

O DIREITO À EDUCAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE RIGHT TO EDUCATION AND THE JUDICIAL ACTIVISM ON THE PERSPECTIVE OF THE DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Carolina Maria Morro Gomes Galbiati¹

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito à educação em seu art. 205 como direito de todos e dever do Estado, da família e da sociedade. Observa-se que a educação básica constitui direito público subjetivo e compreende aquela prestada dos quatro aos dezessete anos de idade. Eis o caráter que lhe conferiu a Constituição Federal de 1988 – direito social e fundamental. Em se tratando, pois, de direito social, a sua efetividade deve ser assegurada pelo Estado por meio da implantação de políticas públicas destinadas ao campo específico da educação básica. Ademais, verifica-se que o cidadão é titular deste direito fundamental e detém o poder de exigir tal prestação inserida em sua

esfera de direitos. No entanto, enfatiza-se que, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal atribuiu efetividade plena ao art. 208, IV, da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006, que trata da educação infantil, corroborando a adoção da postura do ativismo judicial. Considerados esses aspectos, o presente artigo pretende analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337 do Estado de São Paulo. Para tanto, inicialmente, o estudo tratará do direito à educação no contexto da Constituição Federal de 1988. Segue-se a abordagem ao ativismo judicial, para, por fim,

¹ Advogada. Mestranda pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem do Programa de Mestrado em Direito – Área de Concentração: Teoria do Estado e do Direito (Marília, São Paulo). Bolsista Capes – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre a “Constitucionalização do Direito Processual” da Instituição Mencionada.

analisar a decisão do STF no âmbito do agravo regimental do recurso extraordinário mencionado, como possível ocorrência do ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à educação; Constituição Federal/1988; ativismo judicial; decisão judicial.

ABSTRACT: *The Federal Constitution of 1988 recognized the right to Education in the article 205 as due to anyone and a duty of the State, the family and society. It is observed that a basic education constitutes a subjective public right and comprehends that provided for children between the ages of about four and seventeen years old. Here it is the character conferred on basic education by the Federal Constitution of 1988 – it is a social and fundamental right. As a result of being a social right, its fulfillment must be instituted by the State through the establishment of public policies aimed at the specific field of basic education. Besides being entitled to have this fundamental right, the citizen holds the power to demand for such a provision which is inserted into his table of constitutional rights. However, it must be emphasized that in a recent decision the Federal Supreme Court attributed fully effectivity to article 208, IV, of the Federal Constitution of 1988 in the writing put down through Constitutional Amendment n° 53/2006, which deals with childhood education, corroborating to strengthen the adoption of a posture that approaches to judicial activism. Considering these aspects, the present article intends to analyze the decision pronounced by the Federal Supreme Court in the Regimental Grievance in the Extraordinary Appeal n° 639.337 of the State of São Paulo. For that purpose, firstly the study deals with the right to Education within the context of the Federal Constitution of 1988, then considers the judicial activism, and finally approaches the decision emanated from Federal Supreme Court, correlating the content of the Regimental Grievance in the above-mentioned Extraordinary Appeal with the possible occurrence of judicial activism.*

KEYWORDS: *The right to education; Federal Constitution/1988; judicial activism; judicial decision.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito à educação no contexto da Constituição Federal de 1988; 2 Ativismo judicial; 3 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 639.337 do Estado de São Paulo; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The right to education within the context of the Federal Constitution of 1988; 2 Judicial activism; 3 Decision analysis by the Federal Supreme Court in the Regimental Grievance in the Extraordinary Appel n° 639.337 of the State of São Paulo; Last considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O direito à educação assumiu relevância com o advento da Constituição Federal de 1988, mormente porque enalteceu diretrizes, princípios e normas, com vistas ao aprimoramento e à prestação de uma educação de qualidade para todos.

A Constituição Federal de 1988 preconiza que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, respondendo pelo desenvolvimento holístico da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Neste mister, conclama todos os atores do processo político, socioeconômico, cultural e jurídico a se envolverem plenamente porque se garanta o direito à educação.

