a simetria constitucional e o atendimento, pelas formas de expressão do poder do Estado contra as quais se oponham as pretensões coletivas a direitos fundamentais sociais, aos paradigmas de razoabilidade e proporcionalidade exigíveis no desempenho da função pública que lhes são tipicamente atribuída.

4.3.2 Características Diferenciadas do Provimento Jurisdicional para a Efetividade de Sua Consecução: o Princípio da Proporcionalidade Como Critério de Limitação e Harmonização da Intervenção Judicial em Políticas Públicas

Avançando neste propósito de se examinar projeção que melhor se habilite para adequar a atuação jurisdicional (e sua cognição) e harmonizar (institucional e constitucionalmente) o seu exercício, como, também, aparelhar o processo coletivo que recepcione essa categoria de pretensão jurídica em estudo, manifesta-se oportuna a abordagem de características especiais - propostas na doutrina utilizada no ensaio - que qualifiquem o provimento judicial alcançado, no sentido de otimizar a sua consecução.

O apontamento introdutório que se coloca neste ponto é expresso nas perspectivas de plasticidade e fungibilidade do provimento produzido, identificando-se, então, como palco desta análise, o momento processual do cumprimento de sentença.

Tal abertura se justifica pois, ultrapassado o indispensável esforço de fundamentação da decisão judicial na fase cognitiva, esse mesmo exercício da atividade jurisdicional há que agora se voltar à tarefa de delinear a melhor solução para a supressão da ofensa verificada no oferecimento de serviços (políticas públicas) destinados à satisfação do direito discutido no processo coletivo.

O enfrentamento desse encargo vai de encontro à teorização da processualística contemporânea, já demasiado assente, no sentido de que essa atenção instrumental surge indissociavelmente incorporada à pretensão da

efetividade do processo para a tutela de direitos, demanda à qual Luiz Guilherme Marinoni⁴²¹ articula sólido fundamento:

[...] o Estado juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais.

Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige *apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais*, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva *para todos os direitos*. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer *apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos*. De modo que **a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado.**

[...] Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que o seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional *efetiva*. [grifo meu]

O imbricamento da pesquisa à concepção balizada nessa premissa da efetividade permite trabalhar em substrato propício à incitação que a complexidade própria da matéria em estudo traz acerca da ideia de plasticidade ou possibilidade de adaptação do provimento jurisdicional, discernimento que se sustenta na necessidade de que o exercício da atividade jurisdicional possa - diante do conflito dirimido na fase cognitiva do processo coletivo - determinar a solução ótima para a sua efetivação⁴²², com o programa que melhor atenda à exigência de supressão ou redução da ofensa ao direito tutelado, pela disponibilização dos serviços e recursos destinados à sua outorga.

O desafio aqui é o do assecuramento da futura exequibilidade do jugado⁴²³, sentido em que a atividade jurisdicional demanda a maior precisão

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 144-145.

⁴²² Italo Andolina se refere a este esforço necessário após o provimento judicial como “controle cognitivo sucessivo da formação do título executivo” (ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983. p. 101-136)

⁴²³ Acerca da dificuldade em torno da execução de sentenças judiciais contra omissões do Poder Público: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Ação civil pública contra omissões do poder público*:

possível na fixação do plano de cumprimento de sentença – para que restem poucos atos de materialização a serem ultimados -, de modo a evitar novas delongas pautadas em eventuais deliberações legislativas e executivas de elevado conteúdo discricionário.⁴²⁴

A esse respeito é o desenvolvimento argumentativo de Osvaldo Canela Junior, que adjudica à esta noção estirpe constitucional⁴²⁵:

A idéia é a de adequação do provimento jurisdicional para que promova o máximo alcance social. Considerando-se que o Poder Judiciário executa políticas públicas por intermédio dos atos judiciais, não há dúvida de que o provimento jurisdicional haverá de atender ao disposto no art. 3º da Constituição Federal da forma mais efetiva possível. Como a correlação entre meios e fins pressupõe a existência de grande plexo de soluções possíveis, a adaptabilidade do provimento jurisdicional às circunstâncias do caso concreto é requisito inarredável para que se atinja a prestação jurisdicional justa. Do exposto decorre que a plasticidade do provimento jurisdicional, mais do um instrumento processual, é um princípio implícito de magnitude constitucional, decorrente da norma inserta no art. 3º da Constituição Federal.

Isto porque, agindo o Judiciário, essencialmente, de modo a colmatar a conduta omissiva/ofensiva dos entes públicos perante os direitos fundamentais – em cumprimento ao disposto nos artigos 3º e 6º da Constituição Federal -, impende que esta atividade se promova balizada no postulado da máxima eficiência, visto refletir a própria vontade criativa do Estado. Nesta essência, esse provimento jurisdicional deve servir, por assim dizer, como elo entre o bem da vida constitucionalmente tutelado e o seu correspondente oferecimento a todos os componentes que o titularizam.⁴²⁶

É salutar, portanto, que a composição desta categoria de litígios seja articulada por meio de um provimento jurisdicional dotado desta necessária

limites e possibilidades. In: *Processo de interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. p. 211-s.

⁴²⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

⁴²⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159. *nota de rodapé* 391.

⁴²⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159-160.

plasticidade, já que aí o Judiciário é invocado a realizar uma atividade criativa para se exigir dos entes do Estado – aos quais competia típica e espontaneamente a implementação dos direitos fundamentais sociais invocados na demanda - o realinhamento de suas posturas na criação e gestão de políticas públicas⁴²⁷ que tenham confirmadas (dentro do processo coletivo) a sua contradição e incongruência com o penhor constitucional ou a sua insuficiência ao atendimento dos objetivos e fins republicanos firmados na Carta Fundamental.

A fim de que o exercício criativo destacado possa resultar na mais adequada solução para o problema, é apropriado que se admita a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida propugnados no pedido inicial, conforme sugere Osvaldo Canela Junior⁴²⁸: “Há que se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada”.

Adensando essa admissão, vale até mesmo cotejar a incisiva afirmação de Luiz Guilherme Marinoni⁴²⁹ sobre a necessidade de plena adaptabilidade dos meios executivos, em vista do direito à efetividade da tutela jurisdicional:

[...] os provimentos executivos e mandamentais podem se ligar a meios executivos diversos. [...] o juiz pode, de ofício, ainda que depois do trânsito em julgado da sentença, conceder meio executivo diferente do fixado na sentença. [...] a omissão do legislador, em instituir técnica necessária para a efetividade da tutela de um direito, deve ser suprida diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Ainda na análise desse aspecto, é indispensável se atentar que à medida que realiza uma atividade de realinhamento das políticas públicas através de seu dispositivo, a sentença do órgão jurisdicional vincula as demais formas de expressão do poder do Estado à sua consecução. Entretanto, ao não se perder de vista a conjuntura institucional da residualidade em que essa atuação do Judiciário

⁴²⁷ Reajuste para o qual deve ser assimilada a consequente exigência de reformulação da prática orçamentária.

