



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

ANDRÉ CAVALCANTI ERHARDT

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: o caso brasileiro
sob a perspectiva da mobilização social por direitos

BRASÍLIA
2017

ANDRÉ CAVALCANTI ERHARDT

**JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: o caso brasileiro
sob a perspectiva da mobilização social por direitos.**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Veronese.

BRASÍLIA
2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

ANDRÉ CAVALCANTI ERHARDT

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: o caso brasileiro sob a perspectiva da mobilização social por direitos.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Brasília/DF, em 18 de outubro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Veronese
(Orientador – Presidente)

Prof. Dra. Loussia Penha Musse Felix
(Titular)

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
(Titular)

Prof. Dr. Valcir Gassen
(Suplente)

Aos meus pais, pelo exemplo de vida e dedicação na minha caminhada.

À minha amada mulher, Giovanna, com quem partilho, diariamente, os desafios da vida.

Aos meus irmãos, pelo braço sempre estendido nos momentos em que precisei.

AGRADECIMENTOS

O caminho para o aperfeiçoamento acadêmico é árduo. Principalmente para aqueles que optaram por buscar, inicialmente, uma afirmação profissional para só então dedicar-se à pós-graduação. As dificuldades para conciliar os compromissos inadiáveis para o sustento da família e as pertinentes exigências a que se submete um aluno de um curso de alto nível, como este proporcionado pela Universidade de Brasília, são incontáveis.

Mas o cenário de dificuldade logo converte-se em alegria, quando se observa a solidariedade de profissionais, familiares e amigos que, altruisticamente, colocaram-se à minha disposição para que pudesse desincumbir-me de tamanho desafio.

Agradeço, inicialmente, a Deus, por ter sido a razão do meu existir, abençoando-me com sua infinita misericórdia, fazendo-me superar minhas limitações terrenas para trilhar um caminho de paz espiritual.

Meus pais, Manoel e Vera, a quem devo a minha formação, meu caráter e o testemunho de amor incondicional.

À Giovanna, a mulher que escolhi para construir uma família, pelo seu desprendimento e contínua disposição de mergulhar nos meus sonhos, auxiliando-me afetiva e materialmente na conclusão desta etapa.

À meus irmãos, Tiago e Ana Carolina, pela positividade sempre demonstrada, quando o sentimento de fraqueza e incapacidade aflorava-me a mente.

À Davi, meu sobrinho, que nesses primeiros seis meses de vida, purifica-me com seu sorriso contagiante.

Ao meu orientador, Prof. Alexandre Veronese, com quem despretensiosamente cruzei nos corredores do Superior Tribunal de Justiça e plantou-me a semente que ora assume corpo de dissertação.

Ao Ministro Og Fernandes, a quem sempre observo e procuro aprender com sua experiência e buscar inspiração com sua aguçada percepção de julgador.

Aos meus amigos Rafael Santos e Carlos Elias de Oliveira, com os quais tive a sorte de compartilhar dos estudos desde o concorrido processo de seleção para o ingresso no Mestrado da Universidade de Brasília.

Aos meus colegas de trabalho no Superior Tribunal de Justiça pela tolerância e compreensão deste momento importante para meu desenvolvimento profissional.

Agradeço, por fim, a todos os funcionários da Secretaria de Pós-Graduação da Unb, pela pronta disponibilidade de atender às minhas solicitações acadêmicas.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade investigar a concretização do direito social à educação pelo Poder Judiciário brasileiro, considerando-se o modelo teórico proposto por Charles Epp e complementado pelo trabalho de Michel McCann, sob a perspectiva da mobilização legal por direitos. O estudo contextualiza os direitos sociais na evolução do constitucionalismo moderno e realiza uma análise da tutela constitucional do direito à educação, a partir de um levantamento histórico das Constituições brasileiras, culminando-se com a Carta Magna promulgada em 1988. O exame das interferências entre direito, política e judicialização constatou que a crescente intervenção judicial nas políticas públicas ocorre não apenas em decorrência da ampliação do catálogo normativo encartado nos Textos Constitucionais modernos, mas principalmente em função da mobilização dos interesses em concretizá-los, tendo em vista, especialmente, a natureza reativa do Poder Judiciário brasileiro. A partir da análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, verificou-se a existência de casos concretos em que a decisão judicial contribuiu efetivamente para concretizar o direito à educação, a exemplo das demandas sobre o direito de matrícula em creche e pré-escola e sobre a política de cotas étnico-raciais desenvolvida no âmbito das universidades públicas. O estudo identificou, ainda, a existência de parâmetros capazes de permitir, inclusive, o controle jurisdicional da qualidade do ensino público ofertado. O desafio que se põe está na representatividade desses direitos em juízo, diante da reconhecida vulnerabilidade social e econômica de seus titulares e da desigualdade regional existente no país, cumprindo ao próprio Estado, por meio de órgãos públicos competentes, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, a defesa judicial do direito à educação. Nesse ponto, sobleva-se, a importância da atuação da sociedade civil organizada, a exemplo da Campanha Nacional pelo Direito à Educação e do movimento Todos pela Educação, assim como de outras instituições atuantes na área, para que se possa traduzir adequadamente o sentimento da sociedade do plano jurídico-normativo para o da concretização jurisdicional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos sociais. Educação. Modelo responsivo. Judicialização da política. Poder Judiciário. Mobilização legal por direitos. Ministério Público. Defensoria Pública. Sociedade civil organizada.

ABSTRACT

The research aims to investigate the implementation of the social right to education by the Brazilian Courts, considering the legal mobilization theory proposed by Charles Epp and complemented by Michel McCann. In order to achieve this aim, we contextualize social rights in the evolution of modern constitutionalism and investigate how the right to education is regulated on de Constitution, since the Brazilian's 1824. The study of the interferences between law, politics and judicialization shows us that the growing judicial power intervention in politics occurs not only because of the increase of the rights included in the Constitutional text, but in function of the mobilization of interests in concretizing them. Researching cases of the Superior Court of Justice and the Supreme Court, we had found evidences that the judicial decision effectively contributed to guarantee the right to education, such as the demands on the right to enroll in nursery school and pre-school and racial quotas at federal universities. The study also identified parameters to jurisdictional control of the quality of public education offered. The challenge is the representativeness of these rights in court, given the recognized social and economic vulnerability of their holders and the regional inequality existing in the country. There rights are also provided by public institutions, like the Prosecutor's Office and the Public Defender's Office. At this point, it's so much important the activity of the Civil Society Organizations, such as the National Campaign for the Right to Education and the All for Education movement, as well as other existing institutions. These organizations could find if the feeling of society can be adequately extracted from the legal-normative to the judicial courts.

Key words: State, Law. Social rights. Education. Responsive Law. Judicialization of Politics. Judiciary Power. Legal mobilization.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AREsp - Agravo em Recurso Especial

ARE - Agravo em Recurso Extraordinário

CAQ - Custo Aluno Qualidade

CAQi - Custo Aluno Qualidade inicial

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

EC - Emenda Constitucional

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio

IRA - Índice de rendimento acadêmico

LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação

PNE - Plano Nacional da Educação

PROUNI - Programa Universidade para Todos

SAEB - Sistema de Avaliação da Educação

SNE - Sistema Nacional de Educação

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1.1. Dos direitos sociais em geral: anotações sobre o constitucionalismo social	15
1.2. Os direitos sociais nas constituições do Brasil com ênfase ao direito à educação	17
1.2.1. A Constituição de 1824.....	18
1.2.2. A Constituição de 1891.....	19
1.2.3. A Constituição de 1934.....	21
1.2.4. Constituição de 1937	23
1.2.5. Constituição de 1946	24
1.2.6. A Constituição de 1967.....	25
1.2.7. Emenda Constitucional nº 1/69 - Constituição de 1969.....	26
1.2.8. A Constituição de 1988.....	27
1.3. A fundamentalidade dos direitos sociais no contexto da CF/88.....	29
1.4. O direito à educação como um direito fundamental na CF/88.....	32
1.5. O direito à educação no plano infraconstitucional.....	36
1.6. Dados oficiais da educação no Brasil: um direito simbólico?.....	38
2. JUDICIALIZAÇÃO EM PROL DO DIREITO À EDUCAÇÃO	40
2.1. Política, direito e decisão.....	40
2.2. A função institucional do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito	46
2.3. Aspectos conceituais da judicialização da política	50
2.4. Mobilização do direito e a materização das demandas sociais.....	55
3. O DIREITO À EDUCAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS	
SUPERIORES.....	57
3.1. Direito à matrícula em creche e pré-escola	67
3.2. A autonomia universitária, a política de cotas e outras ações afirmativas.....	72
3.3. Direito à matrícula em creche e pré-escola, a jurisprudência do STJ e STF e a mobilização por direitos	80
3.4. A política de cotas raciais, a jurisprudência dos tribunais superiores e a tônica da mobilização legal por direitos	82
3.4. Desafios quanto ao controle judicial da qualidade do ensino	84
3.5. A tutela educacional e a sistemática de precedentes no CPC/15.....	87
3.6. A utilização de mecanismos de autocomposição em prol da causa educacional	89
3.7. Os atores sociais e a mobilização legal do direito à educação.....	91
CONCLUSÕES	93
REFERÊNCIAS.....	98
Jurisprudência	98
Livros e Artigos.....	99

INTRODUÇÃO

A implementação de políticas públicas é função típica do Poder Executivo, considerando-se o modelo tradicional de repartição de competências e a legitimação que é conferida ao seu titular, em decorrência da vontade da maioria manifestada pelo exercício do voto.

Também é sabido que o administrador público, no cumprimento de seu mister, depara-se, muitas vezes, com uma situação de escassez orçamentária que o obriga a eleger as prioridades a serem atendidas, diante das inúmeras demandas sociais compreendidas no exercício da governança.

No entanto, existem situações nas quais a atuação discricionária do administrador cede em função de valores preponderantes do Estado Democrático de Direito, notadamente os direitos e garantias fundamentais e aqueles que representam a própria essência da dignidade humana.

É nesse cenário que se sobreleva a atuação do Judiciário, não como usurpador da função executiva, mas como mecanismo necessário ao restabelecimento da ordem jurídica violada e à consecução da democracia real.

Com efeito, a democracia não se exaure na concretização da vontade da maioria, sendo imprescindível observar-se os valores fundamentais e estruturantes do Estado constantes do Texto Constitucional, tais como o pluralismo político, o acesso à informação, a proteção à identidade cultural, a inviolabilidade da intimidade, a diminuição das desigualdades e o respeito às minorias.

Corriqueiramente, o ente estatal tem negado o atendimento a prestações postuladas em juízo com base na tese da reserva do possível, instituto de inspiração romana, que propugnava a inexigibilidade de obrigação impossível (*Impossibilium nulla obligatio est*). Dessa maneira, é comum encontrar nas peças de defesa apresentadas pelos entes públicos a justificativa da improcedência dos pedidos sob a mera alegação de insuficiência de recursos orçamentários.

Todavia, a compreensão da teoria da reserva do possível, como bem desenvolvido na jurisprudência alemã, parte de uma tríplice perspectiva: a fática, correspondendo à efetiva demonstração da disponibilidade orçamentária para a

consecução dos direitos fundamentais; a jurídica, a qual se relaciona com a sistemática de distribuição das receitas e das competências tributárias; e a razoabilidade e proporcionalidade da prestação, isto é aquilo que se pode razoavelmente exigir da coletividade.

A excludente de escassez, sempre suscitada pelo ente público, está intrincada ao aspecto fático da reserva do possível, o que impõe a eleição de prioridades a serem atendidas com a utilização dos recursos orçamentários.

No entanto, antes de se facultar qualquer elegibilidade do rol de prioridades ao agente público, deve-se assegurar a concretização do mínimo existencial, a ser considerado como o necessário para a existência digna, do que não se afasta o direito à educação.

O ser humano, como um animal essencialmente político e inserido numa realidade cultural e social, tem sua existência mínima não limitada ao aspecto biológico, mas também à capacidade de comunicação, interação e relacionamento interpessoal. Daí porque a educação, ainda que básica, é condição indispensável à sua dignidade, estando esse direito do indivíduo e dever estatal previsto não apenas na Carta Republicana de 1988, como no Estatuto da Criança e do Adolescente e outros diplomas normativos.

O problema trazido no presente trabalho é: as reações judiciárias são capazes de promover evoluções da concretização do direito à educação, a fim de atender os mandamentos contidos na Constituição Federal de 1988? E, sendo afirmativo tal questionamento, os interessados na busca da tutela educacional encontram-se adequadamente representados em juízo?

O estudo aqui desenvolvido aborda a tutela judicial do direito à educação no modelo teórico proposto por Charles R. Epp, complementado pelas ideias de Michel MCCain, compreendendo-se o processo de expansão de direitos e, por conseguinte, a crescente intervenção judicial nas políticas públicas não apenas em decorrência da ampliação do catálogo normativo encartado nos Textos Constitucionais modernos, mas principalmente em função da mobilização dos interesses em concretizá-los.

No primeiro capítulo, descreve-se o desenvolvimento dos processos sociais que conduziram ao acolhimento, no plano normativo, dos direitos de cunho social e do dever jurídico atribuído aos entes públicos para assegurá-los,

especialmente no tocante à tutela do direito à educação. Faz-se um levantamento do histórico constitucional brasileiro para constatar-se que, salvo alguns períodos de exceção, o legislador constituinte, ora com maior intensidade, ora de modo mais contido, sempre preocupou-se em garantir o acesso ao ensino, conferindo ao Poder Público responsabilidades nessa área. Não obstante a existência de mecanismos normativos, especialmente com o advento da Carta Constitucional de 1988, há uma dificuldade de se concretizar os mandamentos do Texto Maior que asseguram a todos o direito à educação, o que contribui para o elitismo da sociedade brasileira.

No capítulo seguinte, discute-se o contexto da crescente judicialização e da interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. De início, realiza-se uma análise sobre as conexões entre direito, política e atividade decisória, por meio de um breve levantamento a respeito das explicações fornecidas pela teoria do direito sobre a compreensão do fenômeno jurídico. A análise recai, desde a metafísica Kantiana, às teses positivistas de Kelsen, avançando-se sobre a regra de reconhecimento de Hart e às correntes pós-positivistas encabeçadas por Robert Alexy. Ensaia-se, nesse ponto, o modelo de direito responsivo proposto por Nonet e Selznick, o qual evidencia uma preocupação consequencialista da decisão judicial, sendo marcado, por conseguinte, pela receptividade do Judiciário às demandas de cunho social.

Em seguida, discorre-se sobre a judicialização da política, apresentando-se a tradicional conceituação realizada nos trabalhos de Tate e Vallinder, suas críticas, bem como a forma como o tema é tratado pela doutrina nacional, particularmente, sob a ótica da revolução de direitos desenvolvida por Werneck Vianna, a qual foi ilustrada, sob o viés pragmático, pelo trabalho desenvolvido por Alexandre Veronese, no exame das demandas judiciais relacionadas com o serviço de telecomunicações.

Mais adiante, ingressa-se no estudo de casos sobre o direito à educação, focando-se a análise no comportamento adotado pelos órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro (STF e STJ) e sobre os atores que submetem a matéria ao crivo dos tribunais. Nesse momento, apresenta-se a existência de possíveis conexões entre as decisões judiciais e dados oficiais divulgados pelo Ministério da Educação sobre a realidade educacional no país.

Deve-se destacar, por oportuno, a importância desses conflitos de interesses serem tutelados sob a dimensão coletiva, propiciando-se não apenas uma economia processual, mas principalmente o acesso à justiça de indivíduos que, seja por questões econômicas, seja por dificuldades de cunho social ou geográfica, seja pelo completo desconhecimento de seus direitos, estariam excluídos da proteção jurisdicional.

Diante dessas reflexões, traça-se um panorama de como tem sido e, segundo as conclusões do autor, como se deve estabelecer critérios, limites e qual a extensão da interferência do Judiciário nesses casos, bem como os efeitos práticos de suas decisões, tendo em vista a natureza peculiar do tema e o seu relevo para a dinâmica desenvolvimentista do país.

1. EMERGÊNCIA E IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS:

1.1. Dos direitos sociais em geral: anotações sobre o constitucionalismo social:

Os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Os primeiros representam um dever de abstenção e de garantia por parte do Estado, outorgando-se ao indivíduo um direito subjetivo de exercê-lo e de exigir que seja respeitado. Encontram-se comumente associados aos clássicos direitos de liberdade, igualdade e garantias individuais, incluindo-se, ainda, as liberdades sociais e os direitos políticos. (ALEXY, R., 1997, p. 454).

Os direitos prestacionais, por outro lado, podem ser subdivididos em sentido amplo e em sentido estrito. Aqueles envolvem os direitos à proteção, organização e procedimento, enquanto que os últimos consistem nos direitos sociais a prestações fáticas, reportando-se a uma atuação do poder público enquanto expressão do Estado Social de Direito. (SARLET, I. W., 2007, p. 238).

Os direitos sociais estão inseridos entre aqueles que demandam prestações positivas do Estado, ou ainda que consagram certas garantias de cunho social, a exemplo do direito à moradia, à sindicalização, direito de greve, garantia à estabilidade no emprego, etc, sendo classificados pela doutrina¹ como direitos de segunda geração ou dimensão² e compreendem tanto direitos de defesa como direitos prestacionais.

Enquanto os direitos de primeira dimensão estão associados às liberdades individuais clássicas e foram frutos das revoluções liberais do século XVIII contra o Estado Absolutista, configurando um limite à atuação estatal, os direitos

¹ Destaco, por todos, a lição de Paulo Bonavides. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004. O referido autor foi responsável por difundir, no Brasil, a expressão "gerações de direitos", a qual foi categorizada por Theodor Humphrey Marshal. Cf. MARSHAL, T. H. *Citizenship and Social Class and other essays*. Cambridge: The Syndics of the Cambridge University Press, 1950.

² Ingo Sarlet prefere trabalhar com o termo "dimensões de direitos." Isso porque, segundo o citado autor, a expressão "geração" remete à ideia de sucessão, substituição. Os direitos fundamentais, sejam eles relacionados às liberdades individuais, sejam aqueles de cunho social, não são suplantados uns pelos outros. Daí porque o termo "dimensões de direitos" seria mais adequado, por traduzir uma noção de complementariedade e não de sobreposição de direitos. Cf. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 54 e seguintes.

sociais emergiram da luta do proletariado contra os abusos praticados na era Industrial, sendo consequência das transformações ocorridas no plano político, econômico e social entre o século XIX e início do século XX, que demandaram do Estado uma postura intervencionista perante as relações sócioeconômicas travadas pelos indivíduos.

Essa outra dimensão de direitos, por seu turno, exige da entidade estatal uma atuação concreta com o propósito de se buscar uma melhoria nas condições de vida da população em geral, mais precisamente da classe trabalhadora. Representa, por conseguinte, uma limitação da autonomia contratual em prol dos interesses da coletividade. (SARMENTO, D., 2006, p. 19).

A positivação de um catálogo sistematizado dos direitos sociais, no âmbito constitucional, foi realizada, inicialmente, pela Constituição Mexicana de 1917³ e pela Constituição de Weimar de 1919⁴. Tais normativos passaram a ser referência para outros diplomas constitucionais, a exemplo da Carta constitucional brasileira de 1934, inaugurando o denominado constitucionalismo social.

A elevação de um conjunto de direitos sociais ao *status* constitucional revela o compromisso assumido pelo Estado de não apenas propiciar o respeito às liberdades clássicas dos indivíduos, mas também de estabelecer uma linha de atuação a fim de corrigir as distorções sociais e econômicas e atender às demandas da população.

Nesse contexto, cumpre advertir que o constitucionalismo social não se qualifica por meio da inserção tópica de dispositivos de cunho social nas Constituições marcadamente liberais. É de rigor haver um disciplinamento sistemático a respeito de tais direitos, denotando-se, com dito, o dever de o Poder Público intervir no seio da coletividade para promover a igualdade material e permitir

³ A Constituição de Querétaro foi promulgada em 5 de fevereiro de 1917, tendo completado 100 anos de vigência, sendo um dos documentos constitucionais mais longevos do mundo. Em texto comemorativo ao aniversário da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, André Rufino do Vale destaca a importância desse normativo para as Constituições Ocidentais. Cf. Constitucionalismo Social completa 100 anos neste 5 de fevereiro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-04/observatorio-constitucional-constitucionalismo-social-completa-100-anos-neste-fevereiro>. Acesso em 07/02/2017.

⁴ Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro destaca que, apesar de a Constituição Mexicana de 1917 ter sido anterior, o Texto Constitucional de Weimar exerceu, na prática, muito mais influência perante os sistemas constitucionais contemporâneos, não apenas por ter sido promulgada em solo europeu, mas também em razão da natureza mais abstrata e menos local de suas prescrições e devido à força, autoridade e divulgação da doutrina constitucional alemã.

um nivelamento de oportunidades na fruição dos direitos consagrados constitucionalmente.(PINHEIRO, M. C. B., 2006, p. 104).

Como bem destaca Maliska, não se define um Estado Social Democrático de Direito pela forma de intervenção do Estado na economia, se direta ou indireta, mas pelo comprometimento constitucional com os direitos sociais, isto é, pela titularidade da obrigação de prestar, de forma gratuita e universal, serviços essenciais como saúde, educação e assistência social. (MALISKA, A. M, 2001, p.53).

1.2. Os direitos sociais nas constituições do Brasil com ênfase ao direito à educação:

As Constituições brasileiras sempre dispuseram de normas regulamentando, ao menos, alguns dos direitos sociais. Não obstante, em cada caso, com maior ou menor amplitude e relevância .

No que diz respeito à educação, merece registro o papel dos padres jesuítas, mesmo antes de inaugurada a ordem constitucional pátria, num primeiro momento, com a catequização dos índios e o objetivo de ensiná-los a ler, escrever, contar e falar o idioma português.

Posteriormente, houve a fundação de escolas jesuítas, com a criação de cursos secundários de formação literária e humanística, os quais foram destinados aos filhos dos donos de engenho e demais membros da burguesia urbana.

O método jesuíta teve relevo no processo de formação da sociedade brasileira. Após os estudos no Brasil, os jovens partiram para estudar nas Universidades de Portugal, o que contribuiu para impulsionar, mais adiante, o espírito nacionalista.(SHIGUNOV NETO, A. e MACIEL, L. S. B., 2008, p. 181-182).

Com a expulsão dos jesuítas⁵, o ensino passou por um período de estagnação que perdurou de 1759 a 1808, vindo apenas a ser resgatado com a

⁵ Os jesuítas foram expulsos de Portugal e de suas colônias por ordem do Marques de Pombal, como decorrência da extinção da Companhia de Jesus pelo Papa Clemente XIV, sob a acusação de que pretendiam desvirtuar a ordem religiosa a que pertenciam com ambições políticas e econômicas.

chegada ao Brasil de D. João VI, juntamente com a família real. Nesse período, deu-se novo impulso à cultura e ao ensino, com a criação da Imprensa Régia, a Biblioteca Nacional, a Escola Naval, a Escola Militar, cursos superiores de medicina no Rio de Janeiro e na Bahia, além de cursos de economia, agricultura, química e desenho técnico. (LIMA, M.C.B, 2003, p. 54-55).

Destaque-se que, na época, não se cogitava de uma educação popular, sendo o acesso ao ensino restrito às classes dominantes. Essa preocupação apenas veio a se efetivar com a chegada das constituições pátrias, como se observa a seguir.

1.2.1. A Constituição de 1824:

A Constituição Imperial de 1824 estabelecia no art. 179, XXIV, a liberdade de trabalho, assim como, no art. 179, XXXII e XXXIII o direito à instrução primária gratuita e a criação de colégios e universidades para o ensino de Ciências e Artes.

