

**OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO NA
REALIDADE PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.**

Marianne Gomes de Amaral

RESUMO: A judicialização das políticas públicas é um fenômeno vivenciado pela maioria dos países ocidentais, principalmente os de modernidade tardia. Decorre da atuação do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos fundamentais, que deveriam ser concretizados por políticas públicas formuladas pelo Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo. Entretanto, na omissão de tais poderes, surge para o Poder Judiciário a legitimidade para decidir questões que envolvam políticas públicas, especialmente quando estas estão previstas em âmbito constitucional, como ocorre da Constituição Federal Brasileira. Assim, a judicialização das políticas públicas é benéfica na concretização dos direitos fundamentais, ainda não vividos de forma espontânea em muitas sociedades, porém deve haver uma limitação do fenômeno, sob pena de se inviabilizar a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito, desarmonizando os poderes públicos. Neste texto trata-se, de forma genérica e sucinta, da judicialização das políticas públicas ligadas ao direito à educação, previsto no art. 6º e 208 da Constituição Federal de 1988, e os limites que devem ser a ela aplicados.

PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO – POLÍTICAS PÚBLICAS – LIMITES – DIREITO À EDUCAÇÃO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA 1988

SUMÁRIO: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL. OBSTÁCULOS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: DA LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL. ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES. CONCLUSÃO

**THE LIMITS OF JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES: AN ANALISYS
UNDER THE POINT OF VIEW OF SOCIAL FUNDAMENTAL LAW TO THE
EDUCATION ON THE POST BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988
REALITY**

ABSTRACT: The judicialization of public policies is a phenomenon present in most western countries, mainly those of late modernity. It elapses from the acts of the Judiciary towards the assurance of fundamental rights, that should be achieved through public policies formulated by the Legislature and executed by the Executive. However, due to the omission of such Powers, it arises to the Judiciary the legitimacy to decide matters that involve public policies, especially when the public policies are fixed in constitutional scope, as the example of the Federal Constitution of Brazil. Therefore, the judicialization of public policies is beneficent for the implementation of fundamental rights, not lived spontaneously in many societies, on the other hand, there might be a limit for the phenomenon, under the penalty of derailing the survival of the Democratic State of Law itself, causing disharmony between the public powers. The present text discusses, in a generic and summarized form, the judicialization of public policies connected to the right to education fix on the article 6th and 208 on the Federal Constitution of 1988 and the limits that should be applied to it.

KEYWORDS: JUDICIALIZATION – PUBLIC POLICIES – LIMITS – EDUCATION
RIGHT – FEDERAL CONSTITUTION OF BRAZIL

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo do fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas no âmbito do direito constitucional à educação, levando em conta a falta de efetividade de direitos fundamentais no Brasil.

Dada a realidade brasileira hodierna, que se encontra distante do preceituado na Constituição Federal (CF) e de poderes majoritários que a realizem (Constituição), é necessário a atuação do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à educação, estabelecido no art. 6º da Constituição Federal.

Estatui o art. 6º, CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (CF, 1988)

Como direito fundamental positivo, o direito à educação exige por parte do Estado um conjunto de medidas positivas, isto é, de prestações, “que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação”. (SARLET, p. 302)

Ocorre que quando o poder público deixa de implementar a política pública para a educação, não concretizando esse direito constitucional, autoriza a intervenção do Poder Judiciário, que se movimenta na direção da efetivação do direito violado, conforme se depreende do trecho da ementa do julgado ARE 639337 AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que

elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125) (grifo próprio)

A questão reside, dentre outros, nos seguintes impasses: como o Poder Judiciário pode efetivar o direito à educação sem invadir exacerbadamente o âmbito dos poderes majoritários, desrespeitando a sua discricionariedade na escolha da alocação de recursos; como o juiz pode decidir diante de conflitos de interesses; em que ponto a Reserva do Possível modula essa decisão do Judiciário; e qual a capacidade institucional do Judiciário na concretização do direito à educação.