⁴²⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186.

(no desenvolvimento de políticas públicas⁴³⁰) é operada - já que aos Poderes Executivo e Legislativo é aos quais compete prioritariamente esta implementação -, é inevitável conceber até mesmo a hipótese de que a eventual proposta de execução de políticas públicas pelo Estado que se revele mais eficiente à satisfação dos direitos fundamentais sociais em jogo poderá tornar imprópria ou mesmo inconveniente a solução jurisdicionalmente encontrada.

Neste sentido, Osvaldo Canela Junior⁴³¹ apresenta profícua equação à problemática confrontada nessa perspectiva:

Ora, se o Estado apresentar solução mais efetiva do que aquela determinada na decisão judicial transitada em julgado, não estará autorizado a realizá-la, em face do reconhecimento da coisa julgada material?

Esta se nos afigura uma hipótese clara de relativização da coisa julgada. Com efeito, se o objetivo do Estado é a consecução do bem comum, na esteira do que dispõe o art. 3º da Constituição Federal, então esta finalidade estará sendo atendida ao se aprimorarem os meios de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Há, *in casu*, uma clara contraposição entre princípios de grandeza constitucional, tanto assim considerados a coisa julgada e os objetivos fundamentais do Estado. Os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, neste passo, certamente recomendam seja assegurado este último em detrimento do primeiro.

A dinamicidade preconizada às inferências processuais que se instalam na fase de cumprimento da sentença é um aposto que fornece melhor anteparo ao processo coletivo para a recepção do conflito problematizado na pesquisa, servindo à formação de uma perspectiva sensível às peculiaridades do debate institucional travado na delicada zona de intercurso entre as agendas jurídica e política.

Além de nisso residir evidente vocação catalisadora à própria instrumentalidade processual, ainda é possível identificar outro expressivo bônus desse desenho quando atentada uma também interface que é sempre contraposta na realidade operacional do processo civil e que até mesmo conforma a sua estrutura axiológica. Trata-se do juízo de ponderação necessário a realizar o justo

⁴³⁰ Atividade que aqui, na verdade, está adstrita ao realinhamento de políticas públicas desenvolvidas ou omitidas pelas demais manifestações do poder estatal.

⁴³¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

equilíbrio entre a proteção efetiva ao direito do autor e a menor restrição possível à esfera jurídica do réu, buscado com emblemática premissa que informa o direito processual e que sem dúvida pode ganhar exegese adaptada ao arranjo aqui defendido e ainda mais favorável à sua legitimação.

Com vistas a elucidar essa última afirmação, utiliza-se primeiramente um marco teórico presente em cautelosa reflexão de Luiz Guilherme Marinoni⁴³² sobre a tarefa judicial de equilíbrio acima lembrada, para, na sequência, desenvolver a projeção dialética (confrontada com a lição) que justifica o que se afirmou:

Além da adequação, deve-se verificar se esse meio executivo é idôneo – no que diz respeito à sua eficácia – para proporcionar, em termos concretos, a tutela buscada. Tal meio, contudo, além de ser adequado e idôneo à tutela, deve ser aquele que traz a “menor restrição possível” à esfera jurídica do réu.

Falar em “menor restrição possível” traz embutida a suposição de que o meio idôneo é o mais suave. A regra da necessidade – que se desdobra nas sub-regras do meio idôneo e da menor restrição possível – tem relação com o que Lerche chama de proibição de excesso, que traz à tona as ideias de “justa medida” e “equilíbrio”, as quais desejam evidenciar a impossibilidade de o direito do autor ser protegido por meios que tragam consequências “desmedidas ao réu”. A aplicação da regra da proporcionalidade implica na ideia de “justa medida”. [...] tem uma relação estreita com a de “justiça”, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível. Nesse sentido, o meio executivo somente pode ser dito “justo” quando, além de adequado e idôneo, não traz prejuízos excessivos e desrazoáveis ao demandado.

A conformação aí bem explicitada pelo processualista a respeito dessa exigência de legítimo sopesamento para uma aplicação razoável e proporcional dos meios executivos, pode ser transposta para a temática específica da tutela coletiva que envolve o controle de políticas públicas ter aproveitado esse viés para o balanceamento de um sistema hábil a compor as tensões que lhe são próprias e veicular uma tutela jurisdicional efetiva à realidade disciplinada nesses litígios.

Ora. Esse vetor axiomático para o equilíbrio entre idoneidade dos meios de efetivação e a menor invasão à esfera jurídica do réu, uma vez projetado

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 180-181.

na realidade do estudo, difunde a autêntica função de servir à conservação da idoneidade da atividade jurisdicional, zelando pela harmonia desta, notadamente ao sedimentar nas bases de sua ação - frente à dimensão dos bens em conflito - a cautela pela menor restrição possível à esfera jurídica do Estado, aspecto que locuciona, em verdade, a premissa de respeito e preservação ao seu arranjo institucional na ordem republicana.

Assim, ao se permitir esta abertura sistêmica à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e a sua ampla cognição - a partir da admissão do direito de ação diante de ofensa aos direitos fundamentais sociais -, igualmente emerge a imperiosidade de se identificar e assentar um elemento norteador à prevenção do emprego de soluções desarrazoadas e desproporcionais neste mecanismo, e que funcione, em última análise, como um critério limitador desta atuação.

Este esforço se justifica porque, ao atuar no tratamento de políticas públicas por intermédio de suas decisões, a Jurisdição – ao mesmo tempo em que autorizada a examinar os meios empregados e os fins a serem alcançados pelas outras expressões do poder estatal - desenvolve o simultâneo e indissociável encargo de alinhar este exercício de sua atividade típica frente aos vetores constitucionais de justiça, de proporcionalidade e de razoabilidade, sendo-lhe vedado locucionar decisões injustas, desproporcionais ou desarrazoadas para o caso concreto.⁴³³

É nesta linha de raciocínio, portanto, que o princípio da proporcionalidade se sintetiza como instrumento hábil e ajustado para a correta composição do litígio coletivo ao propiciar a busca do justo equilíbrio entre os meios encadeados e os fins a serem atingidos⁴³⁴. São identificados, para isso, os fins a serem perseguidos, como sendo aqueles traçados no artigo 3º da Constituição Federal, e, como os meios a serem aplicados, as próprias políticas públicas, que passarão a incluir e se conformar ao provimento jurisdicional produzido no processo coletivo⁴³⁵.