Não obstante, o direito à educação está distante de se efetivar a contento nas escolas de todos os níveis, o que revela ser carente o texto constitucional, que, por vezes, constitui verdadeira letra morta da lei. Traduz-se apenas em um elenco de boas intenções, em uma propensão para investir, de fato, no que promove o interesse coletivo, a ação de outrem ou de outros setores, contudo sem garantias de reciprocidade. Com efeito, sequer o mínimo ali previsto compõe a realidade da escassa educação brasileira – perpetuada sem atingir um padrão de qualidade aceitável.

Em se tratando de direito social, fundamento a compor a segunda dimensão de direitos, o direito à educação exerce um relevante papel na instituição e manutenção do Estado Democrático de Direito; demanda, pois, reflexões fundadas no intuito de alcançar educação e ensino de qualidade.

Tanto o contexto da educação brasileira quanto a sua correspondente legislação urge os atores envolvidos no processo de se efetivar e manter uma educação de qualidade – com destino equânime a todas as classes sociais –, a repensarem a efetivação do Direito sob a perspectiva da realidade social. Para tanto, insta-se que exerçam a atividade de interpretação da lei à luz dos princípios e das normas de direitos fundamentais, expressos ou implícitos, no texto da Constituição Federal de 1988.

Importa observar que se tornou comum uma atuação mais intrépida do Poder Judiciário, no sentido de intervir na esfera de outros Poderes – Executivo e Legislativo –, que, muitas vezes, em virtude da inércia de executar planos e programas ou mesmo de legislar, deixam de concretizar direitos fundamentais mínimos previstos na Constituição Federal de 1988. Decorre daí a imprescindível

intervenção do Poder Judiciário no âmbito dos outros Poderes, obrigando-os à observância dos parâmetros estabelecidos pela Constituição.

Porque se institua o Estado Democrático de Direito, releva-se a mudança de postura do Poder Judiciário. De outro lado, se enaltece que medidas e limites devam ser considerados sob pena de ofender o princípio da separação de poderes, a democracia, legalidade e segurança jurídica, que, de igual modo, são absolutamente imprescindíveis à manutenção do pacto federativo e do próprio Estado Democrático de Direito.

O reforço dessa postura ativista do Poder Judiciário, no sentido de tornar efetivos os direitos fundamentais, de implementar políticas públicas e concretizar direitos que dependam de regulamentação legislativa, entre outras atividades, atende aos problemas enfrentados pela sociedade e dá as correspondentes soluções.

O propósito do estudo destina-se a relacionar o direito à educação a essa nova proposta ativista do Poder Judiciário de efetivar o Direito, mormente no específico âmbito do direito fundamental e social à educação, observada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337 do Estado de São Paulo.

Trata-se de observar o comportamento do Poder Judiciário em face da releitura do sistema jurídico à luz da Constituição Federal de 1988 e dos valores nela consagrados: a compatibilização das questões fundamentais que envolvem a possibilidade de efetivação de direitos sociais por meio do *ativismo judicial*. Eis, destarte, a categoria teórica principal a constituir alvo deste artigo.

1 DIREITO À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A educação constitui-se em um processo de formação da personalidade do indivíduo e fator preponderante do desenvolvimento de habilidades e competências intrínsecas à pessoa, no âmbito familiar, sociocultural, intelectual, institucional e laboral. O processo de formação confere ao indivíduo virtudes e aptidões, tornando-o apto ao exercício de atividades intelectuais, técnicas e manuais, por meio do acúmulo gradual de conhecimento.

O direito à educação encontra-se intimamente relacionado com os fundamentos da República Federativa do Brasil inseridos no art. 1º da Constituição Federal de 1988, o que implica, pois, afirmá-lo imprescindível

à formação e emancipação da pessoa na busca da realização da igualdade², objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Responde, destarte, ao princípio da dignidade da pessoa, porquanto o direito à educação visa a seu pleno desenvolvimento e sua autodeterminação no seio da sociedade, capacitando-a a efetuar escolhas e decidir, influenciando os rumos do Estado. Em decorrência natural, aí se encontra uma das formas mais relevantes de se efetivar a dignidade holística da pessoa.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa como fundamento da República – art. 1^o³, incisos I a V –, assim o faz com o propósito de enaltece-la à condição de valor supremo, instituindo-a núcleo de que decorrem todos os demais direitos fundamentais concernentes à proteção e à promoção da dignidade humana. Trata-se, pois, de princípio jurídico ético imprescindível, porque essencial ao reconhecimento do ser humano como centro normativo e axiológico do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, Kildare Gonçalves Carvalho pondera:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.⁴

Tendo em vista o estudo do direito à educação no contexto da Constituição Federal de 1988, considerar-se-ão apenas os contornos gerais da expressão “dignidade da pessoa humana”, dada a sua abrangência.