O Texto de 1824 foi editado sob uma ideologia tipicamente liberal, com forte influência da Revolução Francesa. No entanto, o normativo não se descurou de refletir o perfil da oligarquia rural existente à época, tendo consagrado na estrutura política nacional elementos, em tese, inconciliáveis, tais como a garantia da liberdade e a escravidão; a unicidade religiosa conduzida pela Igreja Católica e a permissão para a prática de outras religiões por meio de cultos domésticos, desde que não ostentassem a aparência de templos. (MALISKA, M. A., 2001, p. 21-22).

Ainda na Assembleia Constituinte, chegou-se a debater um plano de instrução pública elaborado por Martim Francisco Ribeiro de Andrada, membro da Constituinte pela província de São Paulo e irmão de José Bonifácio de Andrada e Silva, então Ministro do governo imperial e que exerceu relevante papel para a declaração da Independência do Brasil. A "Memória sobre a Reforma dos Estudos na Capitania de São Paulo" estabelecia como dever do Estado a promoção da instrução pública disseminada a todos e estruturada em três estágios: o primeiro visaria à instrução sobre os conhecimentos necessários ao uso da vida em geral; o segundo seria caracterizado por uma separação e maior aprofundamento das

matérias; e o terceiro priorizaria a formação técnica e profissional. O Projeto Constitucional ainda franqueou a liberdade de ensino à iniciativa privada, com a finalidade de incentivar a instalação de escolas nas províncias, permitindo, inclusive, a realização de aulas avulsas lecionadas por professores particulares. (ZICHIA, A.C., 2008, p. 27-28).

Contudo, os constantes atritos entre os integrantes da Assembleia Constituinte e o Imperador D. Pedro I resultaram na destituição daquele colegiado, tendo os irmãos Andrada sido depostos e exilados para a França.

No Diploma outorgado em 1824, portanto, apenas constaram os dois incisos do art. 179 indicados acima, de modo que o direito à educação foi reconhecido de forma mais genérica, significando uma garantia de cunho meramente formal, não havendo instrumento hábil a lhe conferir maior concretude.

Cumpre, ainda, destacar duas leis editadas sob o período imperial. A Lei de 1º de outubro de 1828 criou Câmaras Municipais com atribuição de inspecionar as escolas de primeiras letras e educação. Já a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, conferiu às Assembleias das Províncias a competência para legislar sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la, com a exceção dos cursos jurídicos e das faculdades de medicina, que seriam regidos por lei geral.

Esses preceitos legais, além de outros editados durante o Império, buscaram implementar, no âmbito da União e das Províncias, um regime educacional pautado pela obrigatoriedade, gratuidade e liberdade de ensino, o que, contudo, não se verificou na prática, não tendo o governo central, nem os locais, obtido êxito na tarefa de popularizar a cultura.⁶

1.2.2. A Constituição de 1891:

A Constituição de 1891 trouxe o regime republicano e recebeu grande influência do modelo constitucional norte-americano. Inaugurou-se, por sua vez, o sistema federativo, tendo como pano de fundo a democracia e o fim dos privilégios honoríficos. A divisão dos poderes adotou o modelo tripartite, com o Poder

⁶ Para um estudo mais aprofundado sobre o direito à educação no contexto da Constituição de 1824, recomenda-se a leitura da dissertação apresentada por Andrea de Carvalho Zichia, texto já citado acima, ao programa de mestrado da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo.

Legislativo constituído pelo Congresso Nacional, sob a forma bicameralista, composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados. Outra modificação de relevo foi o rompimento com a Igreja Católica, com a adoção de um estado laico, tendo-se explicitado, inclusive, a laicidade do ensino.

A Carta promulgada em 1891, na mesma linha da Constituição de 1824, não positivou um capítulo próprio a respeito dos direitos sociais. Aspecto que representou um certo retrocesso na esfera educacional, ao menos no plano do direito posto, foi a inexistência de qualquer menção sobre a gratuidade da instrução primária.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil consolidou um modelo educacional descentralizado. Embora o art. 34 tenha firmado a competência privativa do Congresso Nacional para a edição de normas sobre o ensino superior, o art. 35 estabelecia não ser privativa do Legislativo Federal a incumbência de animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a criação de instituições de ensino superior e secundário nos Estados.

Essa descentralização encontra-se evidenciada na redação do art. 65, n. 2, da Constituição de 1891, atribuindo competência residual aos Estados para toda matéria que não estiver reservada à atuação exclusiva da entidade federal. Ao interpretar esse dispositivo, João Batista Herkenhoff afirmou que, em matéria de educação, cumpriria às esferas estaduais a edição de leis sobre o ensino secundário e primário; a criação e manutenção de instituições de ensino superior e secundário, preservada igual faculdade ao governo federal; bem como a instituição de escolas primárias. (1987, p. 37).

Apesar de toda a modificação verificada no aspecto político e institucional, a Constituição de 1891 não trouxe consideráveis avanços quanto aos direitos sociais e, mais especificamente, no âmbito educacional. Foi mantida a ideologia liberal e a consagração de direitos sob a perspectiva individualista. Além disso, como já fora explicitado acima, destacou-se negativamente a inexistência de norma garantindo a gratuidade e obrigatoriedade do ensino básico.

1.2.3. A Constituição de 1934:

A Constituição de 1934, por sua vez, foi a primeira a trazer um título específico sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, educação e cultura, além de ter consagrado uma série de direitos trabalhistas⁷, podendo ser considerada, portanto, como um Texto de significativa conscientização dos direitos sociais, o que se deduz da leitura de seu próprio preâmbulo, o qual continha referência expressa à necessidade de se assegurar o bem-estar social e econômico.

Ideologicamente, o Constituinte de 1934 inspirou-se nas Constituições de Weimar de 1919 e do México de 1917, superando a tradição liberal que predominou durante a primeira Constituição Republicana. (TEIXEIRA, M. C., 2008, p.155).

O art. 149 da Constituição qualificou a educação como um direito subjetivo público, devendo ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, a fim de propiciar o desenvolvimento econômico da nação e um eficiente padrão de vida moral, amparada pela consciência da solidariedade humana.⁸

Houve uma ampliação das atribuições da União no campo educacional, cumprindo-lhe o estabelecimento de diretrizes para a educação nacional, bem como instituir e coordenar o plano nacional de educação, por meio do Conselho Nacional de Educação, deveres que permanecem sob a responsabilidade federal até os dias de hoje. Resguardou-se aos Estados a iniciativa de complementar as balizas estabelecidas no âmbito nacional de modo a atender as peculiaridades locais.

Pela primeira vez, foi fixada no Texto Constitucional previsão normativa estipulando a necessidade de a União, Estados e Municípios destinarem percentuais das respectivas receitas para o financiamento da educação. Os municípios e a União estavam obrigados a aplicar, pelo menos, 10% (dez por cento) da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento de educação, equanto que os

⁷ A título exemplificativo, é possível mencionar a proibição de diferença salarial para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; o direito ao salário mínimo; a limitação do trabalho a oito horas diárias; o direito a férias anuais remuneradas, dentre outros.

⁸Art. 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Estados e o Distrito Federal deveriam participar com o mínimo de 20% (vinte por cento) da respectiva arrecadação⁹.

Estabeleceu-se também a criação de fundos especiais pelos entes federativos para o custeio de obras educativas, bem como para o auxílio a alunos necessitados, por meio do fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudos, assistência alimentar, médica e odontológica.

A liberdade de cátedra foi assegurada, tendo-se exigido a realização de concurso público de provas e títulos para o provimento dos cargos do magistério oficial.

Como se observa, a Constituição de 1934 ornamentou-se de um vasto acervo normativo para proporcionar o respeito aos direitos sociais e, mais precisamente, à educação. Ainda que, no contexto global da Carta de 1934, seja inegável verificar-se um avanço legislativo na matéria, persistem as tendências elitistas do constituinte e da própria sociedade influente da época, ao inserir-se no respectivo art. 138, a incumbência da União, Estados e Municípios, nos termos da lei, de incentivar a educação eugênica¹⁰.

Embora o estudo da eugenia não esteja nos propósitos do presente trabalho, não se pode deixar de registrar que o desenvolvimento de uma nação, não apenas sob a perspectiva econômica, mas primordialmente social, não se dissocia de um adequado programa educacional. Esse último deve se aperfeiçoar, não com

⁹Art 156. A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

(...)

Art 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.

§ 1º - As sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituirão, na União, nos Estados e nos Municípios, esses fundos especiais, que serão aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei.

§ 2º - Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas.

¹⁰ Em trabalho crítico sobre o movimento eugênico, inclusive no contexto da Constituição de 1934, Simone Rocha explicitou que o ideal de educação para boa parte dos eugenistas estava associado à formação da consciência eugênica com o intuito de que os jovens não contraíssem matrimônio com raças e classes sociais diferentes. Tinha em vista que os casais pudessem gerar filhos eugenizados em número maior que os degenerados. Para tal fim, seria necessário que os jovens contraíssem matrimônio de forma antecipada, concorrendo para a formação de uma elite nacional. Ou seja, os jovens considerados eugenicamente saudáveis, deveriam ter filhos logo no início do matrimônio, de forma que o número de filhos fosse maior do que em casais degenerados, contribuindo assim para a formação do país. Cf. Educação eugênica da Constituição brasileira de 1934. Trabalho apresentado no X ANPED SUL, Florianópolis, outubro de 2014.

base na hereditariedade ou em aspectos relacionados à supremacia de uma raça, mas a partir de políticas inclusivas e igualitárias.

1.2.4. Constituição de 1937:

A Constituição de 1934 vigorou por pouco tempo, pois, em 10 de novembro de 1937, houve a instituição do Estado Novo, com a outorga de uma nova ordem constitucional, refletindo um espírito autoritário de governo, sob inspiração do fascismo, estabelecendo-se um regime ditatorial no país. Verificou-se, como decorrência, um retrocesso no disciplinamento dos direitos sociais. (Ob. Cit, 2001, pp. 28-29)

A gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário foi mantida, tendo-se privilegiado, contudo, a atuação particular, reservando-se ao Estado uma função de complementar e preencher as lacunas da educação privada. O art. 130 da Constituição expressou que a gratuidade não eximiria o dever de solidariedade existente entre os menos e os mais necessitados, daí porque seria exigida uma contribuição para matrícula, ainda que módica, aos que não alegassem ou, notoriamente, não pudessem alegar necessidade financeira.

Não houve indicação dos recursos a serem destinados pela União, Estados e Municípios para o cumprimento dos encargos educacionais, deixando-se a cargo do juízo discricionário do Chefe do Executivo.

A centralização da política educacional também foi a tônica deste regime, de modo que os Estados e Municípios apenas poderiam atuar sob autorização federal.

Deu-se primazia ao ensino profissionalizante, o qual seria destinado às classes menos favorecidas, sendo o ensino secundário, por sua vez, um privilégio da elite dirigente.

1.2.5. Constituição de 1946:

A Carta de 1946 resultou do processo de redemocratização do país, tendo resgatado, no plano normativo, várias das conquistas sociais estabelecidas no Texto de 1934. Manteve-se a competência da União para fixar as diretrizes e bases da educação nacional, conferindo-se, também, espaço para os Estados legislarem supletivamente.

Foi restaurado o dispositivo constitucional que prelecionava a educação como direito de todos e dever do Estado, não tendo sido excluída, no entanto, a atuação da iniciativa privada.

Nos termos do art. 168, a legislação educacional deveria observar os princípios da obrigatoriedade do ensino primário, sendo gratuito o ensino primário oficial e realizado em língua portuguesa. A gratuidade do ensino ulterior ao primário, na esfera pública, seria assegurada apenas aos economicamente vulneráveis. Fixou-se como de responsabilidade das empresas, com mais de cem empregados, a manutenção do ensino primário gratuito aos seus servidores e filhos.

Restabeleceu-se um limite mínimo de recursos estatais a serem aplicados na atividade educacional, na ordem de 10% (dez por cento) pela União e 20% (vinte por cento) pelos Estados e Municípios.

Garantiu-se a liberdade de cátedra, exigindo-se a realização de concurso de provas e títulos para o magistério secundário e superior, atribuindo-se vitaliciedade aos professores concursados.

O Texto de 1946, de fato, trouxe pontos positivos para o sistema de ensino nacional, criando o ambiente favorável para a edição da Lei de Diretrizes e Bases de 1961, cuja eficácia foi ofuscada pelo Golpe de Estado de 31 de março de 1964 e o início do regime militar. (LIMA, M. C B., 2003, p. 56).

A LDB de 1961, ainda que não tenha sido imune a críticas, principalmente quanto à fixação das bases curriculares comuns¹¹, deve ter sua importância reconhecida como o primeiro normativo a buscar uma sistematização do

¹¹ Cf. MARCHELLI, Paulo Sérgio. Da LDB 4.024/61 ao debate contemporâneo sobre as bases curriculares nacionais. In: Revista e-Curriculum, São Paulo, v. 12, n. 03, out./dez. 2014, pp. p. 1480 - 1511.

programa educacional, tendo sido alterada em 1971 e vigorado até a edição da Lei 9.394/96.

1.2.6. A Constituição de 1967:

Erigida sob o contexto do regime militar, a Constituição de 1967 representou inegável retrocesso democrático, incorporando valores decorrentes de decisões administrativas impostas pelos Atos Institucionais e decretos editados pela Presidência da República desde o governo de Castelo Branco. Não obstante ter sido submetida à promulgação pelo Congresso Nacional, o Texto aprovado foi alvo de várias censuras por parte do Poder Executivo, sendo marcado por uma sobreposição desse último frente aos demais Poderes da República e pelo enfraquecimento da autonomia política dos Estados e Municípios e, conseqüentemente, dos princípios federativos. (GROFF, P. V., 2008, pp. 120-121).

Foi previsto um capítulo dos direitos e garantias individuais, os quais, em comparação com a Constituição de 1946, sofreram várias restrições, destacando-se: a limitação de acesso ao Judiciário na forma da lei, com a possibilidade de se exigir o esgotamento da via administrativa para o ajuizamento da demanda; proibição de publicação de livros e periódicos considerados como propaganda de subversão da ordem ou contrários à moral e aos bons costumes; restrição do direito à reunião, com a necessidade de prévia indicação de local e horário pelo órgão policial; foi prevista a suspensão dos direitos políticos em caso de exercício abusivo desses direitos ou da manifestação do pensamento.

A Constituição de 1967 consagrou um título destinado à ordem econômica e social, reafirmando alguns dos direitos trabalhistas que já eram reconhecidos na Carta de 1934, tais como, o direito ao salário mínimo, férias anuais, repouso semanal remunerado, jornada de trabalho não excedente a oito horas diárias, salvo os casos especialmente previstos, etc.

No plano educacional, não foram fixados percentuais da receita tributária de aplicação obrigatória. O art. 168 explicitou que a educação seria direito de todos a ser proporcionada no lar e na escola, com igualdade de oportunidades,

devendo-se inspirar no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana¹².

Manteve-se a competência da União para o estabelecimento do plano nacional da educação, bem como para legislar sobre suas diretrizes e bases. Houve o fortalecimento do ensino particular, com a previsão de se substituir o ensino oficial gratuito por bolsas de estudo. Nesse aspecto, são válidas as ponderações de Maliska para quem a utilização dos recursos públicos no financiamento de escolas particulares, além de ter demonstrado a ausência de um projeto justo de redistribuição de riqueza, impediu a ascensão social das classes menos favorecidas. (Ob. Cit., p. 33).

1.2.7. Emenda Constitucional nº 1/69 - Constituição de 1969:

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 importou o recrudescimento do autoritarismo e do regime repressivo instituído pelos militares, trazendo várias modificações nos direitos e garantias individuais previstos no Texto de 1967, a exemplo da suspensão do cabimento de *habeas corpus* nos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e a economia popular. Foi ampliada sobremaneira a discricionariedade do Presidente da República, a quem possuía o total arbítrio para a decretação do estado de sítio, da intervenção federal e do recesso do Legislativo em qualquer estado da federação, além do poder de confiscar bens, sem prévio direito de defesa e sem possibilidade de controle pela via jurisdicional.¹³

Em 17 de outubro de 1969, foi outorgada a Emenda Constitucional n. 1 que, em virtude das profundas modificações operadas no Texto de 1967, bem como

¹² Sobre a equivocidade dessa base principiológica constitucionalmente prevista para o direito à educação, merece registro a opinião de João Batista Herkenhoff, para quem unidade nacional foi confundida com uniformização ideológica e segurança do regime ditatorial. Cf. Ob. Cit. p. 43.

¹³ Em tese de doutorado sobre o tema, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa assevera que o Ato Institucional nº 5 serviu como base para a aplicação de mais de 1.500 (mil e quinhentas) sanções, como a suspensão e cassação de mandato (434); aposentadoria (547); reforma (241), demissão (324) e destituição (1), destacando-se a aposentadoria compulsória de Ministros do STF (Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal), além do General Peri Constant Beviláqua, do STM. Cf. Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós 1964. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4075/1/2009_LeonardoAugustodeAndradeBarbosa.pdf, p.113.

em razão da quebra da ordem constitucional então vigente, é considerada por parte da doutrina como uma nova Constituição.¹⁴

A Constituição de 1969 previu a competência da União para editar o plano nacional de educação, bem como o plano regional de desenvolvimento. Comparando-se ao Texto de 1967, confirmou-se a educação como um direito de todos, acrescentando-se ser ele também um dever do estado. Excluiu-se, contudo, o trecho que assegurava a igualdade de oportunidades no acesso à educação e a liberdade de cátedra foi substituída pela liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério.

Estipulou-se a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios que não empregassem no ensino primário, o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) da receita tributária.

Não obstante as restrições operadas no gozo dos direitos e garantias individuais, bem como ao próprio regime democrático, a Constituição de 1969 trouxe, ao menos no plano jurídico, avanços na questão educacional, quando consignou a integração entre o plano nacional de educação e o plano regional de desenvolvimento, bem assim ao reintroduzir normas vinculando a aplicação de receitas tributárias no desenvolvimento do ensino.

Convém mencionar-se, ainda, a Emenda Constitucional nº 12/78, que assegurou o direito à educação especial e gratuita aos portadores de necessidades especiais, com a finalidade de propiciar-lhes a reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país, vedando-se, expressamente, a adoção de práticas discriminatórias.

1.2.8. A Constituição de 1988:

A Constituição de 1988 contemplou, no título correspondente aos direitos e garantias fundamentais, um capítulo próprio a respeito dos direitos sociais,

¹⁴ Por todos, destaca-se a posição de José Afonso da Silva para quem o texto foi amplamente reformado, a exemplo da própria denominação a que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil ao invés da expressão Constituição do Brasil prevista anteriormente. Cf. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

elegendo a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Explicitou, ainda, como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No *caput* do art. 6º, o constituinte elencou um abrangente e heterogêneo rol de direitos sociais, incluindo-se nesse tópico a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Além disso, o Título VIII da Carta Magna enumerou um conjunto de normas referentes à Ordem Social, disciplinando em oito capítulos as mais diversas matérias, como a seguridade social; educação, cultura e desporto; ciência, tecnologia e inovação; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente, o jovem e o idoso; e os índios.

Em virtude dessas características, a Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como analítica, pluralista, programática e dirigente. Analítica em função do grande número de dispositivos normativos; pluralista por ter incorporado, durante o processo constituinte, pressões e reivindicações de diversos, variados e até antagônicos grupos políticos; programática¹⁵ e dirigente, em virtude de ter fixado planos e metas a serem efetivados, inclusive, por meio de uma atividade complementar do legislador.

Jorge de Miranda identificou um problema de natureza sistemática do Texto Constitucional, porquanto os denominados direitos sociais do art. 6º encontram-se separados, topograficamente, de outros dispositivos referentes à Ordem Social e Econômica. (2007, pp. 150-151). Ainda que tal característica não seja bastante para dificultar o reconhecimento dos direitos sociais por meio de uma interpretação sistemática da Carta Constitucional, não é menos verdade que a inclusão de tão variada gama de dispositivos suscita o debate sobre a extensão

¹⁵ A despeito de o art. 5º, § 1º, da CF/88, ter determinado a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, não há como se negar a existência de elementos de cunho programático e dirigente também nesse particular. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Ob.Cit., p.76.

protetiva dessas normas, se todas elas ostentam natureza de cláusula pétrea ou não, bem como a discussão sobre a eficácia e efetividade desses direitos.

1.3. A fundamentalidade dos direitos sociais no contexto da CF/88:

A característica de fundamentalidade remete à especial proteção e dignidade dos direitos consagrados na ordem jurídica constitucional (CANOTILHO, 1992, p. 509). Não há consenso doutrinário a respeito da eficácia normativa hipotética dos direitos sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao apreciar a Constituição de 1988, sustenta que os direitos sociais possuem dupla fundamentalidade, tanto no sentido formal quanto no âmbito material. Isso porque tais direitos, independentemente de outras justificativas de natureza axiológicas, já receberam, no momento do pacto constitucional fundante, força normativa peculiar, dada a relevância desses bens jurídicos para os "pais" da Constituição. Segundo o autor, todos os direitos consagrados expressa ou implicitamente pela Constituição, estejam previstos no Título II ou em outras partes do Texto Constitucional, ou ainda aqueles derivados dos tratados internacionais firmados e incorporados pelo Brasil, possuem o *status* de direitos fundamentais, mesmo que se admita, em certos casos, diferenças de tratamento. (SARLET, I. W., 2008, pp. 173-174).

Sob a perspectiva da materialidade dos direitos fundamentais, é possível agrupar os seguintes posicionamentos.

A corrente liberal defende que apenas seriam considerados como fundamentais aqueles direitos sociais caracterizados como mínimo existencial, cuja ausência afetaria o próprio exercício da liberdade. Nesse contexto, a expressão liberdade não se restringiria à mera ausência de constrição estatal, sendo também compreendida em seu aspecto positivo, impondo-se uma postura proativa do Estado para assegurar um padrão mínimo necessário à sobrevivência humana. (TORRES, R. L, 1989, pp. 30-33).

Consoante esse entendimento, os direitos à alimentação, saúde e educação não seriam necessariamente fundamentais, apenas adquirindo essa fundamentalidade em relação à parcela mínima sem a qual o homem não

sobrevive.¹⁶A concretização do mínimo existencial, por seu turno, resultaria do processo democrático, do devido processo legal, da separação e interdependência dos poderes, bem como do federalismo. A efetividade das condições mínimas da vida humana dependeria do trabalho conjunto do legislador, administrador e da jurisprudência.

Essa abordagem, como se percebe, possui uma visão minimalista a respeito da importância dos direitos sociais e do papel a ser exercido pelo Estado na sua proteção. Com efeito, ao elencar dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, o legislador constituinte deu sinais claros de que incumbe ao Estado uma tarefa muito mais extensa do que a garantia de um conteúdo mínimo para a sobrevivência humana, o que torna a interpretação liberal inadequada.

Segundo a vertente social, a fundamentalidade dos direitos sociais também parte de uma premissa relacionada com o mínimo existencial, que, por sua vez, deve ser interpretado sob a perspectiva da equitativa divisão de oportunidades, da imposição de uma moralidade mínima, partindo-se do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. (BARCELLOS, A. P., 2007, pp. 97-133).