⁴³³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162.

⁴³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, out. 2008. p. 16.

⁴³⁵ Para esta aplicação própria do exame e correção judicial de políticas públicas, Osvaldo Canela Junior (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 163) especifica: “A análise do princípio da proporcionalidade pressupõe, em um de seus aspectos, a eleição de fins e a escolha de meios. **Em relação aos direitos fundamentais, os fins a serem alcançados são aqueles descritos no art. 3º da**

Aqui é tomado em seu conceito mais amplo o axioma da proporcionalidade, albergando os princípios da razoabilidade e da justiça e, via reflexa, os conteúdos imanentes às ideias de equidade, igualdade, equivalência, congruência, proporção e adequação.⁴³⁶

E mais. No assentamento deste vetor normativo como parâmetro à atuação judicial no controle de políticas públicas – enquanto princípio constitucional⁴³⁷ que vincula sua aplicação a todos os ramos do Direito - é encetada autêntica conexão entre a ciência processual e o Direito Constitucional.

Nesta tônica, é ressaltada a ideia da razoabilidade - habitualmente utilizada como parâmetro à avaliação de atos do Poder Público - como valioso fundamento à realização da justiça no caso concreto, para o propósito de se aferir a compatibilidade da atividade pública frente ao valor supremo de qualquer ordem jurídica, a justiça.⁴³⁸

Tal critério axiológico à limitação da intervenção do Judiciário nas políticas públicas é ponderadamente sustentado por Ada Pellegrini Grinover⁴³⁹:

por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis., E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada. [...]

Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situação em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Constituição da República, enquanto as políticas públicas – o que inclui o provimento jurisdicional – constituem os meios a serem empregados. (sem grifos no original)

⁴³⁶ Segundo Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 173) o exame da proporcionalidade pressupõe a incursão sobre a adequação e a necessidade entre meios e fins.

⁴³⁷ Postulado constitucional implícito que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, embasa-se nos artigos 5º, II, 37 e 84, IV, da Lei Fundamental (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 99-102).

Tratando da juridicidade e reconhecimento da força-normativa deste princípio, Paulo Bonavides já anunciava: “*Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso frequente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição*” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 396).

⁴³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 153

⁴³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, out. 2008. p. 19-20.

O Judiciário é desafiado, nesta digressão principiológica, a verificar, num primeiro momento, se a atuação dos demais poderes foi (ou não) realizada dentro do razoável, considerando ilegais atos que afrontem às exigências da proporcionalidade “por não encontrarem respaldo fático no caso concreto, por se fundarem em motivos impróprios em face da Constituição e das leis, por procederem a uma exegese abusiva dos textos normativos ou, ainda, por lhes atribuírem uma extensão desproporcional”⁴⁴⁰. Em segunda via, o valor da proporcionalidade se elevará, ainda, como vetor axiológico norteador da projeção do plano de cumprimento de sentença, de modo a potencializar a efetividade de sua consecução.⁴⁴¹

Resulta daí a incursão do princípio da proporcionalidade, no processo de caráter coletivo, como legítimo método para o estabelecimento temporal de implementação do direito fundamental lesionado e para a composição do programa de implicações orçamentárias do provimento jurisdicional.⁴⁴²

A dinamicidade desta perspectiva parece ir de encontro à uma nevrálgica demanda da processualística moderna que José Eduardo Faria⁴⁴³ já assinalava à agenda do Judiciário diante do desafio de ajustar sua função judicante com atenção ao problema da efetivação de direitos humanos e sociais:

⁴⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 241.

⁴⁴¹ Tratando da desafiadora realidade desvelada ao Judiciário para a efetividade de suas decisões situadas nesta conjuntura temática, José Eduardo Faria já advertia: “Obrigados agora a combinar os tradicionais critérios técnico-formais com outros de caráter axiológico, o que os leva a ter de substituir gradativamente suas pautas hermenêuticas normativamente escritas por pautas bem mais flexíveis, baseadas em critérios de racionalidade material, os magistrados já não conseguem ver assegurado automaticamente o cumprimento de todas suas decisões. Para que sejam plenamente eficazes, muitas de suas sentenças, e, por conseguinte, as próprias normas e leis em que se fundamentam, passam a depender tanto do empenho quanto da eficiência com que o Executivo cumpre suas obrigações, em matéria de políticas públicas. E na medida em que esse poder, em suas instâncias municipais, estaduais, federais, revela-se incapaz de formulá-las ou implementá-las, ou, então, as executa com propósitos meramente eleiçoeiros, populistas e demagógicos, o Judiciário acaba sendo reduzido a uma posição secundária – como se fosse uma instituição subordinada, e não soberana, autônoma e independente. Não são poucos os casos em que a Justiça, nas suas diferentes instâncias, se mostra impotente diante de normas e leis que, apesar de inovadoras em seus objetivos e modernas em suas concepções, não conseguem ser plenamente concretizadas por causa da omissão de um outro poder igualmente autônomo, soberano e independente” (FARIA, José Eduardo. *As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais*. In. ____ (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 63).

⁴⁴² CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

⁴⁴³ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. . In. ____ (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 94-112. p. 103

[...] agindo não mais apenas retrospectivamente, mas também prospectivamente, muitos juízes tomam consciência de que a sentença não se esgota na jurisdição do caso, implicando sua participação contínua na concretização das decisões por eles tomadas; [...] tendendo a enfatizar resultados negociados, sob a forma de acordos que implicam concessões mútuas, muitas vezes os juízes substituem a obediência estrita à norma por jurisprudências inovadoras baseadas num compromisso em torno do que as partes consideram como sendo socialmente correto.

Salutar aqui incluir a prudente advertência sobre a tomada deste postulado como procedimento de exame dos reflexos no orçamento:

É imprescindível, ainda, que o Poder Judiciário tenha especial cautela na utilização do princípio da proporcionalidade, porquanto a intervenção generalizada no orçamento, sem o esgotamento necessário da cognição e a análise consistente de programação no tempo, poderá engessar outras políticas públicas igualmente importantes para a satisfação, em conjunto, dos direitos fundamentais. O pressuposto, portanto, é o de se garantir, na medida das possibilidades, uma harmonia do Estado na satisfação conjunta dos direitos fundamentais [...]. Daí por que, salvo em casos de indiscutível urgência, é recomendável que se postergue a efetivação do direito fundamental para a fase de cumprimento de sentença, a sua via natural.⁴⁴⁴

Nesta prudência de atuação e aplicação da proporcionalidade, o Direito Processual – reestruturado e reorientado pelo Direito Constitucional - sedimenta este princípio como mecanismo ético e diretriz que

instrumentaliza a intervenção do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas, sempre que os direitos fundamentais – e, por consequência, os objetivos do Estado – forem alvo de violação pelas demais formas de expressão do poder estatal. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é o catalisador das soluções possíveis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais.