² O conceito de igualdade pode ser compreendido segundo a observação de Carvalho: “Igualdade, desde Aristóteles, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 731).

³ “Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.” (Disponível em: www.planalto.gov.br)

⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 654.

Nesse sentido, “dignidade da pessoa humana” refere-se a um conjunto de conquistas sociopolíticas, ideológicas e materiais, incorporado ao patrimônio jurídico do ser humano livre e independente de qualquer ingerência estatal.

Kildare Gonçalves Carvalho alerta:

A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento kantiano.⁵

Ingo Wolfgang Sarlet⁶ propõe interessante conceito acerca da dignidade da pessoa humana, como se verifica a seguir.

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável [*sic*] nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

Verifica-se que a dignidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro possui o valor supremo de informar a interpretação constitucional de todas as demais normas, mormente dos direitos fundamentais. Em decorrência dessa sua condição, imperioso é reconhecer a relevância do direito à educação porque se instale, enraíze-se e se perpetue a lédima dignidade da pessoa no âmbito de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária.

Os direitos humanos fundamentais tutelam e promovem a realização de uma vida digna. Conceber a existência de uma vida digna, assente no respeito à integridade física e psíquica e na realização do mínimo existencial, depende do direito à educação, pressuposto basilar para o exercício e a concretização dos demais direitos humanos fundamentais.

Por conseguinte, o direito à educação encontra-se inserido no âmbito dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa como direito social garantido no art. 6^o da Constituição Federal de 1988 e reconhecido também nos arts. 205 a 214. A educação traduz-se em um direito de todos e dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração de toda a sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho. Inclusive, é interessante observar que o art. 206^o da Constituição Federal de 1988 delinea os princípios básicos do ensino a ser ministrado.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 não apenas estabeleceu bases, diretrizes, normas e princípios destinados ao campo específico da educação, senão também elencou instrumentos capazes de tornar efetivo no plano concreto o direito à educação.

⁷ “Art. 6^o 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 64, de 2010)” (Disponível em: www.planalto.gov.br)

⁸ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes *princípios*: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 53, de 2006) VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade; VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluso pela Emenda Constitucional n^o 53, de 2006)” (Disponível em: www.planalto.gov.br)

Abordando o tema, Afonso Armando Kozen⁹ científica:

Até a vigência da atual Constituição Federal, a Educação, no Brasil, era havida, genericamente, como uma necessidade e um importante fator de mudança social, subordinada, entretanto, e em muito, às injunções e aos acontecimentos políticos, econômicos, históricos e culturais. A normatividade de então limitava-se, como se fazia expressamente na Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ao afirmar da educação como um direito de todos e dever do Estado, com a conseqüente obrigatoriedade do ensino dos 7 aos 14 anos e a gratuidade nos estabelecimentos oficiais, restringindo-se, quanto ao restante, inclusive na legislação ordinária, a dispor sobre a organização dos sistemas de ensino. Em outras palavras, a educação, ainda que afirmada como direito de todos, não possuía, sob o enfoque jurídico e em qualquer de seus aspectos, excetuada a obrigatoriedade da matrícula, qualquer instrumento de exigibilidade, fenômeno de afirmação de determinado valor como direito suscetível de gerar efeitos práticos e concretos no contexto pessoal dos destinatários da norma.

Diversamente do que se apregoava – educação elitista ou para poucos –, a Constituição Federal de 1988, se cotejada com as Constituições anteriores, avançou e conferiu ao direito à educação lugar de destaque. Destarte, há deveres de abstenção e de prestação a serem observados pelos Poderes Públicos e pelos particulares.

Observa-se que a todos se deferiu o direito de exigir a prestação do direito constitucional à educação, porque alçado a direito público subjetivo. Visa-se à democratização, ao conferir a seu titular o poder de reclamá-lo perante o Poder Judiciário, que deverá conceder a efetividade prevista pela Constituição Federal de 1988, de forma que o seu desfavor importa responsabilização do ente.