Esse modelo interpretativo, não obstante o novo patamar a que alçou os conceitos de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, padece do mesmo vício de cunho reducionista identificado anteriormente, pois desconsidera a possibilidade de um controle mais amplo a respeito da efetiva implementação de políticas públicas sociais, tal como foi previsto pelo constituinte quando traçou os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Uma outra análise da fundamentalidade dos direitos sociais leva em conta estudos desenvolvidos no âmbito da sociologia, ciência política, psicologia e antropologia, na tentativa de se estabelecer os padrões de satisfação das

¹⁶ Na doutrina nacional, notabilizou-se a posição de Ricardo Lobo Torres sobre o tema. Segundo o referido autor, não se pode confundir o *status positivus libertatis* com o *status positivus socialis*. Aquele demanda a atuação do Estado no tocante ao mínimo existencial e independe de considerações de justiça. Já o *status positivus socialis* é importante para o aperfeiçoamento do estado social de direito e compreende o fornecimento de serviço público inessencial e o pagamento de subvenções sociais. Não possui dimensão originariamente constitucional e sua abrangência depende da saúde financeira do Estado, isto é, haverá tanto mais prestações sociais quanto mais rico e menos suscetível a crises seja o ente público. Sua implantação e regulamentação, portanto, deve ficar a cargo da legislação ordinária e da política social e econômica governamental. Cf. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, pp. 29-49.

necessidades humanas. Avaliam-se vários critérios como sofrimento, dano, ausência de situação alternativa, a fim de se identificar um paradigma objetivo e universal das necessidades básicas passíveis de serem juridicamente exigíveis frente ao poder público. (ARANGO, R., 2006, p. 123).

Rabenhorst destaca que o dever prestacional do Estado quanto aos direitos sociais está centrado na obrigatoriedade de se atender necessidades humanas básicas relativamente à exigência de se ter uma vida, poder governar a própria vida, proteção contra tratamento cruel e degradante e do direito ao tratamento justo. Tais exigências não se encontram limitadas aos padrões mínimos, as quais sugerem um conteúdo ínfimo, devendo enquadrar-se no conceito de exigências básicas, no sentido de sua indispensabilidade para a concretização de uma vida decente e digna. (RABENHORST, E. R., 2007, pp. 68-82).

Há também a concepção de cunho sociojurídico, a qual situa os direitos sociais como decorrência do exercício da cidadania que, por sua vez, encontra-se mencionada no art. 1º, II, da CF/88, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

De fato, é o cidadão quem move a democracia, a partir do modelo deliberativo cooperativo. Logo, o caráter fundamental dos direitos sociais e o reconhecimento de sua eficácia não se limitariam à aferição de condições mínimas ou de patamares relacionados com o mínimo existencialista, mas de condições necessárias para a cooperação social. (VERONESE, A., p. 358).

Com efeito, a democracia aqui referida não se limita ao simples gesto do voto, devendo ser vista como a força motriz da própria Constituição. Nas palavras de Maliska, "as normas constitucionais expressam valores democráticos e necessitam possuir força normativa suficiente para derrogar toda e qualquer tentativa de abalo às instituições democráticas." (Ob. Cit. 2001, p.55).

A fundamentalidade dos direitos sociais a partir do exercício da cidadania é o modelo que melhor define o tema, pois permite equacionar a tensão entre democracia e os direitos fundamentais, aliando-se a autonomia privada de um projeto razoável de vida, com a autonomia pública decorrente do processo de formação da vontade coletiva.

A utilização desse referencial, portanto, proporciona que a Constituição seja aplicada com base em parâmetros adequados à realidade política, econômica e

social do país, já que, como adverte Konrad Hesse, a Lei Fundamental não traz uma regulamentação completa e perfeita da democracia, pois apenas estabelece seus traços fundamentais. Por conseguinte, o conteúdo da democracia é preenchido a partir de um processo político necessariamente livre, aberto, de acesso amplo e igualitário. (HESSE, K. 1998. pp. 117-120).

1.4. O direito à educação como um direito fundamental na CF/88:

O art. 205 da Constituição Federal estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, tendo por finalidade propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania, bem como a qualificação para o trabalho.

Quanto ao primeiro aspecto, isto é, no tocante ao direito de todos à educação, Anísio Teixeira explicita que "a educação, como função social, é uma decorrência da vida em comunidade e participa do nível e da qualidade da própria vida em comum." (1977, p. 1).

A definição acima remete à ideia de que o processo de aprendizagem não depende apenas de atributos exclusivamente individuais, possuindo estreito liame com o meio social de formação, sendo necessária, portanto, uma contribuição exterior para que o indivíduo seja hábil a adquirir conhecimentos. Nesse particular, o direito à educação envolve não apenas a formação, "mas uma condição formadora necessária ao próprio desenvolvimento natural". (MALISKA, M.A., ob cit, p. 157).

Logo, ao outorgar a todos o direito à educação, o normativo constitucional também se propõe a assegurar as condições adequadas ao desenvolvimento da atividade educacional.

Paralelamente ao direito à educação, situa-se a obrigação de educar, a qual é conferida ao Estado e à família, com a colaboração da sociedade. A família possui importante papel no processo educacional, sendo a responsável pela iniciação, incentivo e manutenção do menor na escola. A legislação infraconstitucional, nesse ponto, realça o papel dos pais na educação das crianças, como se observa no disposto nos arts. 22 e 129, V, do ECA e art. 6º da LDB, os quais estabelecem como inerentes ao pátrio poder a educação dos filhos, incluindo-

se o dever de matriculá-los na escola e de acompanhar a frequência e o desempenho escolar. O art. 246 do CP, por seu turno, tipifica o crime de abandono intelectual, caso os pais deixem, sem justa causa, de prover a instrução primária do filho em idade escolar.

Os deveres do poder público no plano educacional encontram-se arquetizados no art. 208 da Carta Maior, cumprindo-lhe garantir o ensino infantil em creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade; a educação básica obrigatória e gratuita a todos; a progressiva universalização do ensino médio gratuito, bem como proporcionar isonomia no acesso aos níveis mais elevados de ensino e o atendimento educacional adequado aos portadores de necessidades especiais.

O Ministro Carlos Ayres de Brito, no julgamento da ADI 3.330/DF, trouxe importante ponderação sobre o compartilhamento do dever de prestação do serviço educacional entre o Estado, a iniciativa privada e a família, como se observa no trecho a seguir transcrito (BRASIL, 2013):

Pois bem, da conexão de todos os dispositivos constitucionais até agora citados avulta a compreensão de que a educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. Mas uma política pública necessariamente imbricada com ações da sociedade civil, pois o fato é que também da Constituição figuram normas que: a) impõem às famílias deveres para com ela, educação (caput do art. 205); b) fazem do ensino uma atividade franqueada à iniciativa privada, desde que atendidas as condições de “cumprimento das normas gerais da educação nacional”, mais a “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público” (art. 209, coerentemente, aliás, com o princípio igualmente constitucional da “coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”); c) ainda admitem a prestação do ensino por “escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei”, mediante o preenchimento de requisitos também expressamente indicados (incisos I e II do art. 213).

Os §§ 1º e 2º do art. 208 da Constituição Federal explicitam que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, de modo que a ausência de oferta pelo Poder Público ou o seu oferecimento irregular acarreta a responsabilidade da autoridade competente.

A qualificação expressa da educação básica como direito subjetivo público, longe de exonerar o dever do Estado no cumprimento das demais obrigações na seara educacional, confere ao legitimado a imediata pretensão de

exigi-lo concretamente, por meio dos instrumentos judiciais previstos no ordenamento jurídico.

Para Clarice Seixas Duarte, além de servir como paradigma interpretativo sob a perspectiva da efetividade dos direitos sociais, a inclusão pelo legislador constituinte do ensino obrigatório e gratuito como direito subjetivo público serve para afastar interpretações minimalistas no sentido de que os direitos sociais encontram-se à margem do controle jurisdicional. (2004, pp. 113-118).

Nessa linha, o art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação conferiu a qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, a prerrogativa de acionar o poder público a fim de garantir o acesso à educação básica obrigatória, explicitando, ainda, que a ação judicial será gratuita.

O Constituinte estabeleceu no art. 23, V, que a promoção da educação é tarefa de competência comum entre os entes federativos, estando esse regime de colaboração desenhado no art. 211 da CF/88. Assim, outorgou-se aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil e no ensino fundamental; aos Estados e ao Distrito Federal a responsabilidade de garantir, prioritariamente, o ensino fundamental e médio; reservando-se para a União uma função redistributiva e supletiva, de modo a se garantir uma equalização de oportunidades educacionais e padrões mínimos de qualidade.

O termo "função redistributiva" foi inserido a partir da edição da EC nº 14/96, a qual instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - Fundef, atualmente substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, que foi criado pela EC nº 53/06 e regulamentado pela Lei 11.494/07 e pelo Decreto 6.253/07.

De acordo com o vernáculo, a expressão "redistribuir" significa distribuir novamente, remetendo a uma ideia de desconcentração, isto é, uma nova repartição entre os demais entes federados. Aliada à função redistributiva encontra-se a supletiva que, por sua vez, relaciona-se com a necessidade de suprir, crescer ou compensar a deficiência de algo.

Desse modo, a função redistributiva e supletiva da União confere ao ente público federal a obrigação de amparar e suprir financeiramente os demais entes federativos com o propósito de diminuir as desigualdades e distorções existentes no campo educacional, permitindo a equalização de oportunidades de ensino e a obtenção de padrões mínimos qualidade. (CRUZ, R. E., 2009, pp. 147-148).

Quanto ao financiamento da educação pública, a Constituição previu no art. 212 que a União aplicará no ensino, anualmente, o mínimo de 18% da receita resultante de impostos e os Estados, Distrito Federal e Municípios o percentual não inferior a 25% das referidas receitas, incluindo-se as provenientes de transferências, destacando-se, ainda, como fonte adicional de custeio a contribuição social do salário-educação.

O Texto Constitucional também fixou, desde logo, os princípios norteadores do ensino, dentre os quais, destaca-se a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, a gratuidade e a gestão democrática do ensino público, a valorização dos profissionais do ensino e a garantia de padrões de qualidade.

Carlos Roberto Jamil Cury e Luiz Antonio Miguel Ferreira exaltam os mecanismos normativos estabelecidos após a Constituição Federal de 1988, especialmente no tocante à universalização e obrigatoriedade do ensino fundamental, fazendo com que o sistema educacional passasse a conviver com uma maior diversidade sócio-cultural, e rompesse com um imaginário homogeneizante. Destacaram, além do avanço legislativo, o papel de um conjunto de instituições públicas com escopo de garantir o direito à educação, a exemplo do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública, Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar (2009, pp. 33-34).

Portanto, não basta que seja assegurado o acesso ao ensino. A Carta Política exige muito além disso, preocupando-se com a difusão plural do conhecimento, a participação popular na gestão da educação pública, a valorização do profissional do ensino e, principalmente, o oferecimento de uma educação de qualidade.

1.5. O direito à educação no plano infraconstitucional:

Não obstante o constituinte de 1988 tenha dedicado um vasto catálogo normativo para tutelar o direito à educação, a relevância que o tema representa para o Estado brasileiro não passou despercebida pelo legislador ordinário, tampouco no âmbito infralegal.

Além da Lei de Diretrizes e Bases - LDB (Lei 9.394/96), do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90), a normatização do serviço educacional encontra-se também prevista no Plano Nacional da Educação - PNE (Lei 13.005/14), bem como em diversas resoluções e atos normativos editados no plano regulamentar, não se olvidando da legislação local existente no âmbito dos demais entes federativos.

Com a EC nº 59/2009, o PNE deixou de ser uma disposição transitória constante da LDB para figurar como uma lei com previsão constitucional para ser editada com periodicidade de dez anos. Tem por finalidade estabelecer as diretrizes, metas e estratégias para a política educacional, vinculando os planos estaduais, distrital e municipais. A referida Emenda Constitucional ainda previu a obrigatoriedade do ensino para crianças e adolescentes de quatro a dezessete anos, bem como a instituição do Sistema Nacional da Educação.

O PNE é considerado como articulador do Sistema Nacional de Educação - SNE, sendo financiado por percentual do Produto Interno Bruto. Paradoxalmente, o SNE ainda não foi regulamentado, pois tramita da Câmara dos Deputados um projeto de Lei Complementar (PLP 413/2014), com o objetivo de fixar regras de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sobre a temática educacional, consoante disposto no art. 23, V e parágrafo único da CF/88.

Não há outra alternativa para um país de dimensões continentais e repleto de desigualdades regionais, a exemplo do Brasil, senão tratar o direito à educação sob a perspectiva nacional. Desse modo, faz-se imprescindível uma atuação concatenada entre os diversos entes federativos, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a fim de que adotem estratégias coordenadas para suprimir o déficit educacional que emperra o desenvolvimento da nação.

O Ministério da Educação criou, no ano de 2011, a Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino - SASE, cujo objetivo é implementar ações para a efetiva instituição do SNE e dialogar com os demais gestores locais para a adequação dos respectivos planos educacionais à proposta nacional, assim como para prestar auxílio técnico às demais unidades federativas na política de valorização dos profissionais da educação.

Também merece referência no âmbito institucional da política de ensino brasileira o Conselho Nacional de Educação - CNE, estando regulamentado pelos únicos dispositivos da antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 4.024/61) que não foram expressamente revogados pela atual LDB.

O CNE é composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, figurando dentre suas atribuições (art. 7º da Lei 4.024/61): a) subsidiar a elaboração e acompanhar a execução do Plano Nacional de Educação; b) manifestar-se sobre questões que abranjam mais de um nível ou modalidade de ensino; c) assessorar o Ministério da Educação e do Desporto no diagnóstico dos problemas e deliberar sobre medidas para aperfeiçoar os sistemas de ensino, especialmente no que diz respeito à integração dos seus diferentes níveis e modalidades; d) emitir parecer sobre assuntos da área educacional, por iniciativa de seus conselheiros ou quando solicitado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto; e) manter intercâmbio com os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal; f) analisar e emitir parecer sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional, no que diz respeito à integração entre os diferentes níveis e modalidade de ensino.

Os Conselheiros serão escolhidos pelo Presidente da República em número de 12 para cada Câmara, sendo que metade deles originários de listas formadas após consulta formulada a instituições, órgãos e pessoas que atuam da respectiva área de atuação das mencionadas Câmaras. Cada Conselheiro será escolhido para exercer um mandato de 4 anos, permitida uma única recondução para o período subsequente.

O Conselho Nacional de Educação pode servir como uma porta para a participação da sociedade no desenvolvimento da política educacional e aprimoramento da qualidade do ensino no Brasil.

1.6. Dados oficiais da educação no Brasil: um direito simbólico?

De acordo com a Avaliação Nacional de Alfabetização (2016), realizada pelo Ministério da Educação, apenas 13% dos alunos do terceiro ano do ensino fundamental, nas escolas públicas, tinham nível considerado ideal de alfabetização, sendo considerados aptos para reconhecer os tempos verbais e entender o sentido de um texto. Outros 22% conseguem apenas ler sílabas e formar palavras.

O referido exame objetiva aferir os níveis de alfabetização e letramento em Língua Portuguesa e Matemática dos estudantes que cumpriram o ciclo de alfabetização.

Os resultados da avaliação acima indicaram, ainda, uma elevada desigualdade no processo de alfabetização dos estudantes do ensino público entre as unidades federativas do país. Para se ter uma ideia, apenas 8% dos alunos conseguiram obter a nota desejável no teste de escrita. Na Bahia e no Maranhão, por seu turno, esse percentual não ultrapassou 2%. Já no Estado de Santa Catarina, obteve-se o melhor resultado, com 13% dos estudantes com desempenho adequado na aludida avaliação¹⁷.

No ensino médio, o cenário também não é animador. Segundo os números do Sistema de Avaliação da Educação Básica - SAEB, realizada em 2015, os resultados colocam os estudantes do ensino médio no nível 2 de 8, de acordo com escala do MEC, em português e no nível 2 de 10 em matemática. Esses dados indicam que os estudantes possuem grandes dificuldades na interpretação de textos, bem como na realização de operações matemáticas básicas, como soma, subtração, multiplicação e divisão¹⁸.

Como se observa, apesar de todo o arcabouço normativo destinado a assegurar o direito à educação, a realidade da política educacional brasileira demonstra que o incremento de direitos no ordenamento jurídico não é suficiente para a solução do problema, a qual se encontra no plano da concretização das situações hipoteticamente desenhadas pelo legislador.

¹⁷ Para informações completas sobre a ANA realizada em 2016, consultar: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=75181-resultados-ana-2016-pdf&category_slug=outubro-2017-pdf&Itemid=30192. Acesso em 6/11/217.

¹⁸ Esses dados encontram-se sistematizados no sítio eletrônico do Inep: http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/inep-apresenta-resultados-do-saeb-prova-brasil-2015/21206. Acesso em 6/11/217.

Do confronto entre a gama de direitos previstos no plano normativo e a realidade da política educacional brasileira calha a indagação sobre a caracterização de um direito simbólico à educação.

Para Marcelo Neves (2011), a expressão "simbólica" possui grande vagueza, daí porque precisa ser melhor qualificada para sua adequada compreensão. Quando se alude à legislação simbólica, quer-se expressar que a função manifesta do texto tem pouca importância em se comparando com a função latente. Significa, portanto, que há uma hipertrofia do sentido político-simbólico em detrimento do significado normativo-jurídico do dispositivo legal.

A legislação simbólica pode ser aplicada como instrumento de confirmação de um grupo social em detrimento de outro, ou ainda para justificar determinada situação de comoção nacional, funcionando como álibi.

Enquanto a legislação simbólica possui efeitos mais específicos, atingindo determinado aspecto do sistema jurídico, a constitucionalização simbólica ostenta uma amplitude muito maior, irradiando-se por todo o sistema jurídico, já que se trata de norma fundante do ordenamento jurídico estatal.

A constitucionalização álibi não pondera sobre a existência de instituições sociais capazes de conferir concretude normativa ao texto. A norma apresenta-se de tal forma pretensiosa que resulta, nas palavras do Prof. Marcelo Neves, numa concretização jurídica desconstitucionalizante, pois se perdem os contornos do texto constitucional. A constitucionalização simbólica finda por acarretar uma corrupção sistêmica, interferindo no comportamento social.

A corrupção sistêmica, por se turno, está atrelada a políticas de exclusão, modificando-se as relações de dependência e acesso a determinado direito e gerando situações de sobrecidadania e subcidadania.

Para se transformar essa realidade de exclusão e corrupção sistêmica, tem-se como alternativa a superação da cultura dominante da ilegalidade em nome de uma nova cultura do *habitus* da legalidade e da concretização dos direitos constitucionais. É nesse caminho que a judicialização ganha força e importância, como alternativa à dinâmica da mobilização social por direitos.

2. JUDICIALIZAÇÃO EM PROL DO DIREITO À EDUCAÇÃO:

No capítulo anterior, descreveu-se o desenvolvimento dos processos sociais que conduziram ao acolhimento, no plano normativo, dos direitos de cunho social e do dever jurídico atribuído aos entes públicos para assegurá-los, especialmente no tocante à tutela do direito à educação.

A partir do presente, buscar-se-á debater a concretização desse direito, conferindo-se relevo ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário. Será realizada, inicialmente, uma análise sobre as conexões entre o direito, política e decisão judicial para, em seguida, trazer-se apontamentos sobre a função institucional do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e sobre o fenômeno da judicialização da política.

Os objetivos a serem alcançados, num primeiro momento, dizem com possíveis respostas às críticas que reduzem o conceito de direito a argumentos despidos de força intrínseca, por meio dos quais a norma jurídica representa exclusivamente os interesses políticos e econômicos dominantes.

Após o exame do conceito de judicialização da política e das críticas que lhe são vertidas, principalmente no tocante a amplitude dessa conceituação, ingressar-se-á num estudo mais específico sobre as ações judiciais voltadas à prestação da tutela educacional.

2.1. Política, direito e decisão:

A relação entre direito e política encontra esteio no processo histórico por meio do qual a validade da norma jurídica estava ancorada em valores transcendentais e tradicionais para o momento em que essa validade passou a ter amparo na legislação humana consciente e implementada por força da decisão.

Nas sociedades antigas, a concepção do direito era preexistente, lastreada na tradição imemorial e na inspiração divina. Nesse cenário, o direito não era objeto de decisão, mas de conhecimento, sendo anteposto ao domínio político. Contudo, ao se conceber o direito como invariavelmente válido e indisponível

politicamente, observou-se uma série de dificuldades na adaptação entre a norma jurídica e as modificações sociais, acarretando problemas de legitimação.

A partir do momento em que as verdades religiosas passaram a ser questionadas, essa base de fundamentação imutável restou comprometida, sendo necessário o estabelecimento de uma nova ordem, de natureza secular, fortalecendo-se a atividade legislativa, a qual se atribuiu, num primeiro plano, ao monarca e, posteriormente, ao Parlamento. Com esse novo paradigma, deu-se uma resposta à guerra civil confessional, permitindo-se um maior ajustamento entre a ordem social e a norma jurídica, conferindo-se ao direito a oportunidade de ser não apenas declarado ou reconhecido, mas efetivamente criado pelo poder público.

O surgimento do Estado e a positivação do direito, portanto, modificaram as relações entre direito e política, pois o fenômeno jurídico deixou de ser ancorado no sobrenatural para estabelecer-se no plano factível e da racionalidade, sendo inevitável, por sua vez, a existência de influxos políticos no processo de elaboração da norma. (Grimm, D., 2006, pp. 4-8).

As tensões entre direito e política, sem que haja consenso sobre qual processo é determinante em relação a outro, trouxeram o problema da justiça e o debate sobre a existência de uma normatividade imperativa e intrínseca do texto jurídico. O direito estabelecido politicamente não traz a garantia da exatidão em si, o que deu ensejo a tentativas de atrelar a atividade legislativa a princípios superiores.

Nesse aspecto, surgiram abordagens que defendiam a limitação da legislação positivada ao direito natural e a valores suprapositivos. Destaca-se o ponto de vista de Kant, para quem a ordem jurídica vigente encontrava-se submetida a uma regra universalmente válida, obrigatória e imutável fundada na razão pura, a qual estaria despida de qualquer preconceito e não haveria contaminação por aspectos temporais, nem culturais. Segundo essa perspectiva, "o direito é o conjunto das condições sobre as quais o arbítrio de um se pode conciliar com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade." (KANT, I., 2003, p. 76).

A concepção kantiana imprimiu uma compreensão racional do direito, mas a universalidade a que se fez referência possui uma dimensão subjetiva, inexistindo preocupação em verificá-la empiricamente. O pensamento de Kant, ainda que guarde características ligadas ao jusnaturalismo, deu suporte, mais adiante, a teorizações positivistas. A esse respeito, é importante mencionar dois teóricos que

representam as tradições jurídicas romano-germânica e anglo-americana, respectivamente: Hans Kelsen e Hebert L. A. Hart.

A teoria de kelsen (1998, pp. 135-188) traduz a primeira etapa do modelo axiomático-dedutivo, por meio do qual se busca alcançar o mais efetivo grau de objetividade e certeza da norma. O autor tem a preocupação de conferir cientificidade ao direito, ao considerá-lo como de rigor estritamente lógico, estando desprovido de conteúdo político, social, biológico e teleológico. Há a distinção, portanto, entre o ser (relacionado aos fatos) com o dever-ser (direito), de modo que uma norma apenas pode derivar-se de outra norma.

Na teoria pura do direito, a decisão judicial extrai a norma aplicável ao caso concreto, a partir do exame de um sistema normativo escalonado e hierarquizado. A relação entre as normas opera-se no plano da validade e não do conteúdo. No direito moderno, segundo o autor (Ob. Cit., pp. 221-224), há a prevalência do princípio dinâmico, isto é, do processo formal de criação da norma, em detrimento do princípio estático, relacionado com o seu conteúdo. A tarefa do julgador não experimenta, em sua essência, um juízo de valores externos, mas de declaração do próprio direito. A Constituição, por seu turno, retira seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental.¹⁹

Hart é sucessor da jurisprudência analítica e, como tal, propôs uma reconstrução de um dos principais autores dessa corrente, John Austin, para quem a distinção entre o direito positivo, a moralidade e as leis divinas estaria no fato de que aquele seria uma espécie do gênero comando, caracterizado por traduzir a decisão política do soberano, sendo imposto por uma relação de submissão assumida pelos seus súditos, cujo descumprimento acarretaria a aplicação de uma sanção. Já as leis divinas são observadas por uma relação de respeito ou convicção íntima, enquanto que os desvios praticados frente aos comandos morais são passíveis de repreensões sociais e não de sanções propriamente ditas e aplicadas pelo Estado.