Sem este instrumento constitucional e processual, os direitos fundamentais se esvaziariam, porquanto o Poder Judiciário não teria critério seguro para a substituição da vontade das demais formas de expressão do poder estatal. [...] O princípio da proporcionalidade, ao corrigir a crise metodológica instaurada entre o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e a ciência processual contemporânea, pontifica o princípio da inafastabilidade como garantia constitucional de ordem substancial. Referido princípio dá coesão ao subsistema do processo coletivo, surpimindo a crise aparente entre as formas de expressão do poder estatal.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

⁴⁴⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165; 167-168.

Em linha conclusiva, o assentamento do princípio da proporcionalidade para o desiderato impulsionado na pesquisa reside, especialmente, em sua habilidade de instrumentalizar e otimizar a ampliação do âmbito de cognição judicial das políticas públicas no processo coletivo, sublimação que não só lhe atribui caráter de genuíno mecanismo processual ético para a efetivação de direitos fundamentais sociais, como conjuga à Jurisdição - ao limitar racionalmente a sua intervenção no controle de políticas públicas – o papel constitucional de integração e equilíbrio geral do sistema.

O esforço neste ponto compulsado, por conseguinte, induz o alinhamento do seguinte raciocínio geral acerca da matéria (para o ulterior avanço às considerações e propostas finais geradas na pesquisa):

Diante da ofensa ou vulneração aos direitos fundamentais sociais pela atividade (comissiva ou omissiva) do Poder Público, o processo coletivo desponta como mecanismo tecnicamente mais adequado a tutelar a pretensão jurídica de efetivação deste calibre de direitos (entendidos como direitos difusos), sede em que é destacada a ação civil pública - do atual quadro de instrumentos processuais de que dispõe o âmbito do processo coletivo – como via notavelmente hábil a recepcionar este debate.

Inexoravelmente, esta abertura dialética está aportada na outorga do direito de ação - admitindo-se a cognição sobre a alegação de ofensa a direito fundamental social e o posterior reajuste eficaz das políticas públicas que o veiculem -, contexto em que a tutela jurisdicional coletiva - ao possibilitar a emissão de provimentos com alcance social – funciona como plataforma natural para o empreendimento desta atuação do Judiciário.

É neste sentido que a pesquisa, delimitando como verdadeiro objeto de cognição no processo coletivo as políticas públicas que lesionem ou fragilizem os direitos fundamentais sociais – e não o seu controle - implementadas (ou não) pelos Poderes Executivo e Legislativo, buscou examinar a proposta do desenvolvimento de duas espécies distintas de análise das políticas públicas pelo Poder Judiciário, diferenciadas segundo o momento processual: a fase declaratória do direito fundamental social lesionado – onde a indeclinabilidade da Jurisdição conduzirá à exigência de que a lesão ao direito fundamental social tutelado seja avaliada e

efetivamente declarada por meio do provimento jurisdicional (ainda que protraída no tempo a sua exequibilidade) - e a fase de cumprimento de sentença.

Desta distinção resulta o discernimento de que não se pode paralisar a atividade declaratória do direito fundamental violado sob a justificativa de que o provimento jurisdicional poderá esbarrar em limitações à sua efetivação. Isto sedimentado, posicionada a atividade jurisdicional diante do objeto desta categoria de demanda – a pretensão à satisfação coercitiva dos bens da vida expressos no artigo 6º da Constituição Federal - e, percorridas as perspectivas de amplitude na interpretação do pedido do processo coletivo e de plasticidade e fungibilidade do provimento nele produzido, é possível avalizar ao Judiciário uma atividade criativa no sentido de se exigir, dos entes do Poder a quem competia típica e espontaneamente a implementação dos direitos fundamentais sociais, o realinhamento de suas posturas na criação e gestão de políticas públicas envolvendo o direito fundamental tutelado.

Decorre, por fim, da complexidade da matéria e para melhor exploração deste instrumento democrático investigado, a incitação à possibilidade de adaptação do provimento jurisdicional – consubstanciada na tratada noção de plasticidade e fungibilidade -, abertura que se justifica na necessidade de que este exercício da Jurisdição possa determinar a solução ótima diante do conflito dirimido na fase cognitiva do processo coletivo, fixando o programa que melhor atenda à ordem de supressão ou redução da ofensa ao direito tutelado, a partir da disponibilização dos serviços e recursos destinados à sua outorga.

É neste modelo que a efetivação do provimento jurisdicional se opera, portanto, na vinculação do orçamento ao necessário ajuste ao plano de cumprimento de sentença - cabendo aos agentes públicos (no exercício de suas funções administrativa e legislativa) realizar o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira -, matizado pelo princípio da proporcionalidade, aí alçado como mecanismo catalisador à sua efetividade e como método para o estabelecimento temporal de implementação do direito fundamental lesionado e para a composição do programa de implicações orçamentárias do provimento.

CONCLUSÃO

Na profunda complexidade do novo contexto global, substrato em que está lançada (e se desenvolve) a civilização contemporânea - processo tangenciado por uma realidade de exclusão de grande parcela da humanidade da marcha do desenvolvimento e da efetiva vivência do conceito da dignidade humana - , a educação humana merece ser assimilada como recurso de vanguarda que se dispõe para enfrentar a nova estruturação do mundo, determinante na continuidade do atual processo de desenvolvimento econômico e social.

Em sua positivação no sistema jurídico brasileiro, o direito à educação desponta com *status* perfeitamente definido entre os direitos fundamentais sociais, constituindo um meio positivo para dar conteúdo real e possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades, e tal relevância normativa não lhe adveio despropositadamente.

Daí que o âmbito de proteção de tais direitos não apenas se circunscreve à esfera individual - como caracteres que outorgam ao particular o poder de exigir do Estado a fruição dos bens tutelados pelo direito fundamental -, mas sim, ainda mais, integra uma ordem objetiva de valores que legitima a ordem jurídico- constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente a atuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito.