⁹ KOZEN, Afonso Armando. O direito a educação escolar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32572-39735-1-PB.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

O art. 208¹⁰ da Constituição Federal de 1988 estabelece ao Estado os deveres tangenciais ao direito à educação. Tratam-se das garantias constitucionais da educação brasileira.

Acorde o art. 208, inciso I¹¹, da Constituição Federal de 1988, por educação básica entende-se a ofertada dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, devendo ser garantida àqueles que a ela não tiveram acesso na idade própria. Constitui-se, pois, no mínimo oferecido com vista à condição existencial.

O contexto concernente à educação propõe a discussão acerca da efetividade deste direito, dado que normas que expressam direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, acorde o art. 5º, § 1º¹², da Constituição Federal de 1988. Não obstante, nem sempre o comando constitucional é respeitado nos seus exatos termos, o que torna o direito à educação destituído de eficácia social. Com efeito, a educação para todos muitas vezes se reveste de privilégio de alguns segmentos sociais, mormente a educação sob a chancela da qualidade.

Imbuído do esforço de conferir efetividade aos direitos fundamentais, sobremaneira à educação, o Poder Judiciário tem exercido, no âmbito de suas atividades típicas de julgar funções de outros poderes – Legislativo e Executivo –, a prossecução de seu mister de ver postos em prática os direitos angulares.

O ativismo judicial constitui o mecanismo por que se corrigem eventuais falhas operadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. De fato, o Poder Judiciário tornou-se a instituição essencial no processo de se reconhecerem os direitos fundamentais do cidadão. Em contrapartida, entibia-se a defesa do ativismo

¹⁰ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – *educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009); II – *progressiva universalização do ensino médio gratuito;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) III – *atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;* IV – *educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) V – *acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;* VI – *oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;* VII – *atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) § 1º *O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.*” (Disponível em: www.planalto.gov.br)

¹¹ Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹² Disponível em: www.planalto.gov.br.

judicial ante argumentos que sustentam a ofensa a princípios constitucionais da separação dos poderes, de legalidade e segurança jurídica.

Ora, além da educação básica – já enaltecida na condição de direito público subjetivo –, no contexto apresentado merecem atenção os contornos da educação infantil, prevista no inciso IV do art. 208 da Constituição Federal de 1988. Cabe questionar acerca dos aspectos concernentes à efetividade conferida pelo legislador àquela norma, porque se quantifique o ativismo judicial na efetivação dos direitos sociais e na implantação de políticas públicas no campo específico da educação infantil. Para responder a esse questionamento, não se deve prescindir de discussão a ser feita à luz da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 639.337 do Estado de São Paulo.

Uma vez observadas as linhas gerais do direito à educação no contexto da Constituição Federal de 1988, enfatiza-se, a seguir, o estudo do ativismo judicial.

2 ATIVISMO JUDICIAL

Importa aos propósitos deste estudo considerar o ativismo judicial. Pode-se perceber a primazia do empreendimento do Poder Judiciário tanto nos sistemas de *civil law* quanto nos de *commom law*, porquanto as soluções perseguidas para os conflitos normativos instaurados possuem o mesmo ideário: a realização de Justiça.

Ao tratar da expansão da ação judicial no Brasil, Gisele Cittadino¹³ assegura:

No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecido pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

¹³ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. II, n. 2, a. III, n. 3, p. 135-144, 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 6 fev. 2012.

Em larga medida, eventos de caráter sociopolítico concorreram para imprimir mudanças paradigmáticas ao processo de se alterar a sistematização da função concernente ao Poder Judiciário, entre os quais apontam-se: a transição do Estado autoritário para a construção dos Estados Democráticos de Direito; a edição de constituições democráticas, modificações nas estruturas institucionais, visando ao fortalecimento, à independência e à autonomia – todos eles se apresentaram fatores essenciais e decisivos para que houvesse imparcialidade do Poder Judiciário na efetivação dos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988.

Diante desse contexto, dada a sua relevância, sugere-se a exposição do conceito de *ativismo judicial*, instituto que encontra melhor esclarecimento na doutrina de Elival da Silva Ramos¹⁴:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Extrapolar limites impostos pelo ordenamento converge para a proposta apresentada por Luís Roberto Barroso¹⁵: “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Essa postura corrobora o apontamento de Ronald Dworkin¹⁶ quanto ao modelo do ativismo judicial:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante,

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2012 (grifos do autor).