Na visão de Hart (2001, pp. 23-87), a teoria formulada por J. Austin, ao apenas consagrar o aspecto imperativista da norma, padece de um indevido

¹⁹ A teoria de Kelsen passou por reformulações, mormente no tocante ao reconhecimento de que a validade da norma condiciona-se a um critério mínimo de eficácia da ordem jurídica como um todo. Se o sistema jurídico como um todo não é observado, não é possível exigir-se o cumprimento de uma norma por parte dos indivíduos, ainda que a mesma tenha sido criada dentro dos parâmetros de validade. Destaca-se, no particular, a seguinte obra, na qual o autor traz o debate de sua teoria à luz do direito anglo-americano: KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

reducionismo, circunscrevendo-se ao Estado absolutista. Isso porque, modernamente, as leis são aplicáveis não só aos destinatários, mas também aos respectivos emissores. Ademais, o direito não se limita a editar regras impositivas de condutas, também existindo normas que atribuem o poder de julgar e de criar novas regras. Do mesmo modo, a definição austiniana não explica a continuidade do direito fora do contexto do soberano ou em sistemas políticos cujo poder é exercido de maneira mais difusa.

Na linha da tese desenvolvida por Hart (Ob. Cit, pp. 101-103), o direito compõe-se de regras de conduta (primárias) e de regras secundárias. Essas últimas tratariam dos mecanismos de identificação, alteração e aplicação daquelas, atribuindo não exatamente obrigações, mas poderes. Dentre as regras secundárias, há grande destaque para a regra de conhecimento, a qual se destina à identificação do direito válido, sendo os tribunais e seus auxiliares os agentes competentes para definir as regras primárias de obrigação.

Sob a perspectiva interna, a regra de conhecimento representa um padrão aceito como correto para a identificação do direito válido, a partir de um juízo crítico e autocrítico. Ao se estabelecer a premissa de adesão valorativa ao direito vigente, a teoria de Hart possui conexões com o direito natural, porquanto inexistente uma separação absoluta entre direito e moral. Na identificação do direito válido, as autoridades formulam um juízo axiológico, sendo inevitável a presença de padrões morais e valores substantivos para esse mister.

No âmbito externo, a regra de conhecimento apresenta-se como a constatação fática de validade da norma, traduzindo-se como um critério último de validade das normas jurídicas. Assemelha-se, nesse particular, à norma fundamental kelseniana, mas dela difere por não se caracterizar como uma validade pressuposta, mas testificada empiricamente a partir da prática social.

Hart também faz referência a situações em que não é possível aferir-se, imediatamente, o direito aplicável, por envolver conceitos indeferminados ou de textura aberta. Nesses casos, exsurge a atividade criativa do juiz, não de modo inteiramente livre (não sendo permitido fazer reformas de larga escala, nem criar códigos novos), mas observando-se o regramento posto e explicitando, nas razões de decidir, os valores e crenças a serem respaldados.

Os conjuntos teóricos trazidos por Kelsen e Hart, apesar de possuírem pontos de vista distintos sobre o fenômeno jurídico, estão em convergência no tocante à consagração de formulações abstratas para o embasamento do direito. (VERONESE, 2011, p. 190).

A postura pós-positivista trouxe elementos mitigadores das arestas entre a corrente jusnaturalista e o positivismo jurídico. Assim, embora o direito não seja um dado transcendental, como o é para os jusnaturalistas, ele também é composto por fundamentos que não se encontram estritamente no plano normativo, pois é construído a partir de uma atividade argumentativa. Trata-se, portanto, de um conceito interpretativo, com a finalidade de solucionar o problema da concretização do direito e não apenas de cunho abstrato-sistemático. (MÜLLER, F., 2008, p. 11).

Dentre os expoentes da doutrina pós-positivista, figura Robert Alexy (Ob. Cit., p. 91), tendo sua teoria atribuído força normativa aos princípios, permitindo-se à autoridade julgadora promover o sopesamento entre as normas principiológicas, a fim de conferir concretude aos valores contidos da Carta Constitucional e consagrar os direitos nela previstos. No tocante à decisão judicial, Alexy (2008, p. 37) propõe técnica mais aprimorada do que o imaginário juiz Hércules referido por Dworkin e seus poderes sobrenaturais, ao suscitar um mecanismo de controle social sobre a argumentação jurídica, com a participação de toda a comunidade de intérpretes da Constituição.

Para as teorias contemporâneas do direito, o contexto interpretativo é um marco importante do processo decisório. Noel Strutchiner, em tese de doutorado sobre o tema, afirmou que "o lugar da interpretação no direito é um corolário da importância conferida às razões de autoridade nos argumentos jurídicos." (2005, 177). Especialmente nos casos em que as razões de autoridade, em tese aplicáveis, encontram-se contraditórias, ou nas situações em que haja uma lacuna normativa, sobreleva-se a função do magistrado comprometido com o seu papel institucional de decidir, no sentido de oferecer a solução adequada ao caso concreto. Para tal desiderato, o agente decisório, certamente, socorrer-se-á de elementos extra-jurídicos, onde ganha força a teoria da argumentação, devendo a motivação do ato judicial estabelecer-se com base em parâmetros de racionalidade, elegendo-se um modelo que esteja em harmonia com o contexto social.

Como bem observa Veronese (Ob. Cit., p. 191), a teoria pós-positivista, apesar de incluir valores sociais, não empreende estudo sobre o sensível e o observável, daí porque faz-se necessário, mais adiante, agregar referências que considerem as práticas sociais como fonte primária do direito, permitindo-se a interseção entre os estudos jurídicos e as ciências sociais, trazendo ao debate um substrato teórico externo a ser integrado com a teoria do direito.

Selznick e Nonet (2010, pp.100-125) constataram um processo evolutivo nas relações entre direito, política e a função jurisdicional.

De um direito repressivo e autoritário, no qual a aplicação da norma confundia-se com a vontade política da autoridade, passou-se para um modelo de direito autônomo, com reduzida discricionariedade das instituições judiciárias e uma grande fidelização ao conteúdo literal da lei. Esse sistema, de cunho estritamente procedimentalista, impingiu o fechamento das instâncias decisórias aos acontecimentos sociais, daí porque fez-se necessária uma nova abordagem, em que houvesse uma ponderação entre integridade e abertura, a fim de se conferir uma resposta jurisdicional mais coerente com os anseios da sociedade.

Nesse contexto, propôs-se a adoção do modelo de direito responsivo, fundado na ideia de aprendizagem e de adaptação responsável. Segundo os autores, há necessidade, portanto, de serem considerados os aspectos consequencialistas das decisões judiciais, isto é, os efeitos que o decisório produz na sociedade, submetendo o direito a processos de autocorreção.

É a partir das ideias de aprendizagem e adaptação que o direito reconstrói-se e se legitima perante a sociedade. A preocupação com as consequências da decisão judicial, todavia, não é o único critério a ser utilizado pelo julgador, pois reduziria a atividade judicante a um mero juízo político. A interpretação da norma jurídica não pode desconectar-se, por completo, do sistema legal em que está inserida, de modo que a adaptabilidade do direito seria obtida por meio dessa interação cíclica entre os sistemas normativo, político e social. O modelo responsivo, ao conferir particular importância aos resultados das decisões, deve se valer de um mecanismo de fechamento operacional e de abertura cognitiva, fortalecendo-se a retórica democrática por meio da pluralidade de fontes e dos meios de participação popular.

Nesse ponto, a teoria de Selznick e Nonet relaciona-se não apenas com as regras de reconhecimento secundárias de Hart, mas também com a formulação sistêmica de Luhman (1995, pp. 12-14), a qual ganhou novos contornos com a noção de hiperciclo de Teubner²⁰.

Até aqui, portanto, realizou-se uma breve consideração sobre a abordagem conferida pela teoria do direito ao fenômeno político-jurídico e seus reflexos na atividade decisória. Em seguida, as atenções serão voltadas ao incremento da atividade judicial na aplicação da norma jurídica nos tempos atuais, aprofundando-se os estudos sobre a judicialização da política. Mais à frente, serão explanadas as teorias de Charles Epp e Michell McCann para demonstrar as interfaces entre as reconfigurações sociais e políticas e a faceta interventiva do Poder Judiciário, bem como os impactos da jurisprudência dos tribunais superiores pátrios na temática educacional.

2.2. A função institucional do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito:

Tem-se observado, há algumas décadas, uma modificação no papel institucional usualmente atribuído ao Poder Judiciário e, por consequência, dos demais atores que atuam em juízo, a exemplo do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos advogados públicos e privados, especialmente no tocante à concretização de direitos sociais.

De uma postura puramente declaratória da vontade da lei (ZAGREBELSKY, 1992, p. 38), donde se difundiu a expressão "*juiz bouche de la loi*", a jurisprudência passou a proferir decisórios mais voltados a modificar a realidade fática, sob o discurso de se efetivar pretensões relacionadas com a implementação de políticas públicas e de direitos assegurados constitucionalmente.

²⁰ Segundo Teubner (1989, pp. 58-72), a autonomia autopoietica do sistema jurídico é obtida quando seus componentes (ações, normas, processos, identidade), ciclicamente constituídos, articulam-se, formando um hiperciclo. A compreensão da autonomia do sistema jurídico funda-se numa relação tripartite de auto-observação, autoconstituição e auto-reprodução. O autor propõe a superação dos modelos que buscavam examinar o fenômeno jurídico com base numa relação de dependência ou independência entre o direito e os sistemas econômicos e políticos. Defende, portanto, que a autonomia jurídica reside no caráter circular da produção do direito, adotando a ideia de racionalidade reflexiva, capaz de sopesar e confrontar os limites internos da racionalidade formal do direito com as exigências estruturais e funcionais das sociedades pós-modernas.

No Brasil, alguns precedentes da Suprema Corte são paradigmáticos dessa nova realidade.

No julgamento do Mandado de Injunção nº 670/ES, o STF modificou o tratamento conferido às omissões legislativas, fixando efeitos concretos ao referido remédio constitucional. Na ocasião, diante da injustificável mora do legislador ao regulamentar o art. 37, VII, da CF/88, o Pretório Excelso entendeu por necessário assegurar, desde logo, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, adotando, como parâmetros, as normas aplicáveis aos demais empregados da iniciativa privada.

Outro julgado igualmente revelador dessa tendência proativa do Judiciário é o acórdão do STF proferido na ADPF nº 54/DF, por meio do qual se reconheceu o direito de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal, a despeito de a conduta enquadrar-se no tipo penal previsto nos 124, 126 e 128, I e II, do CP.

Há casos, inclusive, em que a matéria submetida ao exame da Corte Constitucional trouxe consequências sobre o próprio processo eleitoral, como as decisões referentes à fidelidade partidária. No julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, o STF concluiu que o mandato do parlamentar eleito pelo sistema proporcional pertence ao partido político. Logo, a desfiliação partidária imotivada autoriza a perda do mandato. Esse entendimento, segundo a Corte, não se aplica aos cargos majoritários, nos termos definidos na ADI 5081.

A interação entre o Judiciário e o sistema político, por seu turno, não se restringe às ações judiciais, sendo possível observá-la no bojo de pronunciamentos não-jurisdicionais, a exemplo de discursos proferidos por autoridades judiciárias em seminários e solenidades de posse, entrevistas concedidas aos meios de comunicação, manifestações realizadas por associações de magistrados. Trata-se, portanto, de um processo complexo do qual participam tribunais, governo, partidos políticos, associações, imprensa e a opinião pública.

Para Marcus Faro de Castro (1997, pp. 147-156), a judicialização da política - e a conseqüente expansão do poder das cortes judiciais - é um fenômeno de comportamento institucional observado como desdobramento das democracias contemporâneas, que resultou do processo de desenvolvimento histórico e de transformações operadas no plano conceitual e normativo.

Segundo o referido autor, vários fatores contribuíram para esse novo modelo, dentre os quais destaca a reação democrática às práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial, acarretando a inserção de uma ampla carta de direitos nos Textos Constitucionais; as declarações internacionais de proteção dos direitos humanos; o resgate intelectual de teorias de direitos liberais presentes em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin, além do declínio da eficácia da política macroeconômica do final dos anos 60.

Com efeito, superou-se a ideia de que o Estado de Direito deveria reduzir-se ao Estado que age nos termos expressos na legislação, epistemologicamente ligado ao Positivismo Jurídico. Essa nova concepção do Estado busca aproximá-lo da sociedade, a partir de preocupações relacionadas com a proteção do indivíduo e de sua personalidade, passando-se de ideais meramente positivistas para se compreender o Direito a partir de experiências valorativas.

De uma perspectiva do fenômeno jurídico como dado transcendental, como o é para os jusnaturalistas, para considerá-lo como posto pela razão, nos termos da proposta positivista, surgiram teorizações pós-positivistas que explicam o direito sob o aspecto principiológico e de interpretação aberta, dando margem à atividade criativa do magistrado. (ARAÚJO, L. H. D., 2017, pp. 4-26).

Corporifica-se, portanto, o Estado Constitucional, conferindo uma aparente unidade ao ordenamento, em resposta à pulverização do Direito Legislativo e à heterogeneidade dos valores e interesses expressos nas leis. Nesse cenário, sobleva-se a importância da atividade judicante, a fim de conformar todo esse emaranhado normativo em favor de uma instância mais alta, a Constituição, de tal modo a satisfazer as pretensões que são deduzidas em juízo.²¹

Gisele Cittadino (2002, p. 135) salienta que, embora nos países da *common law*, o protagonismo do Judiciário seja facilitado pelo processo de criação jurisprudencial do direito, nos países que adotam o sistema continental, o textos

²¹ A evolução do constitucionalismo americano deu-se de maneira diversa do ocorrido no ambiente europeu, o que impactou, evidentemente, no papel atribuído ao Judiciário. Nos Estados Unidos, desde a Constituição de 1787, cumpria ao juiz, ao aplicar o direito do caso concreto, a tarefa de garantir os princípios constitucionais e os direitos fundamentais frente ao poder político e ao legislador, atribuição que se desenvolveu e foi aprimorada ao longo do tempo. Em 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, empreendeu-se o modelo de controle de constitucionalidade difuso. Já as constituições europeias consagraram, inicialmente, um sistema jurídico centrado na lei e na função do parlamento. O fortalecimento da jurisdição constitucional ocorreu já no século XX, com a previsão do controle concentrado de constitucionalidade e a interpretação do ordenamento jurídico de acordo com os termos constitucionais.

constitucionais e os princípios jurídicos abrem espaço para interpretações construtivistas, destacadamente no âmbito do controle de constitucionalidade.

A ampliação do campo de atuação do poder judicial, por seu turno, surge como uma alternativa à democracia representativa *rosseauniana*, superando-se a ideia de uma soberania do tipo monista e unitária para se construir um modelo de democracia deliberativa, estabelecendo-se novas formas de participação e representatividade do cidadão nas decisões políticas e de controle da atividade dos agentes públicos, a partir de instâncias contramajoritárias que atuem como mecanismos de dispersão do poder.

Roberto Basilone Leite, ao examinar a obra *La démocratie inachevée* do jusfilósofo Rosanvallon, escreve que o autor francês defende o modelo de constituição proposto por Condorcet como o mais adequado para o funcionamento das sociedades contemporâneas. De acordo com essa proposta, a participação democrática do cidadão dá-se não apenas por meio do voto, mas com apoio no conceito de soberania complexa, aliando-se mecanismos de participação popular direta e semidireta. Assim, ao lado da representação política, relacionada com a prerrogativa conferida aos cidadãos de escolherem seus representantes na via eleitoral, existe a representação funcional que, por consiguiente, concede-lhes uma cidadania social para interferir no processo de criação legislativa e na aplicação das leis. Nesse contexto, o ativismo judicial surge como "uma resposta positiva dos juízes ao processo de pluralização dos modos de expressão da vontade popular e de exercício pelo cidadão de seu direito de participação política". (2014, pp. 186-187).

O Judiciário, por sua vez, é provocado para atuar mormente nos casos em que o Legislativo e o Executivo apresentam-se ineficientes para solucionar o problema que lhe é posto, assim como para tutelar interesses de grupos e categorias que não estão adequadamente assegurados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Marcus Faro Castro alerta para o fato de que essa aproximação entre Direito e Política torna mais difícil a distinção entre o que seria efetivamente um direito ou um interesse político, favorecendo, muitas vezes, a uma politização da justiça, a qual decorre, inclusive, do próprio processo de composição dos tribunais, o que não é peculiaridade brasileira.

Na França, por exemplo, a Corte Constitucional é composta de nove integrantes, sendo cada terço escolhido, sucessivamente, pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado. Na Alemanha, a composição da Corte é realizada pelo Parlamento (*Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). Nos Estados Unidos, os membros da Suprema Corte são escolhidos pelo Presidente da República, caracterizando-se também por ser um processo altamente politizado, prestigiando-se interesses, ora do partido republicano, ora do partido democrata. (ob. cit. p. 147-156).

No tocante à tênue linha que divide a atuação de quem exerce a função típica de elaborar políticas públicas e o órgão de quem se demanda o respectivo controle jurisdicional, são esclarecedoras as observações de Rodrigo Albuquerque de Victor, a respeito da necessidade de se segregar a noção de "fazer política" da ideia de "controlar políticas". Nessa última, por seu turno, compreende-se o controle de atos administrativos e de atos de governo, estando a atividade judicial corriqueiramente adstrita à função de controle, mormente quando se tutela a concretização de direitos públicos subjetivos. O referido autor destaca, ainda, que é inegável reconhecer que a ingerência do Judiciário traz repercussões para a elaboração dos programas governamentais, sendo tais implicações, por sua vez, inerentes à sistemática dos freios e contrapesos contemplada no princípio da separação entre os poderes. (2011, pp. 35-37).

Realizadas essas considerações gerais, passa-se, em seguida, ao estudo mais particularizado da judicialização da política, contextualizando-a à realidade brasileira.

2.3. Aspectos conceituais da judicialização da política:

As expressões ativismo judicial e judicialização da política tornaram-se conhecidas a partir dos estudos de Tate e Vallinder que, no ano de 1995, foram consolidados no livro *The global expansion of judicial power*. (1995, pp. 1-33).

A judicialização da política, segundo os referidos autores, significa tanto o processo por meio do qual as autoridades judiciárias buscam interferir na produção de políticas públicas, anteriormente reservadas à atuação de outros

órgãos governamentais, como a absorção de mecanismos característicos das Cortes judiciais para a tomada de decisões por instituições não judiciárias, a exemplo dos tribunais administrativos e das comissões parlamentares de inquérito. (Ob. Cit., p. 13).

Quanto à primeira vertente mencionada acima, tem-se um ambiente institucional propício à judicialização dos setores da vida política, social e econômica, ampliando-se a esfera de atuação do Poder Judiciário. Retrata, portanto, uma tendência de se transferir a solução das questões político-sociais dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, baseado na constitucionalização de direitos e nos mecanismos de *checks and balances*, sendo o juiz obrigado a decidir substantivamente sobre matérias que, tradicionalmente, não eram objeto de pronunciamento judicial.

O segundo horizonte dessa conceituação aponta para uma influência procedimentalista dos ritos judiciais no processo deliberativo levado a efeito por outras esferas decisórias. Significa uma expansão simbólica da ritualística judiciária para os campos da vida política e social. Na precisa observação de Veronese, a formação de práticas quase-judiciárias em espaços estranhos ao Poder Judiciário "contribui para a erosão do formalismo lógico, porque obriga a adaptações parciais de campos do mundo jurídico." A seguir, o referido autor arremata: "esse fracionamento procedimental pode gerar diversas trilhas rituais paralelas para matérias assemelhadas, o que significa materialização do direito." (Ob. Cit., p. 199).

Sob esse ponto de vista, a utilização da ritualística judicial contribui para a implementação de mecanismos de legitimação das decisões não jurisdicionais, antevendo-se a uma possível revisão do tema em juízo, assim como favorece ao intercâmbio do conteúdo político-social para a esfera jurídica.

Já o ativismo judicial consiste numa tomada de posição por parte do juiz, no sentido de expandir o campo da decisão judicial para interferir em uma política pública, utilizando-se da prerrogativa que lhe foi atribuída por meio do processo judicial para reproduzir os valores políticos do julgador. Trata-se, portanto, de uma predisposição do magistrado em atuar de maneira politicamente ativa.

Sob esse viés, Tate e Vallinder classificaram os juízes em ativistas, ou seja, aqueles predispostos a ampliar a função judicante, e contidos, isto é, os que

seriam contrários a esse modo de agir, sendo menos suscetíveis a utilizar a decisão judicial como forma de interferir no ambiente político. (Ob. Cit., pp. 34-36).

Enquanto no ativismo judicial, a postura mais ou menos atuante na política parte de uma decisão do próprio magistrado, a judicialização da política deve ser compreendida como um fenômeno mais amplo. A expansão da competência dos órgãos judiciais, nesse particular, resulta de modificações ocorridas tanto no âmbito normativo, por meio da alteração do texto constitucional ou legal, como no plano fático, isto é, por meio de uma nova perspectiva da sociedade a respeito do papel das instituições, sendo o Poder Judiciário provocado a decidir sobre matérias anteriormente restritas à legislatura e aos gabinetes executivos. A judicialização, portanto, surge como uma alternativa não necessariamente controlada por processos majoritários à implementação de demandas políticas e sociais.

Ainda que a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política esteja presente na obra de Tate e Vallinder, os mencionados autores entendem que o ativismo judicial é *conditio sine qua non* para a judicialização da política. Logo, a propensão do magistrado em intervir no campo político e a existência de consenso ou dissenso entre as orientações ideológicas dos juízes e das instituições majoritárias seriam fatores determinantes para a caracterização ou não desse processo.

Luis Roberto Barroso explicita que as origens do ativismo judicial encontram-se na jurisprudência norte-americana, a qual, num primeiro momento, apresentou-se com uma postura mais conservadora, conferindo amparo jurídico para a segregação racial (*Dread Scott x Stanford*, 1857), para invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937) e no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte, no tocante ao intervencionismo estatal (*West Coast x Parrish*, 1937).

A partir da década de 50, contudo, a postura proativa do Judiciário dos EUA foi bastante progressiva na concretização de direitos fundamentais, a exemplo das questões raciais (*Brown x Board Education*, 1954), dos direitos das mulheres (*Richardson x Frontiero*, 1973), privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973). Segundo o referido autor, a principal diferença metodológica entre o ativismo judicial e a postura que denomina de auto-contenção judicial consiste em que aquela procura extrair o máximo das potencialidades da norma constitucional, sem contudo, transbordar para o campo da

criação livre do Direito, enquanto que essa última "restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas." (2008, p. 4).

Ao elucidar os demais fatores que ensejam a judicialização da política, Tate e Vallinder indicam influxos tanto institucionais, como culturais, como se verifica a seguir: a) expansão democrática; b) separação dos poderes; política em prol de direitos; c) uso dos tribunais por grupos de interesses; d) usos dos tribunais por oposições políticas; e) instituições políticas ineficazes para a definição da vontade da maioria; f) percepção negativa da sociedade a respeito das instituições responsáveis pela implementação de políticas públicas; g) delegação de responsabilidade por parte das instituições para a definição da vontade da maioria.

A conceituação proposta por Tate e Vallinder é alvo de críticas, principalmente, no tocante à sua abrangência e pela impropriedade, para fins de uma abordagem analítica do tema, de se incluírem conjuntamente nessa formulação teórica elementos institucionais e culturais, abordando, sob o mesmo prisma conceitual, a descrição de fenômenos diversos.