A exponência da matéria se traduz na propriedade da educação enquanto aparelho à reivindicação e alcance de outros direitos igualmente essenciais ao ser humano e veículo viabilizador das liberdades públicas, da igualdade fática, de inclusão social, enunciando, portanto, um efetivo instrumento de justiça social, motivo porque consigna propriamente, em última instância, um objetivo fundamental a ser atingido pelo Estado Democrático de Direito instaurado com a Ordem Fundamental de 1988.

Naturalmente, portanto, a força normativa de que é imbuída a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se volta a dirigir e condicionar toda a atividade estatal, conformando a ação de todas as formas de expressão do Poder Público em suas diversas esferas e atividades, vinculando-os a agir segundo os valores plasmados nos direitos fundamentais, tomados aí como parâmetros à realização das funções do Estado na persecução de seus objetivos.

A partir dessa análise sistêmica (sempre matizada na exigência de máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente aquelas que tutelem, em seu núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana), a contextualização normativa desse direito enseja não apenas o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata e de sua justiciabilidade, como a possibilidade de se afirmar a natureza jurídica vinculativa das diretrizes constitucionais que tratam dos moldes de sua efetivação.

Nesta sistemática, as políticas públicas devem ser tomadas como expressão que abrange todas as formas de atuação do Estado dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados, concepção que se faz plenamente consentânea com a ideia de que o poder estatal é uno e se destina à consecução dos seus objetivos erigidos no artigo 3º da constituição Federal, entre os quais adequadamente se acomoda a efetivação de direitos fundamentais.

O anteparo material exigido nessa realização refletem imediata e necessariamente em opções financeiras dos estados e suas prioridades de investimento econômico, que hão de ser encaradas como determinação vinculativa para a Administração Pública, incumbindo ao Administrador a adoção de medidas que viabilizem o gozo e fruição deste direito fundamental assegurado constitucionalmente. Com isso, não se admite que esse direito de importância capital para a edificação do Estado Democrático esteja adstrito a decisões de índole administrativa, sujeitas aos critérios de conveniência e oportunidade.

Nessa perspectiva de constitucionalização dos programas de ação do Estado e sua vinculação aos objetivos republicanos alinhados no artigo 3º da Carta Constitucional, o orçamento deve representar o instrumento legal a essa consecução, mediante programação econômico-financeira no tempo. Dessa forma, não poderá o Estado paralisar a realização concreta de seus objetivos por ausência de substrato econômico, mas deverá redimensionar as suas receitas e os seus gastos para atingi-los. O orçamento, portanto, há de se inserir no pressuposto de programação para realização de fins.

O orçamento funciona, na realidade, como legítimo veículo possibilitador da ação estatal no atendimento à demanda prestacional da sociedade e na persecução dos objetivos republicanos, ou seja, no exercício de suas atribuições constitucionais, o Poder Executivo e o Poder Legislativo deverão realizar, espontaneamente, os ajustes orçamentários necessários para a materialização dos

fins estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, satisfazendo, espontaneamente, os direitos fundamentais.

É que, consagrados os direitos fundamentais sociais como de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Carta Fundamental) e, vinculadas todas as funções estatais à concreção de tais normas – cujo veículo de efetivação são as políticas públicas –, visto incondicionalmente submetidas à Constituição Federal, é de rigor reconhecer o caráter imperativo das diretrizes constitucionais na definição e destinação do orçamento público, já que nesta deliberação é que deve se operar a realização dos fins do Estado.

As políticas públicas devem ser encaradas como um processo de escolha racional e coletiva de prioridades (motivo porque podem ser compreendidas como uma forma de controle prévio da discricionariedade) e se mostrarão adequadas - no tocante à discricionariedade do administrador – somente se estiverem em consonância com os valores, metas e procedimentos previstos na ordem jurídica como um todo e, especialmente, no texto constitucional.

O que o cuidado do tema na pesquisa invoca, sobretudo, diz respeito à noção de que se a discricionariedade - no modelo do Estado Democrático de Direito - só existe dentro da lei, com o objetivo de satisfazer os fins por ela traçados, diante de normas constitucionais como o são aquelas definidoras dos direitos sociais – que, como exemplo, atribuem a todos os indivíduos o direito público subjetivo à educação básica, evidenciando o dever estatal da adoção de medidas concretas destinadas à sua satisfação. Não haverá, em verdade, margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os mandatários de tais espécies de atenção pública.

A disciplina do financiamento do direito à educação alcançou significativo espaço dentro da regência dessa perspectiva orçamentária constitucional, recebendo uma clara e precisa atenção do legislador constituinte sobre a determinação de destinação de recursos a esse fim, além de uma singular cautela na vinculação de recursos financeiros destinados à sua provisão.

O equilíbrio da tensão alçada nessa zona de convergência entre os assuntos “políticas públicas”, “orçamento” e “poder discricionário” na órbita dos direitos fundamentais deve ser harmonizada à luz de axiomas do constitucionalismo moderno, que permitem a seguinte composição: 1) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos Direitos

fundamentais; 2) as políticas públicas representam o mecanismo pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; 3) as políticas públicas inevitavelmente envolvem gasto de dinheiro público; 4) os recursos públicos são finitos, circunstância que impõe a necessidade de escolhas; 5) logo, em certa medida, a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.

Desmistificado o dogma da estanque independência entre os Poderes do Estado, ao se transpor os reflexos desta renovação principiológica ao enfrentamento da temática proposta - controle judicial – é forçosa a inferência de que essa evidente interação e complementaridade entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre políticas públicas.

Na convicção de que o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros poderes – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo), não é incauta a assertiva de que sempre que ilegal ou contrária às diretrizes valorativas da Lei Maior a atuação dos demais Poderes - conquanto haja regular provocação - impõe-se a disciplina judicial coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a, quando verificada a omissão.

Equacionada, aí, a exigência de se interpretar o postulado da estrutura tripartite do poder estatal harmonica e sistemicamente com outros princípios de igual hierarquia como o é a máxima da inafastabilidade da jurisdição, receio não há em se afirmar que a conjugação dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição impõe ao Judiciário o poder-dever de, exercendo sua atividade típica, qual seja, o controle jurisdicional, o fazer também em relação à administração pública, prestando a tutela jurisdicional devida.

Representa dizer: o Judiciário, no exercício de sua função típica (atividade jurisdicional) em face das demais formas de expressão do Poder do Estado, e, investido como última instância protetora dos direitos fundamentais, assume papel incisivo e de corresponsabilidade diante do desafio de concretização do texto constitucional, sanando distorções do processo democrático mediante a

análise da omissão dos outros poderes no exercício de suas correspondentes funções típicas.