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 215.

revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

O ativismo judicial exige juízes engajados na efetivação dos direitos e das garantias fundamentais e na identificação dos princípios e valores abrigados no ordenamento, a sua aplicação na busca de solução para o caso concreto. Ademais, essa postura judicial reivindica que juízes se comprometam à interpretação que confira uniformidade ao sistema.

De outro lado, Ronald Dworkin¹⁷ estabelece a contramão do ativismo judicial:

[...] o programa de moderação judicial afirma que os Tribunais deveriam permitir a manutenção de decisões de outros setores do Governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

A moderação constitui-se em atitude antagônica ao ativismo judicial. Advém de uma postura comedida e/ou passiva em que não se formulam questionamentos acerca do *modus operandi* dos demais Poderes instituídos. Inibe-se, pois, a intervenção de um Poder na esfera do outro, posto que se assemelhe à ofensa a princípios e valores consagrados por um determinado ordenamento, a menos que sejam situações em que houver violação inequívoca a eles. Trata-se da autocontenção judicial¹⁸, que, acorde com Luís Roberto Barroso, define a “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes”.

Posto isso, deduz-se que os modelos de moderação judicial e o ativismo judicial se contrapõem e se edificam com marcos teóricos fundados em

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 7.

argumentos diversos, tornando incontestáveis as posturas divergentes de defesa ou a crítica quanto a um ou outro modelo.

Luís Roberto Barroso¹⁹ elucida:

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O movimento costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes.

Mesmo diante destas circunstâncias, o Judiciário brasileiro tem assumido, em determinadas situações, postura mais ativista, a exemplo dos casos em que ao Poder Público se impõem os deveres – agir e de abster-se – na efetivação dos direitos sociais. Seguem-se outros casos emblemáticos de ativismo judicial: no julgamento do caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol, na fidelidade partidária, na verticalização, em greve no serviço público, no nepotismo, etc.

A atitude ativista do Poder Judiciário constitui mecanismo favorável ao aprimoramento do Estado Democrático de Direito, porque visa à adequação do texto constitucional a mudanças operadas no seio da sociedade. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso²⁰ corrobora com apontamentos:

A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.

Para justificar a relevância e a sensatez do denodo de juízes quanto à adoção dessa postura que contribui para a evolução do ordenamento jurídico, Luís Roberto Barroso²¹ declara:

O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores,

¹⁹ Idem, p. 9.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151.

²¹ Idem, p. 295.

poderá analisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa *motivadamente* demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do direito! –, supondo estar no estrito cumprimento do dever.

Em contrapartida, a intervenção do Poder Judiciário na decisão política dos demais Poderes sofre fundadas críticas, entre as quais a mais contundente incide no risco que representa ao princípio da separação dos poderes, à legalidade, à segurança jurídica, à democracia, aos limites da atuação jurisdicional e à politização indevida da Justiça.

No entanto, os argumentos adversos facilmente se combatem quando a atividade intemorata do Poder Judiciário demonstra sensatez e equilíbrio ao observar limites, ao respeitar os valores, os princípios e as regras constitucionais, visando a um processo lúdimo de aplicação e exercício de ativismo judicial.

Ademais, o ativismo judicial constitui-se em mecanismo de controle da atividade deficitária dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – em prol dos direitos fundamentais, da Justiça e da concretização das diretrizes políticas tangenciadas pela Constituição Federal de 1988, favorecendo todos os membros da sociedade.

O contraponto encontra-se na inobservância aos limites impostos pelo ordenamento, de forma que se extrapolem os seus limites e se furte à lidimidade jurídica, o que provocaria a subversão do sistema constitucional e, de fato, então lesaria aqueles princípios antes elencados. Nesse caso particular, o ativismo judicial deixará de contribuir para o aprimoramento do processo democrático.

Os contornos do ativismo judicial até aqui apresentados demonstram a sua relevância na concretização das diretrizes e dos programas constitucionais, desde que observada a dose ministrada pelo Estado Democrático de Direito, sobre o qual se edificou o ordenamento brasileiro.

Por fim, importa aqui uma discriminação concernente ao ativismo judicial: não se pode negar que, muitas vezes, o termo ativismo judicial se confunde com o de judicialização da política. Não obstante, conquanto haja semelhanças e proximidade de um e de outro termo, a identidade não prevalece.