Maciel e Koerner (2002, p. 113-133) explicitam que a judicialização da política, na teoria de Tate e Vallinder, poderia representar várias facetas da relação existente entre as instituições políticas e o Judiciário, dentre as quais: a) a modificação das regras do jogo político pelo ator judicial (*polity*); b) a interferência do Judiciário na formulação de políticas públicas (*policies*); c) a caracterização do Judiciário como um ator político (*politics*); d) o uso político do Judiciário, o qual se configura pela utilização dos tribunais por grupos de interesses para o avanço das respectivas agendas políticas.

Sustentam, dessa feita, a inconveniência de se discutir, no Brasil, as imbricações entre política e Judiciário com base no conceito de judicialização da política. Defendem a necessidade de serem realizadas pesquisas empíricas a partir de elementos mais específicos, seja no plano macro-institucional, com o exame do papel das instituições judiciárias nas transformações do Estado brasileiro, seja no plano social, com base numa perspectiva construtivista, investigando-se as formas de normatividade social elaboradas por atores coletivos.

Paulo Joaquim da Silva Rodrigues, em trabalho sobre os 20 (vinte) anos da obra *The Global Expansion of Judicial Power* (2015, pp.1-14), aponta para uma descontinuidade entre as produções teóricas brasileiras e o modelo proposto

por Tate e Vallinder, ainda que se tenha mantido a expressão judicialização da política, consagrada pelos referidos autores.

Werneck Vianna *et al.* (1999, p. 51), em primeiro ensaio sobre o tema judicialização e política, realizaram estudos à luz do processo de redemocratização brasileira e da Carta Constitucional de 1988. Os autores examinaram o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade pelo STF entre os anos de 1988 e 1998 e constataram que a maioria das demandas tratavam da temática referente à administração pública. Em seguida, concluíram que o próprio Estado utiliza-se da máquina pública por meio de uma relação autofágica.

Isto é, o Estado elabora as normas, ele mesmo as contesta em juízo e decide os conflitos existentes, implicando gastos de tempo e recursos, o que caracteriza o uso da máquina por ela própria. A partir de um paralelo com o direito norte-americano, os autores verificaram que, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos é constantemente freada no tocante aos limites de intervenção nos negócios internos do país, o Judiciário brasileiro, em sentido oposto, é cada vez mais chamado a proferir a última palavra no âmbito da administração pública (Ob. Cit. p. 66).

Werneck Vianna *et al.* propuseram um modelo a partir do qual o direito poderia ser utilizado para capturar as demandas sociais e, por meio da aplicação dos princípios constitucionais, sedimentá-las com a implementação de políticas públicas.

Em segundo trabalho sobre o tema, Werneck Vianna e Burgos (2002, p. 348) referem-se à judicialização da política com o termo "Revolução Processual do Direito", e concluem que, diferentemente do ativismo judicial indicado na obra de Tate e Vallinder, o Judiciário brasileiro é reativo. É interessante perceber que, no caso do Brasil, o Poder Judiciário é demandado não apenas para garantir o direito das minorias, numa resposta de cunho contramajoritário, mas principalmente pelos demais atores do ambiente político-institucional, tendo os poderes Executivo e Legislativo desempenhado um importante papel de trazer o debate político à seara judicial.

Os referidos autores, portanto, valem-se do conceito de americanismo proposto por Antônio Gramsci, contextualizando-o como um modelo positivo de revolução passiva, a fim de proporcionar um processo de democratização por meio

do direito, isto é, a eticidade nascida da fábrica moderna trilharia um processo de autocomposição do social, oportunizando-se uma "contínua radicalização da democracia pela procedimentalização da produção do direito e pela procedimentalização de sua aplicação." (WERNECK VIANNA, L., 2005). O Judiciário, como um palco das disputas políticas, beberia das reivindicações sociais e suas decisões refletiriam no processo de tomada de decisões pelas demais instituições.

A ideia a ser empregada no presente trabalho comportará uma análise da judicialização da política com a finalidade de descrever um processo social de reivindicação de direitos em curso, por meio do qual se observa uma mobilização dos atores sociais, das normas jurídicas e dos tribunais para a fixação de uma agenda na esfera educacional.

2.4. Mobilização do direito e a materização das demandas sociais:

A proposta de se examinar a judicialização da política sob o contexto das lutas pela expansão de direitos tem como referência inicial a obra de Charles R. Epp (1998). O autor empreendeu um estudo comparativo de casos nos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Índia para concluir que o processo de expansão judicial é conduzido pelos interesses e não pelos conceitos abstratos.

De acordo com Epp, são as demandas conduzidas pelos movimentos sociais de base que provocam o Judiciário a proferir decisões paradigmáticas, ensejando, por conseguinte, uma releitura das cartas de direitos para materizar as pretensões deduzidas em juízo.

A revolução de direitos, por seu turno, perpassa pela expansão da doutrina jurídica, fustigada pelos movimentos sociais e desencadeia-se nos tribunais. A implementação do catálogo de direitos fundamentais depende da efetiva invocação dos mesmos por meio da litigância estratégica.

Michel McCann traz o conceito de *legal mobilization* para demonstrar que a implementação de direitos requer manifestação, participação social e a possibilidade institucional de ação. O autor examinou casos de igualdade de gênero no mercado de trabalho norte-americano e verificou que a atuação organizada do

movimento do *pay equity* contribuiu para o reconhecimento de direitos na esfera judicial. As vitórias obtidas perante os tribunais fortaleceram a campanha por igualdade de direitos, operando uma sinergia que contribuiu para uma maior conscientização da sociedade sobre os problemas de afirmação profissional enfrentados pelas mulheres.

Em outra obra (2009), Carles R. Epp promove uma análise de casos nos Estados Unidos e Reino Unido a respeito de práticas de assédio sexual, corrupção e discriminações impingidas pelas instituições policiais, bem como sobre a segurança no ambiente de trabalho. Nessa pesquisa, o autor constata que a construção de uma nova agenda de direitos pode ser implementada por meio de uma atuação estratégica dos agentes interessados. A responsabilidade legal, aliada com a publicidade gerada pelas ações judiciais, força uma modificação comportamental em razão do intuito de se preservar a reputação das instituições e dos profissionais do governo. Epp observa que a chave para tal mudança decorre mais da ameaça da responsabilização e dos efeitos negativos oriundos desse fato, do que da própria penalização de cunho econômico.

As obras de Charles Epp e Michel McCann são complementares e demonstram que, embora não se deva desprezar a positividade dos direitos, a capacidade de se promover mudanças sociais em uma comunidade depende de sua capacidade de mobilização jurídica e, por conseguinte, da existência de condições socioculturais adequadas para a judicialização vinda de baixo.

Sob essa perspectiva, é importante considerar não apenas os efeitos diretos das decisões proferidas pelas Cortes de Justiça na solução do caso concreto, mas principalmente as suas repercussões indiretas, relacionadas com o processo de modificação social e de conscientização política da sociedade.

3. O DIREITO À EDUCAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:

A realização de uma análise crítica da jurisprudência dos Tribunais Superiores, sob a perspectiva pragmática, é imprescindível para a investigação do tratamento do direito à educação pelo Judiciário.

Canotilho (1999, pp. 1045-1046) propôs um método de trabalho para a interpretação dos precedentes, segundo o qual, após a escolha de um caso paradigmático, em resumo, é necessário: a) descrever o contexto do caso; b) explicar o texto da norma constitucional envolvida e seu significado; c) apresentar as controvérsias e argumentos suscitadas pelo jurisdicionado e pelos julgadores; d) expor a retórica argumentativa do Tribunal Constitucional; g) explicitar qual foi a decisão confeccionada pelo Tribunal Constitucional, e, se for o caso, apresentar críticas e alternativas à solução proposta.

Partindo-se da premissa da relevância nacional da jurisprudência formada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, e considerando-se a função uniformizadora que essas Cortes representam para o judiciário brasileiro, buscou-se conhecer o debate a respeito do direito à educação já realizado nesses tribunais.

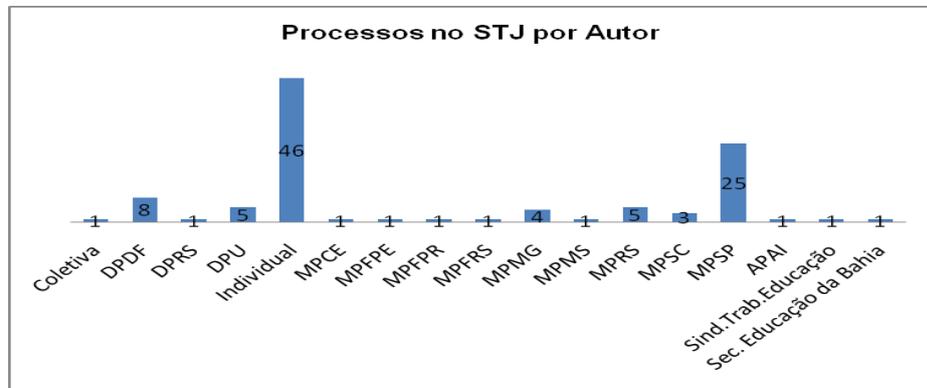
Para a realização da pesquisa na base de dados do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal foi utilizada a expressão “direito à educação” e a palavra “educação”. Após a leitura da listagem completa de precedentes decorrentes da pesquisa narrada, foram os julgamentos com análises puramente formais, isto é, atrelados exclusivamente aos pressupostos de admissibilidade recursais e, ainda, os que não traziam argumentos úteis para formação da jurisprudência analítica do tema pelo tribunal.

A partir desses filtros, foi estabelecida a base de precedentes para a análise do discurso dos tribunais.

No STJ, onde começaram as discussões no ano de 1999, foram relacionados 106 precedentes até 2017. Já no STF, os questionamentos sobre a temática educacional intensificaram-se a partir do ano de 2004 e, somados todos os temas, foram identificados 61 precedentes até 2017.

Antes de relacionar os temas encontrados na pesquisa, importante identificar quais foram os autores das demandas trazidas aos tribunais.

No STJ, foram identificados 17 autores²², conforme se observa na tabela consolidada abaixo:



Em números absolutos, as demandas individuais representam a maioria das discussões. No entanto, como será demonstrado adiante, elas não tiveram representatividade significativa em todos os temas, sobressaindo-se, quanto a esse ponto, a atuação de órgãos oficiais como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

O Ministério Público de São Paulo – MPSP foi protagonista do debate a respeito da obrigação estatal no oferecimento de vagas em creche e pré-escola.

O gráfico demonstra que, não obstante o problema da educação possua abrangência nacional, somente integrantes de 15 unidades da federação participaram de todo o debate até hoje ocorrido no STJ sobre a matéria, incluindo-se a localidade de origem das demandas individuais.

Com relação aos temas trazidos ao STJ, serão abordados, desde já, os cerca de 16 problemas debatidos de 1999 até o presente ano de 2017. Essa análise inicial realizará uma exposição de cunho generalista da temática examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, com exclusivo propósito de situar o leitor a respeito da matéria levada aos tribunais superiores. Nos tópicos seguintes, serão selecionados alguns dos temas mais frequentes e de maior impacto sobre o direito educacional, a fim de que sejam submetidos a um exame mais criterioso, nos termos do método trazido por Canotilho.

²² A referência ao termo "autor" foi utilizada no sentido técnico processual, significando a pessoa que formulou a pretensão inicial em juízo e não necessariamente quem interpsôs o recurso destinado às Cortes Superiores.

Em 1999, a Corte discutiu a possibilidade de transferência de universidade privada para pública, em razão de remoção de servidor público ou transferência de militar. Inicialmente, o Tribunal entendia que "o servidor municipal, estadual ou federal, aluno de instituição de ensino superior, que for transferido de seu emprego, tem assegurado o direito à matrícula, seja em Universidade pública, federal ou estadual, ou privada" (BRASIL, STJ, 2002). Todavia, conforme restou pacificado no Resp 1.000.677/GO "a regra da congeneridade entre instituições de ensino, para fins de transferência de servidor público removido *ex officio* pela Administração Pública, só é excepcionada caso não exista instituição de ensino congênera no seu novo domicílio ou nas cidades vizinhas. Posição adotada por ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção, mesmo após o julgamento da ADI 3.324/DF pelo Supremo Tribunal Federal." (BRASIL, STJ, 2008).

No ano de 2000, foi debatida a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública com a finalidade de pleitear acesso à educação infantil, especificamente o atendimento em creche e pré-escola. Esse problema, por sua relevância social na concretização do direito à educação, será analisado detidamente em tópico específico. No entanto, importante registrar, dentro da cronologia de precedentes do STJ, que a Corte vem tratando do mérito infraconstitucional do tema desde 2004.

Em 2002, foi julgado um precedente isolado quanto à impenhorabilidade de bens da Associação de Pais e Amigos, sob o entendimento de que "não podendo se efetivar penhora sobre bens que são de fundamental importância na atividade primordial que desempenha na educação, criação e recuperação das crianças atendidas por ela".

O ensino domiciliar foi tema de um outro caso isolado em 2005, no qual prevaleceu a orientação de que "inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público, mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno". (BRASIL, STJ, 2005). Atualmente, esse assunto está sendo tratado pelo STF em sede de repercussão geral no tema 822.

No ano de 2006, também em único precedente, o Tribunal da Cidadania decidiu sobre a prevalência do direito à educação em detrimento à livre iniciativa quanto à impossibilidade da cobrança de exames de avaliação em ensino supletivo para adultos.

Em 2007, o STJ decidiu em desfavor da Universidade do Paraná quanto ao afastamento de aluno com matrícula não confirmada, porém com aprovação e frequência regulares. O entendimento foi de que a ofensa à resolução da universidade não poderia prevalecer sobre o direito à educação.

As discussões em relação à autonomia das universidades para regulamentar ações afirmativas, como sistemas de cotas étnicas e para alunos de ensino público durante o ensino fundamental e médio, tiveram início em 2008 e o último precedente localizado foi publicado em 2016.

O entendimento prevalente é o de que o modo de implementação das ações afirmativas no âmbito universitário é reservado à autonomia das universidades, não comportando, pois, a ingerência do Poder Judiciário. Assim, “não compete ao Poder Judiciário a criação de exceções subjetivas em meio às regras criadas pelas universidades”. (BRASIL, STJ, 2016).

No ano de 2009, em julgamento a respeito do direito de restrição à participação de professores em eventos culturais e sociais durante o horário do trabalho, foi discutida a tensão entre o direito à educação e a liberdade sindical. A orientação traçada pelo tribunal superior foi de que é necessária a reposição dos dias letivos e da carga horária estabelecida para os professores, como limite legítimo à participação em eventos sociais e culturais. Interessante notar que, nesse caso, nenhum dos dois direitos aparentemente conflitantes foram considerados absolutos ou insuscetíveis de restrição, conforme pronunciamento expresso do relator do caso. (BRASIL, STJ, 2009).

Em 2010, ao examinar recurso sobre a determinação legal de matrícula em estabelecimento público de ensino próximo à residência do aluno e interpretar o art. 53 da Lei 8069/90, o STJ entendeu que, apesar de a norma estipular a regra de aproximação entre a escola e a residência do aluno, a inteligência a ser conferida ao comando normativo deve considerar a situação mais favorável ao aluno. No caso, o tribunal observou que a manutenção do estudante em escola já frequentada por ele

seria mais benéfica que sua transferência para uma unidade escolar mais próxima à sua moradia, com o propósito de atendimento a essa regra.

Ainda no mesmo ano, em relação a pedido de tratamento diferenciado em situação temporária de enfermidade para evitar prejuízos ao aprendizado - Decreto-Lei 1044/69, a orientação que prevaleceu foi, mais uma vez, a de proteção ao educando, tendo-se afirmado que “não se encontra a discricionariedade na Administração Pública no fornecimento ao estudante de meios que assegurem um aprendizado completo. Trata-se na verdade, de uma finalidade a qual o Poder Público, em todas as suas esferas, está vinculado. Só assim estaria sendo respeitado o direito fundamental à educação de qualidade” (BRASIL, STJ, 2010)

Em 2011 (RMS 33.145/BA), ao examinar o pleito de um aluno que teve a solicitação de conclusão de curso por regime de dependência (progressão parcial - art. 24, III, da LDB) negada por uma instituição de ensino, decidiu-se que a matrícula em regime de dependência não encontra base no regimento escolar, o qual, por sua vez, encontra-se amparado na Lei de Diretrizes e Base da Educação. Nesse caso, prestigiou-se a autonomia da unidade escolar em definir a organização da atividade. No entanto, a segurança foi parcialmente concedida para determinar que a autoridade coatora oferecesse a vaga em colégio público da rede estadual de ensino que disponha do serviço de dependência, cuja localidade seja compatível com o local da residência do estudante, a fim de se garantir o direito à educação.

A pesquisa ainda mostrou um único caso em que o Ministério Público do Rio Grande do Sul, sem discutir o direito à educação propriamente dito, buscava a condenação do Prefeito de um município por ato de improbidade administrativa, haja vista a manutenção de escola com número insuficiente de alunos. O STJ entendeu, além da aplicação da Súmula 7/STJ, que configurava ato de discricionariedade do poder público a escolha pela manutenção da escola para cumprimento do dever de assegurar a educação.

No mesmo ano, a Defensoria Pública atuou em processo a respeito de transferência voluntária de instituição de ensino. A Corte Superior reformou a decisão do Tribunal *a quo* para reconhecer a legitimidade da Defensoria para pleitear direitos relativos à educação e, reforçou que “ao juiz, mais do que a ninguém, compete zelar pela plena eficácia do direito à educação, sendo incompatível com essa sua essencial, nobre, indeclinável missão interpretar de

maneira restritiva as normas que o asseguram nacional e internacionalmente” (BRASIL, STJ, 2011).

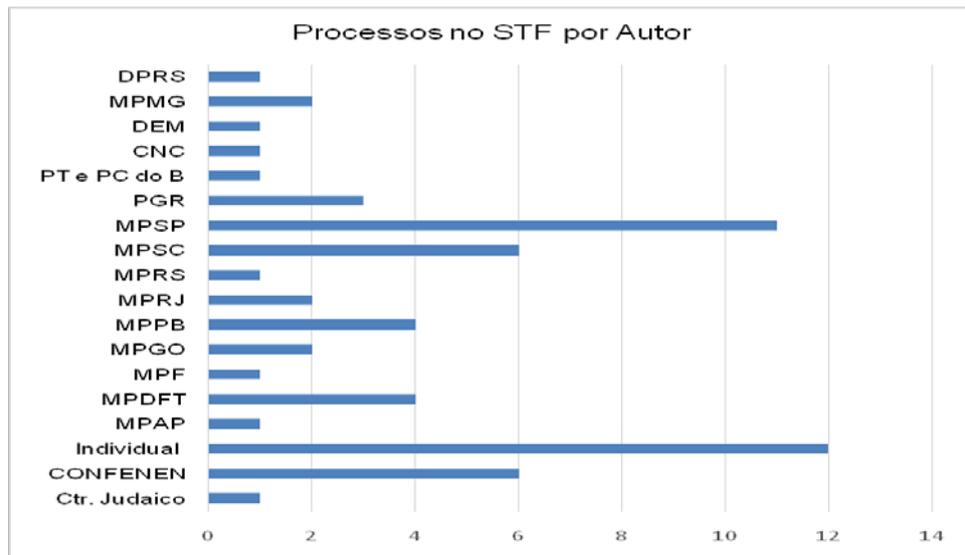
No RMS 36.949/SP, julgado em 2012, sobre a possibilidade de alocação de alunos em escolas públicas por atuação administrativa do Juízo da Infância e da Juventude, em interessante decisão, nitidamente com postura ativista, foi destacada a doutrina²³ no sentido de que o juízo da infância pode agir de ofício para demandar providência em prol dos direitos de crianças e de adolescentes. E pontuado pelo tribunal que “o controle jurisdicional de tais medidas deve ocorrer pelo prisma da juridicidade, ou seja, pela avaliação; por um lado, da necessidade de concretizar direitos dos menores, previstos na Constituição Federal e na legislação; por outro, da proporcionalidade e razoabilidade da medida”. (BRASIL, STJ, 2012).

O STJ, durante o ano de 2012, confirmou entendimento pela não emissão de certificado de conclusão do ensino médio a aluno sem aproveitamento no sistema regular de ensino e aprovado no ENEM, ao entender “pela não violação de qualquer direito líquido e certo, já que a certificação prevista no art. 38, *caput*, da Lei n. 9.394/96 é voltada aos alunos do supletivo, ou seja, “àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria”. (BRASIL, 2012).

Em 2015, o STJ discutiu o direito de alfabetização de criança com deficiência auditiva concluindo que “a Corte estadual não emprestou adequada aplicação ao art. 198, VI, do ECA (hoje revogado, por força do art. 8º da Lei nº 12.010/09). O direito à efetiva educação deve sobrepor-se a eventual embaraço orçamentário apregoado pelo Estado, mesmo quando em causa o direito de uma única criança, como sucede na hipótese ora examinada. Raciocínio contrário, para além de afrontoso à ordem constitucional, conduziria a inaceitável *periculum in mora* inverso, ou seja, em desfavor do superior interesse do infante.”

No Supremo Tribunal Federal, foram contabilizados 16 atores na discussão do tema “direito à educação”, relacionados abaixo:

²³ COSTA, Tarcísio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 315-316.



No período de 2004 a 2017, foram identificadas 61 demandas sobre o direito à educação. Somente 12 foram ajuizadas individualmente, sendo que mais da metade delas tratou sobre a cobrança de matrícula no ensino público superior, matéria já pacificada por meio da Súmula Vinculante nº 12, como será exposto oportunamente, de acordo com a cronologia dos julgamentos.

Assim como no STJ, o Ministério Público do Estado de São Paulo também teve grande representatividade dentre os atores sociais mapeados no STF, tendo exercido um importante papel na discussão relativa à matrícula em creche e pré-escola e à falta de transporte escolar.

O Ministério Público, por sua vez, foi uma instituição bastante presente no debate sobre o direito educacional. O *Parquet* estadual de dez estados da federação e o Ministério Público Federal compartilharam, ao todo, 16 dos 27 temas elencados na pesquisa jurisprudencial da Corte Suprema.

Também integraram a pesquisa quatro partidos políticos, quais sejam Democratas, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido dos Comunistas do Brasil e o Partido Democrático Trabalhista - PDT, os quais discutiram importantes questões, como a erradicação do analfabetismo e as ações afirmativas por meio das cotas cotas étnico-raciais.

Em 2002, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen propôs a ADI 2667/DF, questionando a constitucionalidade da Lei Distrital nº 2.921, que tratou da emissão de certificado de conclusão do ensino médio pelos estabelecimentos de ensino. Até a presente data, o mérito da controvérsia ainda

está pendente de julgamento. Ao deferir a cautelar pleiteada na referida ADI, com excepcionais efeitos *ex tunc*, a Suprema Corte entendeu que a legislação distrital que autorizou o fornecimento de histórico escolar para os alunos do terceiro ano do ensino médio aprovados em vestibular para ingresso em curso superior, usurpou a competência legislativa outorgada à União para estabelecer normas gerais sobre a educação.

A Confenen propôs, ainda, cinco ações diretas de inconstitucionalidade, já julgadas, com as seguintes alegativas: a) inconstitucionalidade de lei baiana que instituiu a obrigatoriedade de adoção de material escolar pelos estabelecimentos particulares de ensino, conforme estabelecido pelo estado-membro; b) inconstitucionalidade de lei pernambucana que previa a fixação de datas de vencimento de mensalidades escolares pelo Estado; c) inconstitucionalidade da lei que instituiu o Programa Universidade para Todos; d) inconstitucionalidade da lei catarinense que regulamentou o número mínimo de alunos por sala de aula; e) inconstitucionalidade de lei distrital que regulamentou o ensino inclusivo em escolas públicas e particulares.