Aqui se trata não de conferir ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão somente o de avaliar e corrigir sua implementação pelos poderes públicos – no condicionamento da inafastabilidade da Jurisdição, e, ainda, na regência de vetores como os da força normativa e máxima efetividade da Constituição –, para atuar a imperiosa concreção dos direitos assegurados à sociedade em grau de essencialidade, enquanto tarefa de premência da agenda republicana que outorga a todas as expressões do Poder o encargo de edificação do projeto democrático.

Ao lado disso é ainda sedimentado o entendimento de que a articulação dos gastos públicos não está reservada integralmente à deliberação política, visto que considerável espectro das escolhas públicas já está marcado por opções constitucionalmente definidas, o que instala na prática orçamentária uma perspectiva teórica de relevo (por excelência) à realização dos fins constitucionais.

Portanto, não há se falar em “reserva do possível” quando se trata de assegurar o mínimo existencial, não podendo o Estado paralisar a realização concreta de seus objetivos por ausência de substrato econômico, mas deve, sim, redimensionar as suas receitas e despesas para atingi-los. O mesmo tratamento parece deve merecer o direito social ao ensino obrigatório e gratuito (§ 1º do art. 208 da Constituição).

Porque não se admite que a outorga de direitos que compõe o mínimo existencial fiquem sujeitos à discricionariedade da maioria parlamentar ou da Administração Pública, o Judiciário - mediante o exame dos valores em confronto - pode determinar o remanejamento dos gastos públicos (que caberá aos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo), em vista da harmonização entre a distribuição das finanças pelos governos e a regência constitucional aos desideratos republicanos em jogo.

Essa abertura dialética está inexoravelmente aportada na outorga do direito de ação – ao se permitir a cognição sobre alegação de ofensa a direito fundamental social e o reajuste eficaz das políticas públicas que lhe são correspondentes -, contexto em que o processo coletivo - por permitir a emissão de provimentos com alcance social - se eleva como instrumento natural para este

debate.

Os direitos fundamentais sociais caracterizam-se, portanto, como interesses que desafiam a tutela jurisdicional de natureza coletiva, visto que a providência que se busca com sua eventual invocação em juízo extrapola os limites da esfera de interesse individual, abrangendo toda a coletividade que o titulariza, tratamento que exige solução homogênea.

Isso porque, como corolário da igualdade substancial, o espaço apropriado para a defesa de direitos transindividuais - como prioritariamente importa que sejam entendidos os direitos sociais, justamente os quais não devem ser apropriados por um indivíduo em detrimento de toda a sociedade - acaba sendo deparado, inegavelmente, nos mecanismos de tutela coletiva.

Assentada essa projeção, é identificado o sentido e dimensão em que se avaliza a utilização da tutela coletiva para a avaliação e reajuste de políticas públicas veiculadoras de direitos fundamentais sociais (retomando o embasamento trazido pelos marcos teóricos enfrentados nos capítulos iniciais): a possibilidade de realinhamento da atividade orçamentária – implementada e levada a efeito pelos demais poderes do Estado – às diretrizes, prioridades e objetivos pelos quais a Constituição vincula – e o faz com o grau indissociável de sua força normativa e máxima efetividade - a integralidade da ação estatal.

Essa perspectiva se imbrica à questão do impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenem a satisfação de direitos fundamentais sociais. Isto porque, diante destes provimentos, cumpre aos agentes públicos promover - no exercício das funções administrativa e legislativa - o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira. E esse efeito é de rigor, pois o efeito natural do trânsito em julgado destas sentenças é o de gerar a vinculação do orçamento à exigência de satisfação dos bens da vida tutelados pela atividade jurisdicional, o que exigirá investimento do Estado.

Com o condão de trabalhar para a salvaguarda e concretização dessas normas que plasmam os fins constitucionais prioritários, a Jurisdição - dentro da tipicidade de sua função institucional -, ao reconhecer a proteção ao mínimo existencial – ainda que inexistente previsão específica no orçamento -, atua para determinar aos demais Poderes a prática de atos orçamentários cabíveis e afinados

à diretriz constitucional, para o fim de que neles se incluía a receita necessária ao cumprimento da obrigação.

Não é admissível que o exame de políticas públicas no processo coletivo se desenvolva de forma indiscriminada, uma vez que a vocação dessa disciplina tem por estandarte a salvaguarda da Constituição diante de ações ou omissões dos demais poderes que ofendam, desalinhem ou enfraqueçam suas normas, princípios e objetivos, e, isso, mediante o exercício de atividade tipicamente jurisdicional.

Na persecução por solidez metodológica no desenvolvimento da atividade jurisdicional voltada a essa demanda específica, é imprescindível a cautela de se delimitar prudentemente o objeto e espaço de cognição das políticas públicas nesse trato coletivo, esforço que constitui uma demarcação vital a se evitar ilegítima e injustificada ingerência nas atribuições institucionais das demais formas de expressão do poder estatal, sob pena de corromper o processo que cuide da matéria – por vício insuperável de inconstitucionalidade (CF, artigo 2º) -, além de se insuflar potencial crise institucional.

Entendimento fundamental a orientar essa investigação é o de que as políticas públicas - projetadas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sobre as quais recaia alegação de que lesionam ou vulneram direitos fundamentais sociais -, e não o seu controle, é que representam o verdadeiro objeto de cognição do processo coletivo.

Delineado esse o objeto sobre o qual recai a cognição do Juízo e a ideia de amplitude na interpretação do pedido, é permitida a perspectiva de que nesse gênero de demanda coletiva o Poder Judiciário é chamado a desenvolver duas espécies de análise sobre as políticas públicas em duas fases distintas, definidas de acordo com a peculiaridade do momento processual: a fase declaratória do direito fundamental social lesionado e a fase de cumprimento de sentença.

Na fase de declaração do direito fundamental violado as políticas públicas devem ser analisadas exclusivamente sob o ângulo da adequação aos fins constitucionais e, após, se atestadas - pelo Poder Judiciário - como inadequadas ou omissas, deverão ser realinhadas e corrigidas por meio do provimento jurisdicional.

Da diferenciação resulta o afastamento de qualquer raciocínio que admita impedimento à declaração de violação de direitos fundamentais sociais

(idoneamente invocados no exercício do direito de ação) pelo Poder Judiciário, ideário em que não se reconhece a possibilidade de paralisação da atividade jurisdicional motivada na impossibilidade/dificuldade de atendimento imediato ao julgado, justificando-se tão somente o diferimento de sua exequibilidade no tempo, o que se expressa na vinculação do orçamento à decisão, para a necessária compatibilização com o provimento alcançado, segundo critérios programáticos.