Luís Roberto Barroso²² pormenoriza a distinção:

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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus Ministérios e a Administração Pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e Tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. 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. [...] 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 deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Constata-se que o ativismo judicial conduz a “judicialização da política”; entretanto, com ela não se confunde, porquanto questões irresolutas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo – seara política – submetem-se ao Poder Judiciário por meio de ações judiciais. Com efeito, exige-se deste poder uma solução à luz do sistema constitucional, que dê efetividade aos planos e programas constitucionais relegados a um segundo plano na ordem das prioridades administrativas e legislativas. Permite-se a referida postura em virtude do modelo de controle de constitucionalidade e da adoção de uma

²² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 3-6 (grifos do autor).

Constituição analítica. Aliás, é graças a esta possibilidade que minorias ganham voz e vez na decisão política do Estado, mormente porque compõem classes desfavorecidas e sem força para interferir no processo democrático através dos meios ordinários ou postos à sua disposição.

As decisões judiciais que, em certa medida, adotam o viés político resultam inevitáveis na contemporaneidade. Ronald Dworkin²³ alerta para a circunstância de que, “naturalmente, as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido”.

Expuseram-se alguns pormenores acerca do ativismo judicial. No entanto, longe de esgotar o tema, a adoção da postura ativista – audaciosa, criativa, ativa – mostra-se relevante como elemento de modificação, transformação e evolução do Direito, em prol de um Estado Democrático de Direito justo, equânime, plural e igualitário.

3 ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 639.337 DO ESTADO DE SÃO PAULO

No estágio atual, nota-se que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo uma posição ativista, maximizando consideravelmente os poderes do Judiciário, com vistas a uma atuação mais audaciosa e expansiva de suas atividades típicas, em decorrência da inércia dos demais Poderes.

No âmbito dos direitos sociais, o ativismo judicial tornou-se solução para corrigir as distorções provocadas pelo sistema, em virtude tanto da desídia dos administradores em implementar políticas públicas quanto da omissão injustificada dos legisladores no tratamento da regulamentação legislativa do texto constitucional. No que concerne a ambos os motivos, delineia-se a postura ativista da busca de plena efetividade dos direitos sociais.

Diante desse contexto, pretende este tópico apresentar a correlação entre o Direito e a educação, bem como a atual proposta ativista do Poder Judiciário de efetivar o Direito, perseguindo a realização plena da Justiça.

Dada a sua condição de categoria teórica precípua, na análise do ativismo judicial, considerar-se-á na íntegra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 639.337 do Estado de São Paulo. O corte metodológico permitirá identificar qual é a unidade de

²³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3.

contexto e ainda as unidades de registro que poderão ser consideradas na indicação do comportamento ativista do Poder Judiciário. Para tanto, apresentase a decisão acorde com a ementa de lavra do Senhor Ministro Celso de Mello (Relator):

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS *ASTREINTES* CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA

REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO *JURA NOVIT CURIA* - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL - POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da

discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL - HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADIn 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.* A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável

somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas

definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais,

assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS *ASTREINTES* – Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A *astreinte* – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.²⁴

A leitura da ementa do voto do Senhor Ministro Celso de Mello favorece a percepção do uso de termos ou unidades de registro capazes de demonstrar os fundamentos que justificam o perfil ativista do Poder Judiciário, entre os quais se citam: políticas públicas; omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de educação; possibilidade constitucional; descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional; hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional; controvérsia pertinente à “reserva do possível” e intangibilidade do “mínimo existencial”; questão das “escolhas trágicas”; proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo Poder Público, de direitos prestacionais; legitimidade jurídica da imposição, ao Poder Público, das *astreintes*. Todos esses elementos convergem para a unidade de contexto – efetivar os direitos sociais ou prestacionais, particularmente no âmbito do direito à educação infantil, uma vez que a decisão dela cuida.

A análise pormenorizada da decisão aponta para a atribuição de eficácia plena à norma do art. 208, IV, da Constituição Federal de 1988, que trata da educação infantil sob a justificativa de que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível. Dada a sua alta significação social, há obrigação constitucional de possibilitar o efetivo acesso e atendimento, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental. Ademais, não se expõe a

²⁴ Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 6 fev. 2012.

avaliações meramente discricionárias, tampouco se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

A decisão indica a circunstância de que os Municípios não poderão demitir-se do mandato constitucional, fator de limitação da discricionabilidade político-administrativa que não se deve exercer, de modo a comprometer a eficácia desse relevante direito social.