As referidas ADI's foram julgadas entre 2005 e 2016. Somente a lei pernambucana que previa a fixação de datas de vencimento de mensalidades escolares pelo Estado foi declarada inconstitucional. O Pretório Excelso reconheceu a incompetência do estado-membro para legislar sobre matéria contratual e que o referido normativo tinha o potencial de provocar danos financeiros aos estabelecimentos privados de ensino, interferindo sobre questão inerente à livre iniciativa.

O STF, no ano de 2005, manteve a lei baiana que regulamentou a adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos particulares de pré-escola, ensino fundamental e médio e a cobrança desses materiais dos alunos. O argumento relevante exposto pelo Ministro Eros Grau foi o de que o serviço de educação, seja prestado pelo Estado ou por particulares, configura serviço público não privativo, isto é, pode ser prestado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Essa postura resultou na obrigatoriedade das entidades educacionais particulares acatarem as normas gerais federais e as estaduais sobre a utilização do material didático-escolar. Nesse mesmo ano, iniciou-

se o debate no STF sobre o direito à matrícula em creche e pré-escola, temática que será abordada, com especificidade, nos tópicos seguintes.

Na sequência, em 2006, a Confederação Nacional do Comércio - CNC obteve resultado desfavorável na apreciação da ADI 1950/SP proposta para questionar a constitucionalidade de Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo, que assegurou o pagamento de meia entrada para ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimento de ensino.

Na oportunidade, os ministros entenderam que o princípio da livre iniciativa não é válido somente para as empresas e, também o Estado é contemplado pela Constituição com a “iniciativa do Estado” para determinar que adote todas as providências tendentes a garantir o efetivo direito à educação.

Esse tema também foi levado ao STF por meio da ADI 2163/RJ, em que a Confenen impugnou lei do Estado do Rio de Janeiro que assegurou desconto de 50% no valor dos ingressos e casas de diversões para jovens de até 21 anos. Diferente da primeira ADI julgada em 2006, nessa ação não há obrigatoriedade do beneficiado estar matriculado em estabelecimento de ensino, o que está dividindo o posicionamento dos julgadores. Parte da Corte entendeu que a lei combatida é constitucional e inclusiva. Consideraram que existem vários dispositivos constitucionais, os quais enfatizam a possibilidade de adoção de políticas públicas capazes de incluir as pessoas não apenas por meio da educação formal, mas também em eventos culturais. Para a outra metade dos ministros, a ação é procedente pois esse modelo de desconto gera ônus excessivo para a iniciativa privada, podendo até tornar inviável esse tipo de atividade econômica. O julgamento encontra-se suspenso, desde 2010, estando pendente o voto de desempate.

No ano de 2008, foi reconhecida a repercussão geral da cobrança de taxa de matrícula pelas universidades públicas. No mesmo ano, foi concluído o julgamento do mérito para reconhecer que a matrícula constitui formalidade necessária para que o aluno tenha acesso à educação superior e, por isso, a cobrança desse valor como requisito para o ingresso na Universidade Federal viola o art. 206, IV, da Constituição. Esse entendimento foi consolidado na edição da Súmula Vinculante nº 12.

Interessante perceber que, nos debates para a aprovação do referido enunciado sumular²⁴, tanto o Ministro Cezar Peluzo quanto o Procurador-Geral da República à época manifestaram o intuito de espraiar esse entendimento para impedir outras cobranças similares, tais como, a taxa de inscrição em vestibulares e expedição de diploma. Essa proposta, contudo, não foi aprovada, por exorbitar os limites dos precedentes utilizados como referência para a edição da referida Súmula.

No ano seguinte, foram tratados temas relativos à estrutura do ensino, como carência de professores e falta de transporte escolar. Em ambos, o STF teve uma postura garantista ao considerar que, diante da injustificável omissão estatal, é necessária a intervenção concretizadora do Poder Judiciário, especialmente tratando-se de educação infantil.

No ano de 2009, foi iniciado o debate sobre questões limítrofes entre a liberdade de escolha religiosa e o direito à educação.

No julgamento da STA 389, pleito apresentado pelo Centro de Educação Religiosa Judaica, prevaleceu a orientação de que não seria possível estabelecer data alternativa para exame do ENEM para estudantes judeus em dia diverso ao shabat, pois implicaria a violação do princípio da isonomia.

Recentemente, o STF apreciou a ADI 4.439/DF, permitindo o ensino religioso confessional no âmbito das escolas públicas, desde que de caráter facultativo.

Em 2010, o PT, o PC do B e o PDT propuseram a ADI 1.698/DF, apontando a suposta inconstitucionalidade por omissão do Presidente da República quanto à erradicação do analfabetismo e ao oferecimento do ensino fundamental obrigatório e gratuito. A ação foi julgada improcedente sob o fundamento de que inexistia omissão do Poder Público considerando os dados do IBGE e os programas governamentais já existentes na área de educação.

Nos anos de 2012 e 2013, destacaram-se os julgamentos sobre a constitucionalidade do sistema de cotas étnico-racial e a constitucionalidade do PROUNI, tendo prevalecido, consoante será mais detalhado a seguir, a orientação de que essas ações afirmativas consagram o princípio da igualdade, sob a

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates a respeito da Súmula Vinculante nº 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf. Acesso em: 20.09.2017.

perspectiva material, tratando-se de política pública respaldada pela Carta Magna, pois apresenta cunho universalista e com o objetivo de reverter o quadro histórico de desigualdade social e de discriminação racial.

O tema referente ao ensino inclusivo para pessoas portadoras de necessidades especiais foi julgado em 2015 e 2016. Em todos os casos, a Corte Suprema manifestou-se favorável à intervenção excepcional do Judiciário para garantir a adaptação de estrutura física nas escolas públicas e privadas e a implementação de políticas públicas efetivas para garantir a inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade.

No tocante à ADI 5.357/DF, ajuizada pela Confenen, o Plenário do STF indeferiu o pedido de medida cautelar para suspender a aplicação de dispositivos da Lei 13.146/15, mantendo a exigência de que os estabelecimentos de ensino particulares também estejam aptos ao ensino inclusivo de pessoas com deficiência, sem possibilidade de custo adicional para o aluno.

A questão atinente à necessária interferência do Judiciário para tutelar o atendimento de alunos especiais no seio escolar ainda é trazido ao STF com certa frequência, não obstante a orientação jurisprudencial firmada sobre o assunto.

Por último, convém salientar o que foi decidido no tema 535 da Repercussão Geral, em que o Supremo firmou a orientação segundo a qual “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidades em curso de especializações” (RE 597.854/DF).

3.1. Direito à matrícula em creche e pré-escola:

Na pesquisa realizada na jurisprudência do STJ e do STF, observou-se que um dos temas mais recorrentes diz respeito à busca do direito das crianças à educação infantil, por meio do acesso a creches e pré-escolas.

Entre o ano de 2003 e o início de 2004, os julgados do STJ não enfrentaram o mérito da controvérsia, sob a justificativa de que a discussão estaria sedimentada na interpretação de normas constitucionais, sendo vedado o exame da matéria no âmbito do recurso especial. Nesse mesmo período, contudo, não foram

encontrados precedentes do STF sobre a referida temática, constatando-se um verdadeiro vácuo na jurisprudência dos tribunais superiores em relação ao assunto.

Contudo, a partir do julgamento do REsp 575.280/SP (BRASIL, 2004), Rel. Min. José Luiz Delgado, DJ. 25/10/2004, a Primeira Turma do STJ avançou no exame da controvérsia, estabelecendo um novo paradigma na Corte Superior de Justiça.

Tratou-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Santo André/SP para obrigar o ente público a garantir vagas em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos, sob pena de aplicação de multa diária. Em primeira instância, a sentença julgou procedentes os pedidos formulados pelo *Parquet*, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo reformado o provimento de piso para reconhecer a impossibilidade de o Judiciário imiscuir-se na administração pública, uma vez que a matéria estaria adstrita ao juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, sendo vedado o controle do mérito do ato administrativo.

No recurso especial, o Ministério Público apontou afronta aos arts. 54, IV, 208, III, e 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob o fundamento de que o oferecimento do ensino infantil constitui dever do Município, o qual poderá solicitar a contribuição técnica e financeira da União e do respectivo Estado-membro. Registrou-se que, ao lado desse dever atribuído aos entes públicos, está o direito de toda criança de zero a seis anos de ser matriculado em creche e pré-escola.

O Relator do feito, Min. José Luiz Delgado, negou provimento ao recurso manejado pelo Ministério Público, reafirmando a tese vencedora no Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de se respaldar o princípio da separação entre os poderes. Segundo o entendimento do Relator, a atividade de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante, descabendo ao Judiciário ingressar nessa seara.

No entanto, após pedido de vista realizado pelo Min. Luiz Fux, o julgamento do feito ganhou outra dimensão. Ao abrir divergência do voto apresentado pelo Relator, o Min. Fux destacou que a norma contida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente reproduz um direito consagrado constitucionalmente (art. 208, IV, da CF/88), estendendo às crianças de zero a seis

anos o direito de serem atendidas em creches e pré-escolas. Logo, a efetivação desse comando normativo representa um dever para o Estado e um direito subjetivo das crianças.

No plano teórico, o voto apresentado pelo Min. Fux amparou-se na doutrina do jurista alemão Konrad Hesse, a respeito da força normativa da Constituição. Desse modo, a garantia do atendimento das crianças em creches e pré-escolas não está situada no âmbito da discricionariedade administrativa, pois revela a vontade política nacional insculpida no Texto Maior, devendo, portanto, ser necessariamente implementada pelo Poder Público.

Na visão do Min. Fux, a qual tornou-se vencedora no órgão colegiado, o direito à educação infantil não poderia ser concebido como uma mera promessa constitucional, tampouco um programa a ser executado de acordo com a conveniência do administrador. Isso porque a consagração desse direito também foi explicitada pelo legislador infraconstitucional, cumprindo ao Judiciário, no afã de proporcionar o acesso à justiça, imprimir um mandamento para a concretização do normativo. Destacou-se, na ocasião, que a conduta estatal de colocar um menor na fila de espera, enquanto o ente público atende a outras crianças, viola o princípio da isonomia e desrespeita o princípio da dignidade humana. Entendeu-se, ainda, que não seria permitido ao Estado cumprir o seu dever constitucional por meio do oferecimento de vagas em unidades educacionais privadas, haja vista a necessidade de ser realizada licitação ou regular delegação do serviço, além de se observar a voluntariedade do particular em assumir tais obrigações.

Interessante perceber que, o voto apresentado pelo Min. Teori Zavascki, apesar de concordar com a parte dispositiva da proposição trazida pelo Min. Fux, conteve algumas dissidências conceituais. Para o Min. Teori, apenas o ensino fundamental gratuito seria um direito subjetivo, ao passo que o atendimento em creches e pré-escolas estaria inserido entre os deveres estatais essenciais e, portanto, sujeito à conformação legislativa e administrativa. Todavia, tal circunstância não poderia retirar, completamente, a eficácia da norma, sendo necessário assegurar-se um núcleo mínimo essencial de densidade normativa, a fim de que se exija o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças completamente carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção financeira ou social.

O julgamento do REsp 575.280/SP (BRASIL, 2004) pode ser considerado um *leading case* referente à implementação do direito conferido às crianças de zero a seis anos de serem atendidas em creches e pré-escolas, tendo sido citado por vários outros precedentes.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria foi tratada pela Segunda Turma no julgamento do RE 410.715/SP e do RE 436.996/SP (BRASIL, 2005), os quais foram apreciados conjuntamente. Em ambos, debatiam-se ações ajuizadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Santo André, em situações análogas ao precedente do Superior Tribunal de Justiça comentado acima.

A orientação firmada pela Suprema Corte seguiu o voto do Min. Celso de Mello, o qual exerceu a relatoria dos mencionados recursos extraordinários. O entendimento do STF, nesses julgados, aproximou-se da fundamentação trazida pelo Min. Luiz Fux no precedente firmado no Superior Tribunal de Justiça.

Concluiu-se que a implementação da educação infantil, na qualidade de direito fundamental inerente à cidadania, não se sujeitaria à discricionariedade administrativa, nem às razões de pragmatismo governamental. Asseverou-se que o descumprimento pelo Município de Santo André do dever que lhe foi imposto constitucionalmente consagra uma omissão inconstitucional, cumprindo ao Judiciário promover a eficácia e a integridade dos direitos individuais ou coletivos previstos na Constituição da República, nos casos em que os órgãos governamentais competentes estiverem descumprindo tais mandamentos. Entendeu-se que a liberdade de conformação dos entes públicos estaria vinculada ao postulado da supremacia da Constituição.

O voto apresentado pelo Min. Celso de Mello ainda ponderou, sob o ponto de vista teórico, a tese da "Reserva do Possível", fazendo referência a doutrina de Stephen Holmes e Cass R. Sustein na obra "The Cost of Rights". Admitiu-se, nesse ponto, a excludente da responsabilidade estatal pela imediata implantação do direito à educação, caso demonstrada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, o que não ocorreu na situação examinada. Rechaçou-se, por seu turno, a possibilidade de o Estado alegar, abstratamente, a cláusula de reserva do possível para se escusar de cumprir

suas obrigações constitucionalmente fixadas, mormente a garantia do direito à educação infantil, dada a sua essencialidade.

Os referidos precedentes - no ponto em que transmudaram um perfil, inicialmente, não interventivo do Poder Judiciário para uma postura concretizadora do direito à educação infantil - passaram a guiar a jurisprudência do STF e do STJ sobre a matéria, tendo servido como paradigmas em vários julgados.

Ainda sobre o tema, é relevante destacar o julgamento do REsp 1.185.474/SC (BRASIL, 2010), em razão da fundamentação utilizada, principalmente no tocante às balizas a serem seguidas para a aplicação da cláusula de reserva do possível.

O recurso especial em comento foi interposto pelo Município de Criciúma/SC, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual reconheceu a procedência das alegações formuladas pelo Ministério Público, determinando a oferta de vagas em creches públicas.

De acordo com o voto do Min. Humberto Martins, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da Segunda Turma do STJ, a tese da reserva do possível possui uma dimensão fática, a qual se encontra imbricada com o princípio da escassez e, como tal, envolve um processo de escolha por parte do administrador público sobre qual área recairá o investimento.

No entanto, a escusa da reserva do possível não poderá ser oposta aos casos envolvendo direitos fundamentais, especialmente o direito à educação. Isso porque ditos direitos integram o conceito de mínimo existencial, cuja observância insere-se no âmbito do princípio da dignidade humana e integra a própria concepção de democracia. Logo, não há margem de escolha para o administrador público relegá-los em função do atendimento de outras prioridades, pois se encontram marcados pelo traço da essencialidade.

Assim, o descumprimento do Estado do dever de matricular as crianças de zero a seis anos em creches públicas apenas poderia ser tolerado pelo Poder Judiciário em casos limítrofes, isto é, se devidamente comprovado que, mesmo após a alocação dos recursos na garantia do mínimo existencial, ainda persistiria a carência orçamentária para o atendimento de outras demandas similares.

Por fim, merece ser citado o julgamento do ARE 639.337/SP (BRASIL, 2011), no qual o STF examinou a controvérsia já sob a ótica da EC nº 53/2006, em que a educação infantil, com o atendimento em creches e pré-escola, foi remodelada para abranger crianças de zero a cinco anos. O referido litígio ocorreu entre o Município de São Paulo e o Ministério Público do respectivo Estado. Foram mantidos os fundamentos até aqui utilizados para assegurar o dever estatal em proporcionar a educação infantil, tendo havido apenas uma maior sofisticação quanto à tese da reserva do possível e à questão das escolhas trágicas, valendo-se o Min. Celso de Mello, Relator do apelo, da doutrina CALABRESI, G. e BOBBIT, P. (1978). Seguiu-se, por sua vez, a tese contida no voto do Min. Humberto Martins, acima referido, em relação à inoponibilidade da reserva do possível, face ao mínimo existencial, agregando-se a teoria da proibição do retrocesso constante das obras de CANOTILHO, J. (1998), J. G., MENDES, G. et al. (2002) e KRELL, A, J. (2002).

Como se observa, a jurisprudência dos tribunais superiores adota uma posição intervencionista quanto ao direito à educação infantil, a fim de determinar que os entes públicos responsáveis cumpram a legislação aplicável.

3.2. A autonomia universitária, a política de cotas e outras ações afirmativas:

Tema bastante recorrente nos tribunais superiores refere-se à política de cotas para acesso ao ensino superior, assim como o seu confronto com o princípio da autonomia universitária, ou melhor, a possibilidade de o Judiciário revisar os critérios de ingresso estabelecidos pelas instituições de ensino para que o candidato seja contemplado pelo respectivo programa de cotas ou obtenha benefícios como bolsas de estudo.

A discussão sobre o regime de cotas raciais chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por primeiro, no bojo de recurso ordinário em mandado de segurança (RMS 26.089/PR), no qual se debatia a constitucionalidade de lei estadual que dispunha sobre a reserva de vagas para afrodescendentes nos concursos públicos locais. Por não ter sido observada tal exigência, o Reitor da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE e a Secretária de Administração daquele Estado anularam certame público para o preenchimento de

cargos no Hospital Universitário do Oeste do Paraná. Esse ato foi impugnado por candidatos aprovados naquele concurso público, sob a justificativa de que o sistema de cotas violaria o princípio da isonomia.

A Quinta Turma do STJ, em acórdão publicado no ano de 2008, negou provimento ao recurso, explicitando que a adoção de ações afirmativas pelo ente estadual, ao invés de contrariar a ordem constitucional vigente, encontra-se em sintonia com o princípio da isonomia previsto na Carta Magna. O voto proferido pelo em. Min. Felix Fisher, relator do feito, esteve amparado na doutrina de Joaquim Barbosa²⁵, bem como no compromisso oficial firmado pelo Brasil na Declaração de Durban, que foi fruto das discussões ocorridas na III Conferência Mundial contra Racismo, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, no ano de 2001, na África do Sul. Naquele documento, o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade de adotar medidas tendentes a eliminar a discriminação racial e a falta de oportunidades para afrodescendentes.

O julgado ainda fez referência a um precedente do STF que admitiu a adoção de ação afirmativa - reserva de vagas em concurso público para portador de deficiência visual. A decidir o ROMS 26.071-1/DF, o Ministro Carlos Ayres Brito, relator do feito, explicitou que a utilização de medidas de superioridade jurídica para compensar outros fatores de desigualdade fática, verificada em relação aos portadores de necessidades especiais, "constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988." (BRASIL, 2008). Interessante perceber, no discurso judicial do Pretório Excelso contido nesse caso, a menção expressa ao preâmbulo constitucional como instrumento auxiliar de interpretação do direito aplicável.

Ainda antes da edição da Lei nº 12.711/12, que disciplinou o sistema de cotas para o ingresso de alunos nas instituições federais de ensino, o STJ foi provocado a examinar a validade do regramento editado pela Universidade Federal do Paraná, que condicionou o acesso às vagas do programa de inclusão social à comprovação de que o candidato tenha cursado o ensino fundamental e médio, exclusivamente, em escola pública no Brasil.

²⁵ O autor citado na decisão proferida pelo STJ no julgamento do RMS 26.089/PR, publicou a obra "Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA." Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6.

A matéria foi submetida à instância extraordinária por um candidato que teve a inscrição indeferida pela Universidade Federal, porquanto havia concluído parte do ensino fundamental em instituição particular de ensino. Buscava-se, portanto, por uma flexibilização da referida exigência, a fim de que o recorrente também fosse beneficiado pela reserva da vaga especial. No julgamento do REsp 1.132.476/PR, o Min. Humberto Martins, relator do apelo, promoveu substancial voto, abordando a origem das ações afirmativas na jurisprudência norte-americana, passando-se pela aplicação no ordenamento jurídico pátrio da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27/3/68, definindo, em seguida, quais os critérios e parâmetros a serem seguidos no controle da política de cotas.

Nos termos do voto do Relator, as ações afirmativas são medidas compensatórias necessárias à proteção e ao progresso de certos grupos sociais desfavorecidos, proporcionando-lhes o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais, em condições de igualdade com os demais indivíduos. Trata-se, portanto, de providências de cunho transitório com o objetivo de corrigir práticas que tenham efeito discriminatório sobre as pessoas, aumentando a participação delas na sociedade, em todos os níveis de hierarquia e atividades.

Destacou-se que a regulamentação dos meios de ingresso nas instituições de ensino superior encontra-se no âmbito da autonomia universitária, devendo-se, contudo, estabelecer-se critérios objetivos a fim de se prestigiar a segurança jurídica.

Nesse contexto, concluiu o julgado que a utilização do critério de o aluno ter completado o ensino fundamental e médio, exclusivamente, na escola pública, apresenta-se coerente com a objetividade da medida de discriminação positiva e com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Utilizou-se, no ponto, do imperativo hipotético kantiano baseado na heteronomia, prestigiando-se o estatuto externo convencional, em detrimento da busca pela justiça caso a caso. Preponderou, portanto, a autonomia universitária e a impossibilidade de intervenção do Judiciário para criar exceções subjetivas às regras estabelecidas pela Universidade.

A orientação contida no referido precedente é majoritária no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tendo-se observado raras exceções, a exemplo de um

caso no qual a aluna participante do sistema de cotas, no momento do julgamento pela Corte Superior, já havia concluído mais da metade do curso. Considerando-se tal peculiaridade, a Segunda Turma do STJ, no exame do REsp 1.254.118/RS, decidiu por respaldar a situação consolidada no tempo, ainda que tenha reconhecido a ilegalidade do ingresso da estudante.

No Supremo Tribunal Federal, merece destaque o julgamento da ADPF 186/DF, que foi proposta pelo Partido Democratas, com a finalidade de impugnar regulamentação editada pela Universidade de Brasília, a qual estipulou, durante o prazo de 10 (dez) anos, reserva de 20% (vinte por cento) das vagas do vestibular para estudantes negros.

A linha argumentativa apresentada pelo autor da demanda sustentava a impossibilidade de se realizar a distinção com base no critério de raça no Brasil, sob pena de se implementar um "Estado racializado" ou "racismo institucionalizado", consoante existente em países como os Estados Unidos, África do Sul e Ruanda, além de se estabelecer uma discriminação reversa dos brancos pobres. Salientou-se que o Brasil é um país marcado por intensa miscigenação, o que inviabiliza a criação de mecanismos afirmativos lastreados no critério racial.

Houve a realização de audiência pública em que foi possível colher informações de diversos segmentos da sociedade, como representantes de movimentos negros; professores da área de direitos humanos; geneticistas; além dos atores estatais envolvidos na causa, como os dirigentes da Unb, representante do Conselho Federal da OAB, Ministério Público, Ministros de Estado etc.

O julgado partiu da premissa teórica de que o princípio da igualdade deve ser compreendido sob a perspectiva material, o que autoriza o Estado a adotar medidas de natureza estrutural e ações afirmativas, a fim de compensar grupos sociais determinados de distorções históricas que os colocaram em situação de vulnerabilidade e reverter esse quadro de desigualdade.

Constatou-se, portanto, que, tanto o aspecto étnico-racial, como o sócio-econômico são válidos para a fixação da política de cotas, de modo que a análise da constitucionalidade desses vetores não deve partir de uma interpretação isolada do Texto Constitucional, tampouco da eventual vantagem de certos critérios sobre os outros, devendo-se considerar a plataforma principiológica sobre a qual está assentado o Estado brasileiro, incluindo-se o princípio da justiça distributiva e o

pluralismo de ideias a ser respaldado pelo meio acadêmico e pela própria sociedade.

Nesse ponto, emerge a importância das universidades, dotadas de autonomia didático-científica e administrativa, cujo escopo está muito mais além de transmitir e produzir conhecimento em benefício de poucos social ou economicamente privilegiados, devendo o ensino, principalmente quando custeado pelo erário público, espalhar-se no âmbito de grupos excluídos e historicamente marginalizados desse processo, exercendo um papel integrador.