Assim, o presente trabalho se justifica diante do vasto número de problemas que envolvem a questão da Judicialização das Políticas Públicas, desde sua origem até os seus limites, bem como a importância do direito fundamental discutido, que tem reflexos inclusive no fortalecimento da democracia de um país.

2. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

É cada vez mais comum, desde o fim da II Guerra Mundial, que, na maior parte dos países ocidentais, o Poder Judiciário e suas cortes constitucionais sejam “protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos.” (BARROSO, p. 1)

Apesar de ter sido na modelagem do *Welfare State* que os direitos sociais ganharam espaço nas constituições, foi com o seu declínio, na década de 1970, que o Judiciário ganhou força. Isto porque de acordo com o modelo *welfareano*, o Estado, por meio de ações governamentais (Poderes Legislativo e Executivo), toma para si a função de promover o vetusto catálogo de direitos sociais estampado na Constituição. A partir do momento em que os poderes políticos assumem e cumprem o compromisso de materializar os reclamos sociais, o lugar do Judiciário passa a ser secundário. A concepção liberal (ou neoliberal) ressuscitada nos anos 70, diferentemente, significou o afastamento da mão do Estado, como também o

distanciamento entre representantes e representados. O Estado *welfareano*, empenhado com prestações sociais, cede espaço para a livre iniciativa. (grifo no original – VICTOR, 2011, p. 19)

Conforme se percebe, é com o declínio do Estado Bem-estar Social que o Poder Judiciário passa a se posicionar como tão importante ator na concretização das políticas públicas, previstas no âmbito constitucional, pois os demais Poderes deixam de agir na realização destas com tanto afínco como durante o *Welfare State*.

Esse fenômeno mundial vem ocorrendo também no Brasil, revelando um “avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária” (BARROSO, p. 1). Assim, o Supremo Tribunal Federal (STF), nossa Corte Suprema, vem exercendo um papel cada vez mais ativo no cenário brasileiro.

Inúmeros casos demonstram a tênue linha entre a justiça e a política na realidade global corrente. No Brasil, o empoderamento do Poder Judiciário é ainda maior do que na maioria dos países que presenciam esse fenômeno, seja pelas circunstâncias que permeiam a Constituição Federal vigente, seja pela realidade política vivenciada. Seja, inclusive, pela crescente força da TV Justiça com o acompanhamento dos julgamentos por parte da população. (BARROSO)

O fenômeno supracitado é o da Judicialização da Política. “*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (grifo no original – BARROSO, p. 3).

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Em nosso país, podemos verificar a ocorrência da judicialização por três grandes motivos, quais sejam: a “*redemocratização do país*”, efeito consequente, sobretudo, da promulgação da CF/88; a “*constitucionalização abrangente*”, trazendo para o âmbito do Direito Constitucional diversas matérias antes pertencentes ao “processo político majoritário e para a legislação ordinária” (grifo no original – BARROSO, p. 3); e o “*sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo” (grifo no original – MENDES, 2005, p. 146 *apud* BARROSO, p. 4).

Da análise da primeira razão verifica-se que, com o advento da CF/88, o Poder Judiciário se fortaleceu e o acesso à justiça foi intensificado. Afinal, recuperaram-se as garantias das funções jurisdicionais, expandiu-se o poder do Ministério Público e a Defensoria Pública passou a estar cada vez mais presente em todo o país. A democracia privilegiou a cidadania, aumentando o acesso da população ao Judiciário. (BARROSO)

Ademais, considerando o segundo motivo que levou à judicialização da política – a constitucionalização do direito brasileiro – pode-se dizer que trazer uma matéria para o âmbito do direito constitucional é transformar Política em Direito, vez que:

na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. (BARROSO, p. 4)

Em relação à terceira causa, isto é, o amplo alcance do sistema de controle constitucional realizado pelo Poder Judiciário, nota-se que diversas questões podem ser levadas ao julgamento pelo Supremo, exigindo-se apenas que sejam em algum aspecto socialmente relevantes. Ainda no que concerne a esta questão é perceptível a extensa amplitude do direito de propositura de ações diretas, previsto no art. 103 da CF/88.