Aí se está diante da perspectiva de que após o trânsito em julgado da sentença novos parâmetros sejam atentados pelo órgão emissor - agora embasados no comando judicial - iniciando-se, com a fase de cumprimento do julgado, a prática dos atos de realinhamento coercitivo das políticas públicas que constituíram objeto da demanda coletiva, prevalecendo a análise temporal para a consecução do provimento jurisdicional.

Trata-se de modelo autenticamente consentâneo com o desafio de empreendimento harmonioso da indeclinável atividade da Jurisdição na salvaguarda da Constituição - suas normas, vetores e objetivos - em face da atividade (típica) das demais formas de expressão do poder do Estado, já que essa avaliação e controle serão executados não em usurpação de outras funções estatais, mas sob a premissa vinculante do reconhecimento de lesão a direitos fundamentais e a reflexa exigência de realinhamento da ação pública aos critérios constitucionais.

Esse cuidado operacional trata da indispensável necessidade de se sistematizar uma consecução mais percuciente da atividade jurisdicional e de seus provimentos que sejam gerados nesse palco de conflitos, esforço que não somente pode auxiliar o avanço da dogmática e técnica processual como acurar o funcionamento da Jurisdição - conquanto operado dentro de um sistema harmonioso e deferente à estrutura institucional do Estado - no edifício da ordem democrática e da função social do Direito.

Daí que para a mais escorreita leitura do modelo estudado, é relevante discernir que, nos moldes defendidos para a idônea atividade jurisdicional no exame e controle de políticas públicas, "dar efetividade ao direito substancial" não significa adjudicar (à coletividade) diretamente o bem da vida sobre o qual recaiu a alegação de lesão (o direito fundamental social violado), mediante a subrogação do Judiciário no papel de criação e gestão de políticas públicas, em ilegítima usurpação às funções institucionais dos outros Poderes.

“Efetivar o direito substancial”, dentro do arranjo teórico franqueado na pesquisa, equivale a, uma vez reconhecida ofensa (comissiva ou omissiva) a direito fundamental pela promoção (ou sua inexistência) de políticas públicas incongruentes com as normas e diretrizes constitucionais, seja determinado o realinhamento da atividade estatal, no sentido de que no próprio funcionamento das atribuições típicas do Executivo e Legislativo (na implementação das políticas apreciadas jurisdicionalmente) se promova o ajuste necessário a fazer cessar a lesão declarada.

O préstimo mais facilmente identificado nessa conjuntura diz respeito à possibilidade de se falar em cognição plena e exauriente das políticas públicas (no plano vertical) no bojo do processo coletivo, à medida em que se confere ao julgador a completa e cabal exploração e confronto de toda a estrutura lógica entre meios e fins empregados pelo ente estatal demandado no exercício de sua função pública diante do encargo já previamente orientado e determinado por escolhas e prioridades alinhadas na Constituição.

Essa abertura se justifica porque, ultrapassado o indispensável esforço de fundamentação da decisão judicial na fase cognitiva, esse mesmo exercício da atividade jurisdicional há que agora se voltar à tarefa de delinear a melhor solução para a supressão da ofensa verificada no oferecimento de serviços (políticas públicas) destinados à satisfação do direito discutido no processo coletivo.

O imbricamento da pesquisa à uma premissa de efetividade (nos resultados do julgamento) permite balizar, à complexidade própria da matéria, a ideia de plasticidade ou possibilidade de adaptação do provimento jurisdicional, que se sustenta na necessidade de que o exercício da atividade jurisdicional possa - diante do conflito dirimido na fase cognitiva do processo coletivo - determinar a solução ótima para a sua efetivação, com o programa que melhor atenda à exigência de supressão ou redução da ofensa ao direito tutelado, pela disponibilização dos serviços e recursos destinados à sua outorga.

A fim de que o exercício criativo destacado possa resultar na mais adequada solução para o problema, é igualmente apropriado que se admita a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida propugnados no pedido inicial, ao se permitir a adaptação do veículo proposto, dado que a complexidade

dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada.

A dinamicidade preconizada às inferências processuais que se instalam na fase de cumprimento da sentença é um aposto que fornece melhor anteparo ao processo coletivo para a recepção do conflito problematizado na pesquisa, servindo à formação de uma perspectiva sensível às peculiaridades do debate institucional travado na delicada zona de intercurso entre as agendas jurídica e política.

Para a adequada equalização do plano de cumprimento de sentença, o princípio da proporcionalidade é identificado como instrumento hábil e ajustado para a correta composição do litígio coletivo, à medida em que possibilita a busca do justo equilíbrio entre os meios encadeados e os fins a serem atingidos. São tomados, para isso, os fins a serem perseguidos, como sendo aqueles traçados no artigo 3º da Constituição Federal, e, como os meios a serem aplicados, as próprias políticas públicas, que passarão a incluir e se conformar ao provimento jurisdicional produzido no processo coletivo.

Em última instância, o valor da proporcionalidade sintetiza legítimo vetor axiológico a nortear a projeção do plano de cumprimento de sentença - de modo a potencializar a efetividade de sua consecução -, o que resulta em sua incursão, no processo de caráter coletivo, como legítimo método para o estabelecimento temporal de implementação do direito fundamental lesionado e para a composição do programa de implicações orçamentárias do provimento jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A dignidade da pessoa humana e o direito à educação. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (coords.). *15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade*. Bauru: EDITE, 2003, p. 433-482.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (Org.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ALVES, José Augusto Lindgren. Cidadania, Direitos Humanos e Globalização. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 78-97.
- ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.
- AMARAL, Willian Ricardo. Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo liberal. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. p. 13-32.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.
- ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de; BELLINETTI, Luiz Fernando. O controle judicial de políticas públicas em favor da exigência de realização de direitos fundamentais sociais: enfrentamentos necessários à sua justificação. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. (Org.). *Anais do XX Congresso Brasileiro do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2011, v. 2, p. 8986-9014.
- _____. O direito fundamental à educação na perspectiva da formação humana integral e do desenvolvimento social no contexto do mundo globalizado: a demanda econômica de sua realização na atividade orçamentária e um enfrentamento da invocação da cláusula da “reserva do possível” pelo Poder Público. In: SILVEIRA,

Vladmir Oliveira da. (Org.). *Anais do XXI Congresso Brasileiro do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2012, v. 1. p. 10240-10269.