Para responder o argumento de que não seria possível, principalmente no Brasil, a utilização conceito biológico ou científico de raça, o voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski amparou-se na definição trazida no julgamento do HC 82.424-QO/RS pelo STF, bem como na doutrina de António Manuel Hespanha (2007) e Daniela Ikawa (2008), explicitando a necessidade de adoção do critério histórico-social artificialmente estabelecido para justificar a própria discriminação. Nesse ponto, concluiu-se que, assim como a discriminação negativa não é realizada com base no aspecto biológico ou científico, a discriminação positiva também não deve se pautar por tal critério. Logo, definiu-se que a ação afirmativa, nesse aspecto, norteia-se pela consciência étnico-racial como fator de exclusão.

Permitiu-se, contudo, durante o processo de seleção para o sistema de cotas, tanto a autoidentificação como a heteroidentificação, ou seja, aquela realizada por terceiros. A Corte defendeu que a avaliação deve seguir determinados parâmetros, como a identificação inicial pelo próprio indivíduo, agregando-se outros mecanismos de análise, como a elaboração de questionários sobre a raça, a realização de entrevistas e a classificação posterior por comitê composto por pessoas de diversos segmentos raciais, econômicos, de orientação sexual e de gênero e com mandato curto.

Destacou-se a necessidade de que discriminação afirmativa seja temporária, isto é, condicionada à persistência da situação fática de exclusão social daqueles beneficiados com a prática compensatória, respeitando-se, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Outro precedente a ser examinado quanto ao tema é o RE 597.285/RS, submetido ao rito da repercussão geral. O apelo foi manejado por particular contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 4ª Região, que reconheceu a

constitucionalidade do programa de cotas estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul para a seleção de candidatos ao ensino superior.

A irrisignação foi apresentada por um estudante que havia se submetido ao vestibular da referida instituição, mas que não foi contemplado nas vagas oferecidas, tendo em vista a reserva de matrículas destinadas aos egressos do ensino público e aos negros que também estudaram em escolas públicas. No caso, das 160 (cento e sessenta) vagas existentes para o curso de Administração, reservou-se 30% (trinta por cento) a candidatos saídos do ensino público, sendo metade delas a candidatos autodeclarados negros, além de 10 (dez) vagas para indígenas.

O Relator do feito, em. Min. Ricardo Lewandowski, de início, ressaltou que a implementação da política de cotas independe da existência de lei expressa autorizativa, pois se encontra no âmbito da autonomia universitária, constante da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96).

Acrescentou a existência de uma base normativa para a adoção de ações afirmativas, desde o Decreto 65.810/69, que internalizou a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, passando-se pelo Primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos constante do Decreto 1.904/96, editado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e a Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, a qual resultou na elaboração da Declaração de Durban, em 2001, firmada pelo Estado brasileiro.

Quanto aos argumentos de mérito, o precedente reiterou os pontos consensualizados no julgamento da ADPF 186/DF, acima tratada, reconhecendo a constitucionalidade da discriminação positiva.

Nos debates ocorridos durante a sessão de julgamento, contudo, houve certa hesitação entre alguns membros do Colegiado a respeito do critério relativo aos estudantes de escolas públicas. O Min. Gilmar Mendes mostrou preocupação sobre o favorecimento a ser concedido a determinados alunos de escolas públicas de consagrada qualidade, como os colégios militares e de aplicação. Segundo o ministro, a Suprema Corte poderia chancelar um privilégio aos que já foram privilegiados em estudar nas referidas instituições, as quais possuem um rigoroso e concorrido sistema de seleção. No entanto, acompanhou o voto do

Relator, considerando que o programa instituído pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul estaria no seu final, sendo conveniente respaldar as situações jurídicas que foram consolidadas.

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, ficou vencido no julgamento da demanda. Sua Excelência entendeu que a distinção feita aos alunos egressos do ensino público não seria possível, pois não é admissível presumir-se que o ensino público fundamental e médio impeça o acesso ou concurso em igualdade de condições. Alertou que, caso confirmada a referida política de ingresso, estar-se-ia a censurar o Estado que mantém tais escolas, reconhecendo-se a falência do ensino público fundamental e médio, em contraste com as universidades públicas.

Menciona-se, ainda, o julgamento da ADI 3.330/DF, onde se discutiu a constitucionalidade da MP 213/04, convertida na Lei 11.096/05, regulamentadora do PROUNI - Programa Universidade para Todos. A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, pelo Democratas e pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social, tendo impugnado os artigos 2º, I, II e parágrafo único, 7º, 8º, 9º, II e § 1º, 10, 11 e 13, da referida norma.

O PROUNI foi criado com a finalidade de regulamentar a concessão de bolsas de estudos integrais ou parciais para estudantes de graduação ou de sequenciais de formação específica, nos cursos oferecidos por instituições privadas de ensino. O candidato ao citado programa deve ser submetido a regular processo de admissão realizado pela respectiva entidade de ensino superior, estando o benefício condicionado ao cumprimento dos mesmos requisitos de desempenho acadêmico exigidos dos demais alunos.

O normativo em destaque previu que as bolsas de estudo são concedidas a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, sendo integral para aqueles cuja renda familiar mensal *per capita* não ultrapasse o valor de até um salário-mínimo e meio e parcial para aqueles cuja renda mensal *per capita* não exceda até três salários-mínimos.

A legislação indicou como beneficiários das bolsas de estudo os estudantes que tenham cursado o ensino médio completo em escola de rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; que sejam portadores de deficiência, nos termos da lei; assim como os professores da rede pública de

ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, independentemente de sua renda.

Desconsiderada a interessante questão tributária debatida naquela assentada, por não se encontrar no escopo do presente trabalho, o voto condutor do acórdão proferido pelo STF, da lavra do Min. Carlos Ayres Brito, explicitou que a existência de uma superioridade jurídica conferida a determinada camada da população, faticamente desigual, pode ser pressuposto para a consagração do princípio da igualdade, quebrando históricas hegemonias políticas, sociais e econômicas, a fim de se reequilibrar a sociedade e colocá-la numa genérica horizontalidade das relações jurídicas de base.

Em razão disso, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade dos critérios estabelecidos para a concessão de bolsas no PROUNI, lastreados na renda familiar *per capita* do estudante e no fato de ter-se completado o ensino médio em escolas públicas ou obtido bolsa integral em escolas privadas.

No tocante à autonomia universitária, a posição majoritária da Corte foi no sentido de que o referido programa de ação afirmativa opera no plano da adesão, isto é, de participação voluntária, daí porque não há qualquer maltrato ao mencionado princípio. Enfatizou-se, também, que não há violação do princípio da livre iniciativa, considerando que, desde seu nascedouro constitucional, o mesmo se encontra contextualizado com o objetivo de se assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Em relação ao sancionamento pelo Ministério da Educação, em caso de descumprimento das normas do PROUNI, o Pretório Excelso reconheceu que a penalidade ostenta natureza administrativa e se insere no âmbito da atividade de fiscalização exercida pelo Poder Público, relativamente ao serviço educacional.

Registra-se, contudo, o voto vencido apresentado pelo Ministro Marco Aurélio, inicialmente reconhecendo vício formal, no tocante à utilização de medida provisória em situação ordinária despida de urgência, bem como para tutelar questão tributária reservada à lei complementar. Sob a perspectiva material, Sua Excelência entendeu que o ato normativo impugnado não poderia delegar ao Ministério da Educação a tarefa de definir as situações concretas que ensejariam sanções às instituições de ensino, contrariando o princípio da autonomia universitária. Reconheceu, também, que a exoneração tributária estabelecida pela

norma prejudicaria as demais instituições de ensino que já eram beneficiárias da imunidade, caso resolvessem não aderir ao PROUNI.

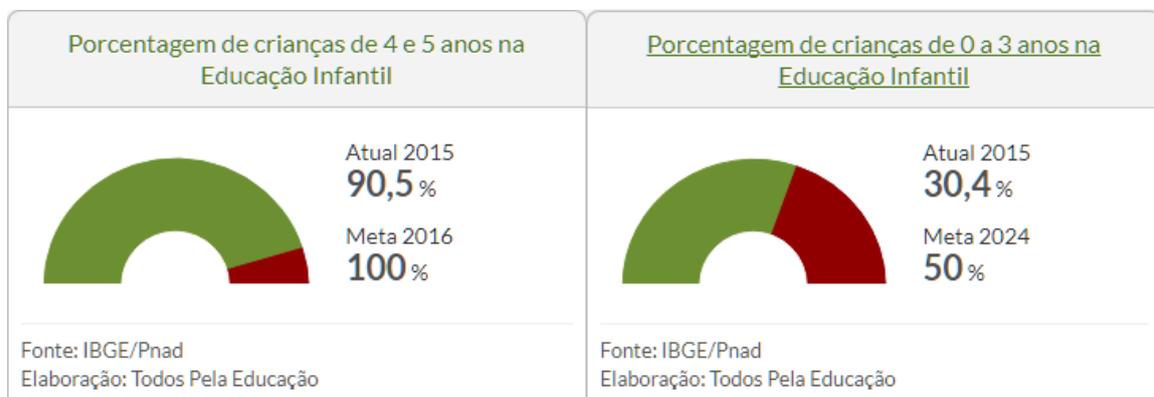
Diante do exposto, observa-se que o Poder Judiciário, quanto ao tema das ações afirmativas e a política de cotas, apresenta orientação majoritária para respaldar a política governamental adotada, rechaçando as pretensões que lhe foram formuladas individualmente, por órgãos representativos de classes ou por partidos políticos.

3.3. Direito à matrícula em creche e pré-escola, a jurisprudência do STJ e STF e a mobilização por direitos:

O Plano Nacional da Educação - PNE estipulou como meta 1 universalizar, até 2016, a Educação Infantil na pré-escola para as crianças de 4 a 5 anos de idade e ampliar a oferta de Educação Infantil em Creches de forma a atender, no mínimo, 50% das crianças de até 3 anos até o final da vigência deste PNE.

De acordo com dados divulgados no site *Observatório do PNE* (www.observatoriodopne.org.br), utilizados pelo Governo Federal, no ano de 2015, 90,5% das crianças de 4 a 5 anos encontram-se matriculadas na educação infantil. Tratando-se daquelas com até 3 anos, o percentual é de 30,4%.

Os gráficos abaixo ilustram a situação verificada em 2015 em função da meta estabelecida:



Os números divulgados acima, juntamente com outras informações extraídas do site www.observatoriodopne.org.br, traduzem que a meta estabelecida para a matrícula em pré-escola não se apresenta distante de ser atingida, não obstante a informação de que os 9,5% faltantes para o cumprimento do PNE representam aproximadamente 500 mil crianças ainda não contempladas. No tocante às creches, os dados são preocupantes, pois o objetivo de se atender a 50% da demanda já havia sido fixado no PNE de 2001 a 2010 e continua sendo descumprido pelo Poder Público.

A análise dos precedentes do STJ e do STF sobre a matéria insere o Município de Santo André/SP entre os entes públicos mais demandados. Foram proferidos acórdãos reconhecendo a obrigatoriedade do oferecimento de vagas em creches e pré-escolas entre os anos de 2005 a 2010, tendo todas as causas sido movidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Segundo o censo educacional, em 2010, foram realizadas pelo sistema público municipal de Santo André/SP 3.358 matrículas em creches e 8.103 em pré-escolas. Já no ano de 2016, o número de matrículas passou para 7.323 em creches municipais, enquanto que foram efetuadas 8.763 matrículas na pré-escola. Destaca-se, nesse ponto, que houve um incremento de mais do dobro de matrículas nas creches naquela municipalidade²⁶.

Saliente-se que esse incremento no número de crianças matriculadas na pré-escola no Município de Santo André é ainda mais representativo, quando se considera os efeitos da redução demográfica existente no Brasil.

Na questão referente à matrícula em creche e pré-escola, é possível inferir que a postura proativa dos tribunais superiores, no sentido de deferir tutelas concretizadoras do referido direito, resultaram na melhoria dos números de crianças atendidas pelas referidas unidades de ensino, isto é, na evolução do direito social.

Por outro lado, considerando-se o grau de vulnerabilidade das pessoas que necessitam do ensino público, a mobilização jurídica do direito à matrícula é realizado, principalmente, pelas instituições criadas pelo próprio Estado para tal fim, como o Ministério Público.

²⁶ Dados obtidos no sítio do INEP. In: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-basica>. Acesso em: 2/8/17.

Em razão disso, ganha relevo a estratégia de se buscar a implementação de tais direitos por meio da tutela coletiva, propiciando-se a extensão do provimento jurisdicional ao maior número de pessoas, considerando-se, principalmente, as disparidades regionais existentes no país.

3.4. A política de cotas raciais, a jurisprudência dos tribunais superiores e a tônica da mobilização legal por direitos:

No tocante ao sistema de cotas, os precedentes firmados pelas instâncias superiores trouxeram uma maior segurança ao tratamento da matéria, prestigiando a regulamentação trazida pelos órgãos de execução da política governamental, bem como a autonomia universitária.

Diante da carência de dados sistematizados, não há uma pesquisa nacional sobre os impactos da política de cotas no processo de inclusão nas universidades públicas. No entanto, é possível mencionar alguns estudos sobre questões específicas que apresentam uma avaliação positiva desse programa.

Durante o período de implantação das cotas, cuja posição de vanguarda coube à Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ no ano de 2002, previsões catastróficas afluíram-se sob a perspectiva da queda de qualidade do ensino superior, o aumento do percentual de abandono de curso e a injusta exclusão do seio universitário público daqueles que seriam teoricamente mais preparados para a graduação.

Todavia, passados quinze anos da primeira experiência realizada no sistema de inclusão por cotas, há o indicativo de que essa visão pessimista não se confirmou.

Em estudo publicado pelo Insper (VILELA, MENEZES-FILHO E TACHIBANA, 2016, pp. 26-31), aferiu-se os dados do ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio para se examinar os reflexos da política de cotas sobre as notas de ingresso dos estudantes na universidade.

O resultado confirmou que não há significativa variação na nota média dos alunos aprovados para cursar o ensino superior, seja ele cotista ou não cotista. Ainda que haja maiores variações na nota mínima para o ingresso em determinado

curso, a média da pontuação obtida pelos candidatos cotistas que asseguraram a vaga na universidade não apresenta diferença superior a 6% daqueles submetidos à ampla concorrência.

Não obstante o sistema de cotas implicar a reprovação de alunos não cotistas com notas maiores, a diferença entre elas é marginal. A pesquisa acima indicou que há alunos pobres, negros e de escola pública com boas notas e em número suficiente para que não haja redução significativa da nota média.

Outra publicação de relevo sobre a matéria foi realizada por comissão designada pela reitoria da Universidade de Brasília, Resolução nº 73/2013, composta pelos professores Mauro Luiz Rabelo, Dione Oliveira Moura, Nelson Fernando Inocêncio da Silva, José Jorge de Carvalho, Girlene Ribeiro de Jesus, Maria Eduarda Tannuri Pianto e Maria de Fátima Ramos Brandão para fazer avaliação dos dez anos de implantação da política de ação afirmativa para o ingresso de estudantes naquela instituição (Universidade de Brasília, 2013).

O mencionado estudo concluiu que os Índices de Rendimento Acadêmico - IRA médio entre os alunos cotistas e não cotistas não apresentaram discrepância considerável, quebrando-se o mito de que aqueles beneficiados pela ação afirmativa não conseguiriam acompanhar as aulas. A título ilustrativo, a pesquisa demonstrou que, na área de Ciências da Saúde, por exemplo, a diferença entre os IRAs médios obtidos pelos estudantes que ingressaram pelo sistema universal e os IRAs médios dos estudantes que ingressaram pelo sistema de cotas para negros é de no máximo 0,2. Ou seja, é praticamente inexistente.

A análise dos cursos mais concorridos no vestibular da Unb, como o de Medicina, Direito e Engenharia Civil, também comprovou não haver o alarmado abismo quanto aos índices de aproveitamento dos alunos cotistas e não cotistas.

Questão importante também constatada pelo estudo que avaliou a política de cotas da Unb refere-se ao índice de evasão do ensino superior, o qual também não apresentou grandes disparidades entre cotistas e não cotistas.

A avaliação feita pela Unb também trouxe críticas ao sistema de cotas proposto pela Lei 12.711/12, no tocante aos critérios de distribuição das vagas remanescentes de cada um dos grupos optantes pelas cotas de escolas públicas, o que poderia ensejar uma maior dificuldade para o acesso ao ensino superior dos

negros que não fossem enquadrados nos limites de renda e não fossem originários dos colégios públicos.

Certamente, esse tema mereceria uma análise mais aprofundada, a respeito da política pública definida pelo legislador, especialmente quanto à ponderação de se implementar uma ação afirmativa capaz de prestigiar, concomitantemente, aspectos étnicos e sócio-econômicos. Todavia, esse objetivo ultrapassa os limites do presente estudo, o qual aborda, genericamente, a participação do Judiciário no processo de concretização dos direitos sociais, em especial o direito à educação.

Em síntese, o que se pode afirmar, a partir dos precedentes do STJ e do STF, é que o Judiciário respaldou a autonomia universitária e assegurou a política de cotas para o acesso ao ensino superior, tendo rechaçado movimentos contrários à implementação da referida ação afirmativa.

Após os estudos acima mencionados, observa-se que a chancela judicial dessa discriminação positiva trouxe inclusão para a parcela da sociedade beneficiada com o programa de cotas, contribuindo para corrigir distorções históricas que remontam às origens do Estado brasileiro, amainando o discurso elitista antes imperante no âmbito do ensino público universitário do país.

Ao evitar estabelecer exceções à regulamentação posta e impedir o estabelecimento de subjetivismos para a implementação da ação afirmativa, os órgãos jurisdicionais de cúpula contribuem para a pacificação social e, por conseguinte, para a efetividade dos direitos cotejados.

3.4. Desafios quanto ao controle judicial da qualidade do ensino:

A partir do levantamento jurisprudencial realizado acima, é possível verificar a existência do debate judicial sobre diversos aspectos relacionados com o direito à educação, a exemplo de questões referentes à falta de vagas, professores, transporte escolar, ações afirmativas etc. Contudo, ainda não chegou ao crivo dos

tribunais superiores uma discussão relevante sobre um tema importantíssimo que é a qualidade do ensino²⁷.

Os arts. 206, VII, e 211 da CF/88 fixam que o ensino será ministrado com base no princípio da garantia de padrão de qualidade, estabelecendo para o Estado e Municípios, no bojo de suas respectivas competências e para a União Federal, no âmbito da responsabilidade redistributiva e supletiva que lhe é conferida, a obrigação de proporcionar um padrão mínimo de qualidade do ensino. Esse conceito, no entanto, possui alto grau de indeterminação.

O art. 4º, IX, da LDB procura definir padrão mínimo de qualidade como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem. Como se vê, os elementos trazidos no dispositivo legal também apresentam-se vagos, o que seria justificável para uma norma que apenas visa estabelecer as diretrizes do ensino, considerando-se, ainda, a natural evolução dos processos pedagógicos e a necessidade de se especificar as respectivos fontes de custeio. Não obstante tais dificuldades legislativas, o fato é que a indicação de parâmetros objetivos para a aferição da qualidade do ensino é medida que se impõe, devendo haver previsão no Plano Nacional da Educação, bem como em atos normativos regulamentares.

Em 2010, o Conselho Nacional de Educação trouxe elementos que representaram um grande avanço para a definição dos critérios balizadores da qualidade do ensino. O Parecer CNE/CEB n. 8/2010 indicou um projeto de resolução para se calcular o Custo-Aluno-Qualidade Inicial - CAQi, de modo a se estabelecer os insumos indispensáveis para o processo de ensino e aprendizagem. Esse índice supera a visão meramente formalista de repasse orçamentário das receitas constitucionalmente vinculadas à educação, pois pretende aliar a despesa a padrões de qualidade, isto é, qual seria o mínimo necessário a ser despendido por cada aluno para que o serviço educacional seja considerado de qualidade.

Para Élide Graziane Pinto, "gastar formalmente o mínimo de recursos vinculados, mas não assegurar o padrão de qualidade, é gastar mal (lesão aos

²⁷ Não se identificou nenhum julgado do STJ e do STF no qual houvesse uma discussão específica sobre os critérios utilizados para o ensino público de qualidade, mas apenas questões voltadas à necessidade e infraestrutura física das escolas, como se observa no ARE 635.679/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ. 6/2/12, no qual o cerne do debate estava no reconhecimento da legitimidade do Ministério Público do Estado de Goiás para exigir do respectivo ente federativo, no âmbito da ação civil pública, a construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento dos alunos.

princípios da finalidade e eficiência), além de configurar oferta irregular de ensino [...]." (2015, p. 27).

Além do CAQi, que envolve a noção de padrão mínimo de qualidade, sendo, portanto, vinculante para a Administração Pública, existe um outro índice denominando de CAQ - Custo-Aluno-Qualidade, o qual busca calcular o investimento necessário para que se ofereça mais que o mínimo de insumos. Trata-se de uma segunda etapa a ser implementada, com a finalidade de aproximar o Brasil dos países mais desenvolvidos no plano do financiamento do ensino público de qualidade²⁸.

Tanto o CAQi como o CAQ foram incluídos entre as metas do Plano Nacional de Educação, contido na Lei 13.005/14. Nos termos do item 20.6 dessa norma, o governo brasileiro comprometeu-se a, no prazo de 2 (dois) anos contados da vigência da lei, implementar o Custo Aluno-Qualidade inicial - CAQi, referenciado no conjunto de padrões mínimos estabelecidos na legislação educacional e cujo financiamento será calculado com base nos respectivos insumos indispensáveis ao processo de ensino-aprendizagem e será progressivamente reajustado até a implementação plena do Custo Aluno Qualidade - CAQ.

No entanto, até os dias atuais, não houve a implementação do referido índice (CAQi), vislumbrando-se uma demanda passível de ser submetida ao Poder Judiciário para que restabeleça o plano da legalidade, diante da renitente omissão administrativa.

Ana Paula de Barcellos reconhece a viabilidade do controle jurisdicional sobre aspectos relacionados com o cumprimento das metas e das prioridades normativamente fixadas pelo Poder Público, quantidade de recursos a ser investida e eficiência mínima na aplicação desses recursos, conferindo ao Judiciário a função de acompanhar e exigir a atuação administrativa na busca dos resultados prometidos. (2008).

No caso da aplicação do CAQi, além de ter havido comprometimento governamental para a aplicação do mencionado índice no financiamento da educação básica e de ter expirado o prazo para a adoção de tal providência, a excludente da reserva do possível dificilmente será bem sucedida em juízo,

²⁸ Para uma análise mais completa a respeito do cálculo do CAQi e do CAQ, remete-se o leitor ao seguinte sítio eletrônico patrocinado pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação: <http://www.custoalunoqualidade.org.br>.

porquanto o debate se encontra no âmbito de um núcleo intangível a ser assegurado por um mínimo de insumos a ser aplicado na educação.

3.5. A tutela educacional e a sistemática de precedentes no CPC/15:

Reconhecida a possibilidade de as instituições judiciárias contribuírem para a concretização do direito à educação, é pertinente aferir algumas ferramentas processuais previstas no CPC/15 para conferir uniformização ao entendimento jurisprudencial firmado nas instâncias judiciais e, por conseguinte, propiciar maior eficácia à pretensão tutelada e a impossibilidade de haver retrocesso social quanto ao tema.

O art. 927, III, do CPC/15 atribui força vinculante aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Tais precedentes, portanto, por induzirem um comprometimento maior quanto à necessidade de serem observados pelos demais órgãos judiciários, podem configurar-se como aliados na tutela do direito educacional.

Outro ponto a ser considerado é que o microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, como se verifica nos recursos repetitivos e no incidente de assunção de competência, recomenda uma ampliação da cognição e da publicidade.

É salutar a ampliação do debate por meio da realização de audiências públicas, assim como é conveniente o ingresso de pessoas, órgãos e entidades na qualidade de *amicus curiae*, oportunizando a apresentação de diversos pontos de vista à compreensão da Corte, guarnecendo-a de informações úteis à solução da controvérsia.