“A judicialização, que de fato existe, não decorreu de um opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente” (BARROSO, p. 6). O STF não escolhe julgar as causas que a ele chegam. Preenchendo os requisitos de cabimento, elas deverão ser analisadas.

Nessa toada, Luís Roberto Barroso reforça sua posição de que:

a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do Constituinte. (grifo próprio – p.17)

Outro fenômeno constatado no contexto mundial, brasileiro inclusive, social e jurídico, é o ativismo judicial, que consiste em uma atuação mais incisiva do Judiciário na concretização de valores e objetivos constitucionais, interferindo no âmbito dos demais

poderes.

A **judicialização**, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o **ativismo judicial** é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (grifo próprio – BARROSO, p. 6)

A judicialização da política tem aspectos positivos e negativos. Positivamente pode-se apontar a satisfação, pelo Poder Judiciário, das necessidades da sociedade não concedidas pelo Legislativo, e negativamente, a demonstração do enfraquecimento deste mesmo poder. Além disso, o fato de estar havendo a necessidade de se buscar a efetivação de direitos no âmbito do Judiciário revela que estes mesmos direitos não vêm sendo concretizados de forma espontânea.

Ressalta-se, novamente, que a ampliação do poder do Judiciário não se dá somente no Brasil. Na realidade, trata-se de um fenômeno mundial e é na busca pela realização do texto da Constituição, dos direitos fundamentais sociais, que ocorreu a expansão da judicialização. (XIMENES E RIBEIRO, 2009). Deste modo, destaca-se que:

o processo de judicialização da política advém de uma espécie de “revolução passiva”, ou seja, uma revolução sem revolução, onde o Judiciário seria investido da capacidade de interpretar o conteúdo constitucional, transcendendo suas funções tradicionais de simplesmente adequar o fato à lei, mas de inquirir a realidade à luz dos valores e princípios dispostos constitucionalmente. (VIANNA, 1996 *apud* XIMENES E RIBEIRO, 2009)

Em razão do exposto, surge para o juiz um novo papel: o de garantir o cumprimento dos preceitos de uma sociedade democrática que diante de suas próprias complexidades não consegue se gerir. (XIMENES E RIBEIRO, 2009).

4. OBSTÁCULOS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como exposto ao longo do texto, ainda que benéfica, e essencial em um primeiro momento, à concretização dos direitos fundamentais, a Judicialização encontra diversos obstáculos dentro do próprio sistema da democracia e da separação dos poderes. No

que tange aos impasses deste fenômeno, Barroso esclarece que:

Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. (p. 10)

Relativamente às oposições à crescente intervenção judicial estabelece-se que quanto ao risco para a legitimidade democrática, os juízes, apesar de não serem agentes públicos eleitos, atuam dentro dos limites impostos pela Constituição e, mais, no cumprimento do poder por ela atribuído. É papel da jurisdição constitucional assegurar os direitos fundamentais e a democracia. Portanto, como intérprete final da Constituição, o STF deve, sim, buscar a concretização das garantias do texto constitucional. (BARROSO)

Quanto à politização indevida da justiça, deve-se ponderar que direito não pode ser política na vertente de agir discricionariamente, com livre escolha e motivação. Mesmo porque é a motivação que legitima a atuação do Poder Judiciário. Sendo cabível mais de uma interpretação em um dado caso concreto, deverá o juiz procurar a solução mais adequada, e justificar sua escolha. Ainda que, para alcançar tal adequação e a proteção das garantias constitucionais, tiver o magistrado de decidir em desfavor da maioria, ele estará consolidando a democracia e não a mitigando. Deve-se recordar que a interpretação constitucional é uma função jurídica. (BARROSO)

No que atine a última objeção exposta acima, a doutrina moderna tem explicitado dois conceitos relevantes: capacidade institucional e efeitos sistêmicos. “*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria” (grifo no original – BARROSO, p. 16), capacidade esta nem sempre aferível no Poder Judiciário. “Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário” (grifo no original – BARROSO, p. 16).