_____. A Jurisdição a serviço do desafio democrático de efetivação de direitos fundamentais sociais : tutela coletiva, o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Judiciário e perspectivas à adequada consecução do controle judicial. In: FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles; XIMENES, Júlia Maurmann. (Org.). *Instituições políticas, administração pública e jurisdição constitucional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 337-367.

_____. O âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário no processo coletivo: perspectivas à adequada consecução do controle judicial. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. (Org.). *Anais do XXI Congresso Brasileiro do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2013, v. 1.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1997: o estado num mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

BANNEL, Ralph Ings. *Habermas e a educação*. Cult, Sumaré, v. 136, p. 49-50, jun. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, n. 240, p. 83-103, 2005.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.101-132.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BARUFFI, Helder. A educação como direito fundamental: um princípio a ser realizado. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos Fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 83-96.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, Volume I. São Paulo: Saraiva, 1988.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses Difusos, Coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 666-671.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *Educação em Direitos Humanos: de que se trata?* Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos, São Paulo, 18 fev. 2000. Disponível em: <www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>. Acesso em 15 dez. 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. Direitos fundamentais e flexibilização dos procedimentos no processo jurisdicional. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37-s.

CABRAL, Marcelo Malizia. Concretização do direito humano de acesso à justiça: imperativo ético do Estado Democrático de Direito. In: *Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário* – FGV Direito. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009, p. 09-87.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Eduardo Santos. *Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas*. *Revista do Ministério Público*. Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 20, p. 67-92, jul./dez.2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação de Juizes para a Democracia, 2001.

_____. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta Leal; (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1703-1728.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 8. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Marcus Vinícius da. *John Dewey: Democracia e educação: capítulos essenciais*, São Paulo: Ática, 2007.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1999.

DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília – DF: MEC: UNESCO, 2006.

DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social: polêmicas do nosso tempo*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2002.

DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania*. 10. ed. Campinas: Papirus, 2007.

DEMO, Pedro. *Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Amazém do Ipê, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso em: 12.04.2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 3. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. 2003. 328. p. Tese (Doutorado) – faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, n. 18 (2), p. 113-118. 2004.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DUTRA, Delamar José Volpato. Moral e Direito nas *tanner lectures* de Habermas: um modelo processual de moralização do Direito. *Ethic@* - UFSC - Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 13 - 37, Dez. 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 254-293.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: ____ (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 52-67.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*. Revista USP n. 21, 1994, p. 12-21.

FLÓREZ – VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990.

FONTE, Felipe de Melo. *A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, a. 1, n. 1, abr./jun. 2003.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. vol. 1. Trad. Moacir Gadotti e Lílian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. *Conscientização: teoria e prática da libertação*. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

_____. O controle judicial de políticas públicas. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coords.). *Temas fundamentais de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-292.

GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº23.

GENRO, Tarso. Educação é política de Estado e não de governo. *Folha de São Paulo*. Entrevista concedida a Luciana Farnesi e Rodrigo Röttsch. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/educacao/te2406200542.shtml>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. In: Flávia Piovesan e Maria Garcia. (Org.). *Direitos Econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 3, p. 1101-1157.

GÖTTEMS, Caludinei J. Direito fundamental à educação: a efetividade da democracia através da jurisdição constitucional. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009. p. 48-63.

GOUVEA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Poder discricionário*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 93, p. 41-46: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, out. 2008.

_____. *Judiciário pode intervir no controle do Executivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicaspublicas>>. Acesso em: 7 mai. 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HARGER, Marcelo. Os princípios constitucionais e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (orgs.). *Princípios constitucionais e direitos fundamentais: contribuições ao debate*. Curitiba: Juruá, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

KANT, Emmanuel. *Sobre a pedagogia*. Piracicaba: Inimep, 1996.

KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. t. 3. p. 819-866.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto (org.). *Relatório brasileiro de direitos humanos econômicos, sociais e culturais – meio ambiente, saúde, moradia adequada, educação, trabalho, alimentação, água e terra rural*. Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, Projeto Relatores Nacionais em Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, 2003, p. 123. Disponível em: < <http://www.idh.org.br/noticia-10-04.htm>>. Acesso em 15 dez. 2011.

LIN, Nan. *Social capital: a theory of social structure and action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 23-33: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) – USP, 1994.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

_____. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba, Juruá, 2006.

_____. Educação, constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008, p. 789-800.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: RT, 1994.

_____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2005.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *Revisão judicial da escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 30. ed. São Paulo: RT, 2007.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Dalida Andrade. Das políticas de governo à política de estado: reflexões sobre a atual agenda educacional brasileira. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 32, n. 115, p. 323-337, abr.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLSEN, Ana Carolina. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limite à tributação no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais. *Revista CEJ*, Centro de estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 45, p. 21-31, abr./jun. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. *In: _____ (Coord.). Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 39-76.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS, 2005.

PROTA, Leonardo. *Refundar a educação: educação brasileira contemporânea: situação e perspectivas*. Londrina: Edição Humanidades, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUIRINO, Carina de Castro. Os direitos fundamentais sociais e a revisão judicial das escolhas orçamentárias. In: FOLMANN, Melissa; ANNONI, Danielle (coords.). *Direitos humanos: os sessenta anos da Declaração Universal da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa de proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal federal. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco. (Coord.); IGHETTI, Sabine (org.). *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo - EDUSP, 2009, v. 1, p. 39-59.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALLES, Carlos Alberto de (Org.). Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In: *Processo de interesse público: o processo como instrumento de defesa social*.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____.; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-313.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 32, p. 213-226: Fórum, 2005. p. 218-219.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Filosofia da educação: construindo a cidadania*. São Paulo: FTD, 1994.

SIFUETES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA FILHO, Derly Barreto. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público* 8, 1994.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. *O princípio da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, André Barbieri de. A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 31-37.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos Tavares. Elementos para uma teoria geral dos princípios numa perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 771-788.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: _____. SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. pp. 51-62.

TONELLA, Celene. *Poder local e políticas públicas: o papel dos Conselhos Gestores*. Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 63-78.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 80, p. 149-225, 1995.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil de interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Associação Paulista do Ministério Público, 2003.

WESCHENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do Terceiro Setor. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Coord.). *Direito, cidadania e políticas públicas: direito do cidadão e dever do Estado*, Volume II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ANEXOS

ANEXO A

Ementa do Acordão proferido no julgamento do ARE 639337 AgR, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011.

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, 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). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art.

208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.** - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. **A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.** - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso

ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)