Ademais, a força vinculativa desses precedentes atrai uma preocupação maior atinente ao dever de motivar a decisão judicial. A obrigação de motivação reforçada está prevista nos arts. 984, § 2º, e 1.038, § 3º, do CPC/15, quando esses normativos preceituam que o conteúdo de julgado envolverá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, a fim de que realmente possa

servir de paradigma a ser seguido. Em tais situações, o julgamento do recurso constará não apenas a solução do caso concreto, mas o precedente firmado, explicitando-se a tese jurídica a ser observada.

Além disso, a revisão da tese de direito estabelecida no julgamento dos precedentes vinculantes deve observar o mesmo procedimento adotado quando da sua formação. Por evidente, a superação do entendimento deve ser adequadamente justificada, ponderando-se valores como a preservação da segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia, que autoriza, inclusive, a modulação dos efeitos da nova decisão tomada.

A técnica de julgamento dos recursos repetitivos surgiu para possibilitar a solução de problemas de massa ordinariamente existentes na atualidade, em função da crescente complexidade das relações jurídicas. Por meio desse modelo, permite-se que seja atribuída força vinculante a um determinado precedente, fazendo-se com que a mesma solução jurídica a ele conferida seja aplicada em milhares de causas similares que desaguam no Judiciário.

Diferentemente das ações coletivas, cuja vinculação encontra-se no plano da coisa julgada, o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, como dito, produz um precedente de conteúdo obrigatório a respeito de uma questão que se repete no foro. (DIDIER JR, F E CUNHA, L. C. 2016, p. 587).

A afetação de determinado tema sob o regime dos recursos repetitivos pelo STJ ou STF acarreta a suspensão de todos os processos pendentes sobre a mesma matéria, em âmbito nacional, tendo o relator, em regra, o prazo de um ano para o julgamento do feito. Solucionada a questão, o entendimento firmado pelos tribunais superiores será aplicado pelos demais juízes no julgamento de seus respectivos processos.

A utilização dessa técnica de julgamento é viável nas causas sobre o direito à educação, caso se observe um grande número de demandas buscando do poder público a mesma providência jurídica.

Outro mecanismo processual contemplado no CPC/15 é o incidente de assunção de competência. Nos termos do art. 947 do diploma processual, trata-se de instrumento destinado a solucionar controvérsia com grande repercussão social, mas que não haja repetição em múltiplos processos. Além disso, o instituto também

possui a finalidade de prevenir ou compor divergência interna no tribunal sobre determinada matéria.

O incidente de assunção de competência pode ser utilizado tanto pelas Cortes de apelação, como pelos tribunais superiores e provoca o deslocamento de competência no âmbito interno do tribunal para o órgão colegiado de maior composição. O resultado do julgamento origina um precedente a ser necessariamente observado pelo próprio tribunal, seus respectivos órgãos e os juízes a ele subordinados.

3.6. A utilização de mecanismos de autocomposição em prol da causa educacional:

Em interessantíssimo artigo sobre os novos rumos judiciais na concretização de políticas públicas, especialmente no que tange ao direito à educação, a juíza Maria Gabriella Pavlóoulos Spaoloni descreveu um caso ocorrido na Justiça de São Paulo em que a magistrada teve a oportunidade de utilizar o processo como meio de modificar a realidade social e angariar recursos para serem aplicados na área educacional. (2017, pp. 45-68).

A articulista relatou o problema vivido pelo Município de São Paulo quanto à provisão de vagas em creches e pré-escolas, não obstante os esforços municipais para atender a demanda por tal serviço.

Explicitou, inclusive, que a Lei Municipal 14.127/16 criou um programa de informação sobre demanda por acesso e permanência de crianças, jovens e adultos na Rede Municipal de Ensino, permitindo-se que o ente público pudesse ter dados mais consistentes sobre o fluxo de vagas nas respectivas unidades de ensino. O normativo em referência previu, também, uma lista de espera para preservar-se uma maior "isonomia" quanto ao atendimento dos interessados pelo serviço público municipal.

Ocorre que essa estratégia não foi suficiente para solucionar o problema de vagas existentes na Rede Municipal de Ensino, que levou as associações que integram o Movimento Creche para Todos a ajuizar uma ação civil

pública para compelir o ente público a cumprir com seu dever de assegurar a matrícula de crianças de 0 a 5 anos em creches e pré-escola.

Durante esse processo, o Desembargador Relator do feito propôs a realização de audiência pública, envolvendo a participação das autoridades municipais, membros do Ministério Público, professores, representantes do conselho tutelar, pais, jornalistas, bem como representante do Superior Tribunal de Justiça, a em. Min. Eliana Calmon, para buscar uma solução consensual para o litígio. A tentativa de acordo restou infrutífera, tendo a Corte Estadual condenado o Município de São Paulo a construir unidades de ensino para atender à demanda existente, num determinado prazo. Ocorre que, não bastasse a decisão judicial, a municipalidade continuou a enfrentar dificuldades quanto ao oferecimento de vagas em creches e pré-escolas.

No entanto, a magistrada mencionada acima, em outro processo, teve a incumbência de homologar acordo extrajudicial celebrado entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e instituição financeira internacional, com a anuência do Município de São Paulo e do Estado de São Paulo, numa iniciativa de *compliance* da entidade privada, tendo em vista que havia lucrado com a remessa de divisas ilegais realizada por político brasileiro. O objetivo da instituição financeira foi de antecipar-se a eventual ação de responsabilidade que fosse contra ela movida, ressarcindo os prejuízos ocasionados aos cofres públicos.

A juíza do feito, ciente da ação civil pública acima comentada e das dificuldades estatais para o cumprimento do dever imposto naquela decisão, fez constar no mencionado acordo uma cláusula expressa para que toda a verba arrecadada fosse destinada à construção de vagas em creches. E assim foi feito. Segundo notícia a magistrada no artigo acima indicado, foram arrecadados pelo Município a quantia de R\$47.109.300,80 (quarenta e sete milhões, cento e nove mil, trezentos reais e oitenta centavos) em 31/12/14. Acrescentando-se os rendimentos de R\$6.184.907,12 (seis milhões, cento e oitenta e quatro mil e doze centavos), totalizou-se o montante de R\$53.294.207,92 (cinquenta e três milhões, duzentos e noventa e quatro mil e noventa e dois centavos), os quais foram aplicados no sistema de ensino municipal.

Sem dúvida, trata-se de uma iniciativa pioneira na qual a autoridade judicial, numa atitude proativa e com supedâneo em um título judicial transitado em julgado, conferiu efetividade à tutela jurisdicional deferida em processo diverso.

3.7. Os atores sociais e a mobilização legal do direito à educação:

Como já foi visto anteriormente, o direito à educação encontra-se intrinsecamente relacionado com a cidadania e, por conseguinte, com a potencialidade de o ser humano interagir no seio político e social. Desse modo, aquele que se encontra alijado desse direito é uma peça vulnerável, inclusive, quanto à capacidade de mobilização para exigí-lo frente ao Estado.

Assim, quando se busca compreender os atores envolvidos na mobilização legal pelo direito à educação, deve-se ter em mente a peculiar fragilidade de seu titular, o que sobreleva a importância da atuação de órgãos públicos com atribuições constitucionais para representar esses interesses em juízo e fora dele.

A partir dos dados colhidos dos precedentes jurisprudenciais acima, tem-se que grande parte do debate judicial em torno do direito à educação envolve a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública. Nesse ponto, cumpre a esses atores a sensibilização de observar os problemas enfrentados na prestação do serviço educacional, a fim de submetê-los à tutela jurisdicional. Frisa-se isso porque, diante das peculiaridades existentes em cada unidade federativa e da autonomia e independência funcional conferida aos titulares desses órgãos públicos, a dinâmica de atuação pode dar-se com maior ou menor intensidade, dedicação e, portanto, eficiência.

Outro aspecto essencial para a concretização desses direitos é a participação da sociedade civil organizada, a qual deve cumprir um espaço infinitamente maior nesse processo. Desde já, reconhece-se o relevo da atuação de instituições como a Campanha Nacional pelo Direito à Educação e o movimento Todos pela Educação.

A Campanha tem promovido a tarefa de articulação com comunidades escolares, movimentos sociais, sindicatos, organizações não-governamentais e

grupos estudantis, com a finalidade de pressionar o poder público e mobilizar a sociedade em prol da educação. No âmbito do Legislativo, recebeu o prêmio Darcy Ribeiro pelo papel desempenhado na aprovação do Plano Nacional da Educação e da regulamentação do Fundeb²⁹.

O Todos pela Educação é uma organização da sociedade civil de interesse público - Oscip, que tem como objetivos principais propiciar a melhoria das condições de acesso ao ensino, especialmente a alfabetização, ampliar e desenvolver políticas de gestão dos recursos investidos na educação básica. Possui importante instrumento para a fiscalização das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação, por meio da publicação de relatórios de monitoramento das metas fixadas pelo poder público, assim como pela divulgação de mecanismos virtuais de acompanhamento desses índices³⁰.

Ainda que se louve a árdua luta desenvolvida pelos Defensores Públicos, membros do Ministério Público e integrantes de entidades da sociedade civil, não é possível concluir pela adequada representatividade dos direitos daqueles que buscam o acesso à educação, mormente diante do quadro de grande desigualdade econômica e social encontrado nas várias regiões desse imenso Brasil.

²⁹ Para maiores informações sobre a atuação da Campanha Nacional pela Educação, recomenda-se o acesso ao site: www.campanha.org.br.

³⁰ Recomenda-se o acesso ao site www.observatoriodopne.org.br para o acompanhamento online dos dados estatísticos divulgados pelo Inep, a respeito do Plano Nacional da Educação.

CONCLUSÕES

No primeiro capítulo do presente trabalho, concluiu-se que, dentre os direitos sociais consagrados constitucionalmente, a educação deve ser considerada como expressão da própria cidadania e da dignidade da pessoa humana, de modo que sua concretização é de fundamental importância não apenas para o indivíduo, considerado como um ser político e social, cuja existência está condicionada pela capacidade de comunicação, interação e relacionamento interpessoal, como também para o próprio Estado Democrático de Direito.

A partir da análise do histórico das Constituições brasileiras, percebeu-se que o direito à educação foi comumente objeto de previsão legislativa, ora com maior, ora com menor grau de detalhamento, com avanços e retrocessos, tendo em vista os momentos de maior abertura ou fechamento democráticos ocorridos no país. Verificou-se, inclusive, uma tendência elitista das constituições vencidas, a exemplo do Texto de 1934, a qual incentivava a educação eugênica e a Constituição de 1937, que conferiu primazia ao ensino profissionalizante, destinado às classes menos favorecidas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, por sua vez, o ordenamento jurídico pátrio ampliou sobremaneira a tutela educacional, propondo-se a consolidar o direito à educação como um bem pertencente a todos, de maneira plural e inclusiva. O ensino obrigatório e gratuito foi tido como direito público subjetivo do indivíduo, de responsabilidade do Estado e da família, em regime de colaboração com a sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, assim como o Código Penal estabelecem como inerente ao pátrio poder a obrigação de educar os filhos, havendo a previsão, inclusive, de um tipo penal específico para aqueles que negligenciam dessa tarefa de tamanha importância.

Além dos dispositivos constitucionais inseridos no capítulo dos direitos sociais e na parte referente à ordem econômica e social, o direito à educação encontra-se regido por normas editadas pelo legislador infraconstitucional e atos normativos editados no âmbito do poder regulamentar, envolvendo as três esferas federativas. Em razão disso, é possível concluir que, no contexto do direito positivado, a temática educacional está satisfatoriamente normatizada, estando os

maiores desafios relacionados com o processo de concretização desse direito, sob pena de torná-lo meramente simbólico e corrompido sistemicamente.

No segundo capítulo, examinou-se as conexões entre direito, política e justiça, assim como o fenômeno da judicialização da política. Realizou-se uma breve consideração sobre a abordagem conferida pela teoria do direito ao fenômeno político-jurídico e seus reflexos na atividade decisória.

O exame do fundamento de validade da norma aportou na metafísica Kantiana, passando-se pelas teses positivistas de Kelsen, a regra de reconhecimento de Hart e as correntes pós-positivistas encabeçadas por Robert Alexy. Chegou-se nos modelos teóricos que enfatizam o processo interpretativo da norma por meio de um fechamento operacional e abertura cognitiva.

Nessa fase, concluiu-se que o modelo responsivo trazido por Selznick e Nonet, ao valorizar o aspecto consequencialista da decisão judicial, proporciona uma interação cíclica entre os sistemas normativo, político e social, aproximando a atividade de aplicação do direito aos anseios da sociedade.

O estudo da judicialização da política partiu da constatação de que o Judiciário tem ingressado em áreas anteriormente conferidas às esferas do Executivo e Legislativo, o que se justificou pelo atual contexto político-social, com a inclusão de uma extensa gama de direitos nos diplomas constitucionais, o maior prestígio atribuído a modelos teóricos que enfatizam a aplicação do direito a partir de experiências valorativas, bem como a necessidade de se atender demandas sociais, considerando-se o novo papel desempenhado pelo cidadão na democracia contemporânea.

Com efeito, a ideia de soberania do tipo monista e unitária foi superada pela construção de um modelo de democracia deliberativa, estabelecendo-se novas formas de participação e representatividade do cidadão nas decisões políticas e de controle da atividade dos agentes públicos, a partir de instâncias contramajoritárias que atuem como mecanismos de dispersão do poder.

A atuação do cidadão, portanto, dá-se com base no conceito de soberania complexa proposto por Condorcet, ocorrendo não apenas por meio do voto, mas por meio de mecanismos de participação popular direta e semidireta. Desse modo, ao lado da representação política, relacionada com a prerrogativa conferida aos cidadãos de escolherem seus representantes na via eleitoral, existe a

representação funcional que, por consenguinte, concede-lhes uma cidadania social para interferir no processo de criação legislativa e na aplicação das leis.

Após a análise do conceito de judicialização da política formulado por Tate e Vallinder e da crítica à inclusão de aspectos institucionais e culturais naquela proposta, aferiu-se, a partir das pesquisas realizadas por Werneck Vianna que o Judiciário brasileiro difere do americano por ser eminentemente reativo e pelo fato de ter como um de seus principais usuários o próprio poder público. É nesse ponto que se verificou que o melhor caminho a ser trilhado seria buscar a compreensão da judicialização da política a partir dos atores sociais envolvidos, sob o contexto da luta por direitos.

Desse modo, a judicialização da educação foi estudada com finalidade de descrever um processo social de reivindicação de direitos em curso, por meio do qual se observa uma mobilização dos atores sociais, das normas jurídicas e dos tribunais para a fixação de uma agenda na esfera educacional.

Valeu-se, portanto, do modelo teórico proposto por Charles Epp, agregado com a contribuição trazida por Michel McCann para aferir-se a concretização do direito à educação sob a perspectiva da *legal mobilization*.

No terceiro capítulo, foi feita uma pesquisa sobre o tema direito à educação no banco de dados da jurisprudência Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, considerando-se a importância dessas Cortes judiciais para a uniformização da interpretação do direito no plano infraconstitucional e constitucional, respectivamente.

Traçado um panorama geral das controvérsias decididas naquelas instâncias, realizou-se um estudo particularizado sobre duas questões recorrentemente submetidas em juízo, quais sejam, o direito à matrícula em creches e pré-escola e a política de cotas étnico-raciais fixada no âmbito universitário.

Quanto ao direito de matrícula, observou-se que a postura intervencionista dos tribunais superiores, superando as escusas meramente formalistas do poder público, relativamente à teoria da reserva do possível, produziram, de fato, um aumento do número de alunos atendidos pelo serviço público, contribuindo para concretizar o direito à educação.

No tocante às ações afirmativas, a reação judiciária conteve a atuação de agentes contrários à implementação da política de cotas étnico-raciais pelas universidades públicas, afastando qualquer pecha de inconstitucionalidade dessa discriminação positiva e consagrando o princípio da autonomia universitária.

Trabalhos realizados pelo Insper sobre a média de notas de ingresso no ENEM, bem como por comissão formada pela Unb para avaliar os dez anos do programa de cotas naquela instituição, rechaçaram as previsões castróficas dos insurgentes contra a referida política pública. Ficou demonstrado que a abertura do ambiente universitário aos alunos desfavorecidos socialmente não implicou significativa alteração nas notas de ingresso, tampouco nos índices de aproveitamento entre alunos cotistas e não cotistas. Ao contrário de desqualificar o ensino superior, a reserva de cotas, efetivamente, promoveu a inclusão social e difundiu o pluralismo de ideias na universidade pública.

Portanto, observou-se ser afirmativa a resposta ao primeiro problema proposto no presente trabalho, no sentido de que as instituições judiciárias, de fato, são capazes de promover evoluções da concretização do direito à educação e contribuir para o cumprimento dos mandamentos previstos pelo constituinte de 1988. Alerta-se, contudo, para a conscientização do julgador, relativamente à impossibilidade de haver retrocesso social no enfrentamento da matéria.

Nesse ponto, a solidificação de teses que asseguram o direito à educação por meio de instrumentos processuais contemplados no CPC de 2015, como os precedentes dotados de força vinculante, a exemplo dos recursos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência, mostram-se relevantes para uniformizar a aplicação da norma aos casos concretos, conferindo maior segurança jurídica e eficácia social.

Quanto à representatividade desses direitos em juízo, a pesquisa constatou que essa tarefa tem sido realizada, primordialmente, pelos próprios órgãos estatais, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública. Essa realidade não causou surpresa, tendo em vista o alto grau de vulnerabilidade e exclusão social daqueles que se encontram alijados do direito à educação.

Emerge, por seu turno, a importância da atuação da sociedade civil organizada na defesa da tutela educacional. No Brasil, embora seja possível exemplificar duas entidades que exercem esse papel de forma destacada, como a

Campanha Nacional pelo Direito à Educação e o movimento Todos pela Educação, ainda há muito espaço a ser ocupado por outras instituições, uma vez que o fortalecimento desse setor contribui proporcionalmente para a ampliação de direitos e para a diminuição das desigualdades regionais que assolam o país.

Com base nesse cenário, a resposta ao segundo questionamento proposto na pesquisa ainda não é positiva. Existe um longo caminho a ser percorrido para que se conclua pela adequada representatividade dos interesses daqueles que buscam a tutela jurisdicional do direito à educação.

REFERÊNCIAS

Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 575.280/DF, Primeira Turma. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJ 25/10/2004.

_____. REsp 1.000.677/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Desembargador Convocado), DJe 15/04/2008.

_____. RMS 26.089/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 12/05/2008.

_____. REsp 1.185.474/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 29/04/2010.

_____. REsp 1.132.476/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 21/10/2009.

_____. REsp 1.254.118/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23/09/2011.

Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 2.163/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 29/06/2000.

_____. ADI 2.667/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/03/2004.

_____. ADI 3.324/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 05/08/2005.

_____. RE 410.715/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2006.

_____. RE 436.996/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2006.

_____. ADI 1.950/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02/06/2006.

_____. ADI 1.698/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ 16/04/2010.

_____. STA 389/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/05/2010.

_____. ADI 3.330/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Brito, DJ 03/05/2012.

_____. ARE 639.337/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/09/2011.

_____. RE 597.285/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ, 18/03/2014.

_____. ADPF 186/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 20/10/2014.

_____. 5.357/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 11/11/2016.

_____. RE 597.854/GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 21/09/2017.

_____. ADI 4.439/DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJ 02/10/2017.

Livros e Artigos

ALBUQUERQUE DE VICTOR, Rodrigo. **Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil – características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. espanhola de Theorie der Grundrechte, por Ernesto Garzón Valdes). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schil Silva. 3. ed. São Paulo: Landy, 2008.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Ed. Legis, 2005.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 97-103.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica.pdf. Acesso em 2 de fevereiro de 2017. Texto elaborado em 2008.

BRITO, Maria Cristina de Lima. **A Educação como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2003.

CALABRESI, Guido e BOBBITT, Philip. **Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. W.W. Norton & Company, Inc., 1978.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 1998.

CASTRO, Marcus F. de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **Revista brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1997, pp 147-156.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano II, n. 2 e Ano III, n. 3. 2001-2002, pp. 135-144.

CRUZ, Rosana Evangelista da. **Pacto federativo e financiamento da educação: a função supletiva e redistributiva da União - o FNDE em destaque**. Orientação: Rubens Barbosa de Camargo. São Paulo: s. n. 2009.

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. In: **São Paulo em Perspectiva**. v. 18, n. 2, 2004, pp. 113-118.

EPP, Charles, R. **The rights revolution: lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1998.

_____ **Making rights real: activists, bureaucrats and the creation of legalistic state**. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2009.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp.188-212.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 178, 2008, pp. 105-129.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERKENHOFF, João Batista. **Constituinte e Educação**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 238-239.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Trad. John Bednarz e Dirk Baecker. Stanford, California, Stanford University Press, 1995.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova. In: **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 57, pp. 113-133, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre. Ed. Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito**. Trad. Dimitri Dimoulis e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. In. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n.169, 2006, pp.101-126.

PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte, Fórum, 2015.

RABENHORST, Eduardo R. Necessidades básicas, direitos humanos e pobreza. In: **Revista Verba Juris**, n. 6, 2007, pp.67-85.

ROCHA, Simone. **Educação eugênica na Constituição brasileira de 1934**. Trabalho apresentado no X ANPED SUL, Florianópolis, outubro de 2014. Disponível em: http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/1305-1.pdf. Acesso em 1º de dezembro de 2016.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Os 20 anos do “The Global Expansion of Judicial Power” e as diferentes teorias de Judicialização da Política no Brasil: continuidades e descontinuidades. In: **Ponto de Vista**, n. 2., 2015, pp. 1-14.

SARLET, Ingo Wolfgang.

Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, pp. 163- 206.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, 2006.

SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

SHIGUNOV NETO, A e MACIEL, L. S. B. O ensino jesuítico no período colonial: algumas discussões. In: **Revista Educar**, Curitiba, n. 31, p. 169-189, 2008.

SPAOLONZI, Maria Gabriella Pavlóoulos. Novos rumos judiciais nas decisões de políticas públicas. In: **Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM**. Belo Horizonte, ano 18, n.64, p. 45-68, abr/jun/2017.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de Doutorado em Filosofia, Rio de Janeiro, PUC-Rio, ago. 2005 (Orientador Danilo Marcondes de Souza Filho).

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação e o mundo moderno**. São Paulo. Ed. Companhia Nacional, 1977.

TEIXEIRA, Maria Cristina. Direito à educação nas Constituições brasileiras. In: **Revista da Faculdade de Direito**, v. 5, n. 5, 2008, pp. 146-168.

TEUBNER, GUNTHER. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, 1989, pp. 29-49.

VILELA, Lara; TACHIBANA, Thiago Y.; MENEZES-FILHO, Naércio. As Cotas nas Universidades Públicas Diminuem a Qualidade dos Alunos Selecionados? Simulações com dados do ENEM. In: **Policy Paper**, n. 17, 2016.

VERONESE, Alexandre. Dos direitos sociais. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Coord. Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009, pp. 353-369 .

_____. **A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: impactos da ação judicial**. Tese de Doutorado em Sociologia, Rio de Janeiro, UERJ, jun. 2011 (Orientador Luiz Jorge Werneck Vianna).

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In: **A Democracia e os Três Poderes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz. **Americanismo e direito**. Disponível em: <http://www.acesa.com/gramsci/?page=visualizar&id=429>. Acesso em: 30 de janeiro de 2017. Texto elaborado em novembro de 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaud, 1992.

ZICHIA, Andrea de Carvalho. **O direito à educação no período imperial: um estudo de suas origens no Brasil**; orientação Romoaldo Portela de Oliveira. São Paulo: s.n., 2008.