Portanto, entende-se que o Judiciário, muitas vezes, mesmo que possa proceder em sentido comissivo, deve deixar de agir, numa “auto-limitação espontânea”, em benefício do Poder mais qualificado para a resolução do problema.

5. DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: DA LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Como dito, o Poder Judiciário, guardião do texto da Carta Magna, deve ainda que contra a vontade da maioria, velar pela concretização dos direitos fundamentais – dentre eles o direito à educação – expressos neste texto para garantir o império da democracia.

Em relação ao direito à educação, a Constituição Federal estabelece que:

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

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

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

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

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

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

§ 3º. Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (CF, 1988)

Assim, o texto constitucional deixa bem claro o dever estatal na implementação de políticas públicas para a educação. Como se pode perceber é exatamente essa previsão constitucional que autoriza a busca pela concretização do direito à educação no Poder Judiciário. É esse o fundamento jurídico que justifica as decisões judiciais impondo uma atuação dos demais poderes.

Colaciona-se a seguir, de forma a elucidar casuisticamente, trechos da ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal – ARE 639337 AgR –, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que decidiu pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à educação infantil previsto no art. 208, IV, CF, quando da inércia

governamental.

O referido voto enaltece a “alta significação social” da educação infantil, a qual se estende à educação como um todo, impondo ao Estado a obrigação de cumprir o texto constitucional, fornecendo às crianças de até 5 anos de idade, e aos demais indivíduos, acesso efetivo à educação, sob pena de invalidação da própria Constituição Federal.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Aprofundando-se na leitura do voto do Ministro Celso de Mello, é possível verificar como se dá o processo de legitimidade dessa atuação afirmativa do Poder Judiciário, necessária em sociedades de modernidade tardia como o Brasil (STRECK, 2006, p.1).

Primeiramente, deve-se destacar o fato de a Constituição Federal determinar que o direito à educação seja implementado mediante políticas públicas, a serem formuladas pelo Poder Legislativo e executadas pelo Executivo.

Assim, é dever do Estado concretizar o direito social à educação, que encontra referência no que Alexy chama de *entitlements concerning social rights*, exigindo do Estado uma ação positiva (ALEXY, 2009, p. 3), ou, dentro da expressão utilizada pelo Ministro Celso de Mello, um *facere*. Robert Alexy ainda complementa: a fim de não violar esses direitos sociais não basta que o Estado deixe de intervir na esferas que eles protegem. É necessário que o Estado aja. (2009, p. 3)

Nesse conspecto, o doutrinador Paulo Gonet Branco (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 259 - 260) indica os chamados direitos a prestações materiais – direitos

sociais por excelência – cujos objetos consistem em uma “utilidade concreta”, devendo ser prestados pelo Estado. São direitos, como ele próprio leciona, que visam a suavizar as “desigualdades fáticas de oportunidade” e que possuem um aspecto econômico muito claro, assim, submetem-se à reserva do possível, que será explicada posteriormente.

Retomando a análise do voto, frisa-se que não se discute que a prerrogativa de implementar políticas públicas reside ordinariamente nos poderes de representação e que, apenas excepcionalmente, pode o Poder Judiciário agir no intuito de concretizar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Como estabelece Celso de Mello, é a contumaz omissão dos demais poderes, deixando de cumprir os “encargos político-jurídicos que a eles incidem em caráter mandatório”, que possibilita essa atuação, a fim de evitar que ocorra a violação à eficácia e à integridade da Constituição Federal.

A não concretização do direito à educação acarreta manifesta inconstitucionalidade por omissão por parte do poder público, a qual o Poder Judiciário e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, jurisdição constitucional, deve combater. Desta forma, o STF deve agir em favor da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de segunda dimensão, em especial o direito à educação, basilar em uma democracia.

O Ministro esclarece ao votar a questão que “os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição”, o que os impede de se apoiarem em simples juízos de oportunidade e conveniência para frustrar o

mandamento soberano da Constituição Federal. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

No que tange à separação dos poderes, o Ministro supracitado entende que não há qualquer transgressão a esse conceito no caso estudado, uma vez que a necessidade de se manter a primazia da Constituição Federal justifica o comportamento afirmativo do Poder Judiciário. Recorda-se a missão institucional deste poder de guardar a Lei Fundamental da República, devendo, portanto, suprir a inércia inconstitucional dos órgãos estatais.

Acerca desse tema, Inocêncio Mártires Coelho pondera que, no contexto de modernização atualmente vivenciado nas sociedades constitucionais, o dogma da separação dos poderes, inicialmente pensado em sentido rigoroso, teve de ser flexibilizado, devendo ser compreendido com “temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam”. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 156)

Especificamente em relação ao direito à educação infantil para as crianças de até 5 anos, previsto no art. 208, IV, CF, o fato de ser essa norma de caráter programático, não pode, de forma alguma, induzir que se está tratando de mera promessa constitucional sem consequências, mas sim de norma que possui eficácia jurídica e força cogente, tal qual se infere da leitura do voto que aqui se discute.

Parte-se neste momento à análise do inevitável dispêndio financeiro que é inerente à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa esfera, Robert Alexy (2009, p. 3) aponta essa despesa financeira relacionada aos direitos que exigem a atuação positiva do Estado como um dos principais problemas na sua satisfação, especialmente no que concerne aos direitos sociais.

Em outras palavras, deverá ser destinada parte da verba pública para a efetivação dos direitos sociais, o que implica a necessidade de se ponderar, dada a escassez de recursos, entre o que se chama de “mínimo existencial” desses direitos e os limites orçamentários do Estado, ao qual, sendo comprovada a sua incapacidade econômico-

financeira, não se poderá determinar a imediata concreção do texto constitucional. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Dentro deste contexto, como doutrina Ingo Sarlet, para que se concretize um direito social a prestações há necessariamente a alocação expressiva de recursos. Esse “custo” tem relevância significativa na eficácia e efetivação destes direitos. Assim, se faz necessária a análise da conjuntura econômica para que se verifique a possibilidade de o Poder Judiciário impor a satisfação destas prestações aos demais poderes. (2007, p. 302)

6. RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Em relação ao conflito entre “reserva do possível” e “mínimo existencial”, o STF entendeu que o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser utilizado com o intuito de impedir a implementação de políticas públicas e encontra limitações no “mínimo existencial”, conforme se verifica no julgamento do ARE 639337 AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

O “mínimo existencial”, tal qual se infere do voto ora trabalhado, decorre, de forma não explícita, da combinação de dois preceitos basilares previstos em nossa Constituição: do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), fundamento da República Federativa do Brasil, e do objetivo constitucionalmente imposto de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF/88).

Ingo Sarlet ensina, em relação à chamada Reserva do Possível, que esta representa um limite jurídico e fático à concretização dos direitos, mas também pode funcionar como meio de privilegiar determinado direito fundamental. Deste modo:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos como intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (2007, p. 305)

Também acerca do tema, Inocêncio Mártires Coelho leciona que o princípio da reserva do possível tem peculiar destaque no âmbito da saúde e da educação pelo fato de as normas previstas no bojo da Constituição Federal terem atribuído ao Estado – provedor – o dever de satisfazer tais necessidades, essenciais à dignidade da vida humana. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 1367)

7. ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

Diante da análise do julgado acima exposto, é possível notar que a questão da judicialização das políticas públicas para a educação é bastante arraigada no ordenamento jurídico brasileiro. Por diversas vezes o STF se pronunciou no sentido de que o direito à educação infantil, como fundamental que é, não pode ser postergado (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 264).

Nessa direção, “a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível” e por isso a necessidade de sua concretização é tão imperiosa, concedendo ao Poder Judiciário a autorização para intervir quando os poderes majoritários injustificadamente se omitirem. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Portanto, o Judiciário tem agido como um forte contribuinte à realização das políticas públicas, um fator decisivo para a efetivação dos direitos fundamentais, um instrumento imprescindível para o alcance da Justiça Social e um meio essencial de cumprimento do texto constitucional. Como disse Garapon (2001, p. 26-7 *apud* XIMENES E RIBEIRO, 2009), o Poder Judiciário é o “último guardião de promessas”.

Para Celso de Mello, “nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que

elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). Desta forma, como debatido ao longo do artigo, não havendo o espontâneo cumprimento das políticas públicas constitucionais por parte dos poderes majoritários cabe ao Judiciário exigí-lo com intuito de consagrar a vontade do legislador constituinte.

Como último destaque, complementa-se com o que se entende pelo princípio do Estado Democrático de Direito, um dos alicerces republicanos, previsto no primeiro artigo da Constituição. Desta maneira, é Estado Democrático de Direito aquele que “se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos” (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 149)

CONCLUSÃO

Em suma, para que efetivamente sejamos um Estado Democrático de Direito é necessário que se cumpra o texto constitucional, formulando e implementando políticas públicas, em destaque a de educação, para que o povo, daquele cujo todo o poder emana, vivencie os seus direitos básicos e fundamentais.

A nossa Carta Magna, amplamente explicativa, impõe ao Poder Público essa obrigação, da qual este não pode se esquivar, ainda que tente se proteger nos escudos da “Reserva do Possível” ou dos “Juízos de Oportunidade e Conveniência”.

Não é que não se deva analisar a “realidade fática” – se é que se pode estabelecer de forma uníssona qual seja esta – e a conjuntura econômica na concretização dos direitos. Há sim limites financeiros e orçamentários e, com efeito, são os poderes majoritários que devem decidir como alocar os recursos. O que não se pode é utilizar tais argumentos de forma falaciosa.

Ademais, conforme dito, se o poder emana do povo, como pode este não gozar de seus direitos mais básicos, ainda que de forma mínima, mas minimamente digna, tais

quais educação e saúde?

Não se pensa aqui que o Poder Judiciário seja o mais preparado e capaz para estabelecer como e quando implementar políticas públicas, mas que estas devem necessariamente ser implementadas, sob pena de se invalidar a democracia.

Não agindo os demais poderes, surge ao Poder Judiciário, aquele que deve zelar pela eficácia do texto constitucional, o dever de determinar que tais políticas sejam concretizadas, pois é assim que prevê o texto que irradia a todo o nosso ordenamento jurídico.

Como exposto, o Princípio da Separação dos Poderes deve ser flexibilizado para que se adeque ao mundo contemporâneo. Por outro lado, essa flexibilização não pode se dar de forma excessiva para que não se rompa o sistema de “pesos e contrapesos”.

Em última análise, a Judicialização das Políticas Públicas é o remédio necessário para que a nossa sociedade atual (de modernidade tardia, como referendado anteriormente) seja minimamente justa, equânime e digna. Entretanto, como todo remédio (ou quase todo), este deve ser prescrito com termo inicial e final (não se pode – ainda – definir qual seja este). Ao contrário, ao invés de fortalecer o paciente, o torna fraco e dependente.

O resultado final, em todo caso, é que os direitos fundamentais devem ser concretos, vividos e sentidos, não somente palavras soltas em um texto. Cabe ao poderes Legislativo e Executivo, então, tomar para si sua “missão”, para tornar efetiva a nossa Constituição “cidadã”, realizando os direitos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. 2009. Disponível em: http://www.4shared.com/document/v9rQDr9r/On_Constitutional_Rights_to_Pr.html. Acesso em: 20 nov. 2011 às 13:46.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 18 set. 2011 às 13:48.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm . Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. STF, ARE 639.337 AgR/SP. 2ª Turma. Rel. Min, Celso de Mello, DJe 15/09/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 24 set. 2011 às 19:16.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O "poder" discricionário. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Cap. 1, p. 9-48.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 301-305.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cap. 1, p. 1-11.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011. 142 p. (Idp).

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13752>. Acesso em: 7 set. 2011.