Nesse contexto, a interferência do Poder Judiciário, de modo excepcional embora, justifica-se, porquanto visa à implementação das políticas públicas, quando os órgãos estatais por ela responsáveis mostrarem-se inertes, a ponto de comprometer a eficácia do direito social. No caso aqui abordado, o direito à educação.

O descumprimento das políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo enseja, pois, a intervenção do Poder Judiciário, no intuito de corrigir os efeitos nefastos gerados pela falta de implementação das políticas públicas básicas, mormente em se tratando do direito à educação infantil que não deve ser relegada a segundo plano, em virtude de sua relevância para a concretização da dignidade da pessoa.

Observa-se que a tarefa de implementar e formular políticas públicas não constitui a função precípua e típica do Poder Judiciário. No entanto, diante da negligência estatal, a sua atuação é pertinente e, por vezes, imprescindível. Daí resulta a atividade criadora do Poder Judiciário em um distinto momento de realização do Direito e da Justiça por intermédio do ativismo judicial.

Outro ponto da decisão a se retomar e enfatizar refere-se à circunstância de que a inércia dos entes administrativos e legislativos em cumprir os mandamentos constitucionais configura inaceitável desprezo pela autoridade e valor da Constituição, gerando o descrédito das instituições governamentais e desvalorização das conquistas que constam implícitas ao texto constitucional.

Utilizando-se dos mecanismos e fundamentos atinentes ao ordenamento jurídico, e ante a adoção de uma postura ativista que persegue a realização da Constituição e implementação de políticas públicas, a Corte Suprema tem proferido decisões que revertem os efeitos da negligência e desídia legislativo-administrativa para concretizar os direitos sociais, especialmente os da educação infantil.

Destarte, malgrado seu caráter programático, a norma do art. 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 possui eficácia plena e deve ser acatada pelos Poderes Executivo e Legislativo, visando à sua plena fruição.

Há que se considerar um ponto controverso da decisão. Refere-se à “reserva do possível” e à intangibilidade do “mínimo existencial”: a questão das “escolhas trágicas”. O custo dos direitos sociais constitui a tônica das discussões em torno do tema da efetivação de direitos sociais. Ressalta-se que esse embate é comum nos países menos desfavorecidos economicamente, porque a destinação de recursos financeiros para o atendimento integral a direito sociais torna-se impossível. Em contrapartida, essa não é a realidade dos países ricos: em virtude das condições de fortuna que ostentam, conseguem implementar e concretizar os direitos sociais.

A escassez de recursos torna-se fator dramático na questão da escolha das políticas públicas a se implementarem não apenas no âmbito da educação – aqui particularmente abordada a educação infantil –, senão também o impasse grassa em outras esferas de atendimento público como garantia ao “mínimo existencial”. A tensão se instaura quando o Estado se vê premido ante a necessidade obrigacional de prestar assistência e a opção a fazer entre uma ou outra política pública igualmente relevante. Decorre dessa condição de sobrecarga a chamada “escolha trágica” a que o Estado deverá proceder para conferir efetividade às normas programáticas da Constituição Federal de 1988 e assegura a plena fruição dos direitos sociais.

Por outro lado, ante essas circunstâncias angustas, a invocação injustificada pelo ente estatal da “reserva do possível” resulta arbitrária e reprovável, porquanto inviabilizará alcançar o “mínimo existencial” a ser assegurado constitucionalmente ao cidadão, porque se lhe conceda a dignidade de pessoa humana – este, de fato, o valor essencial a ser máxime considerado na interpretação, visando à conformação ao ordenamento constitucional.

Em se tratando de educação infantil – direito social básico –, em que se mitiga a discricionariedade administrativa em favor da plena efetivação do direito, não merece prosperar a alegação de que o Poder Judiciário não pode interferir no mérito do ato administrativo, porque impedi-lo resultará na nulificação dos direitos sociais.

Trata-se o princípio da proibição do retrocesso social como obstáculo impeditivo de desconstituição das conquistas sociais alcançadas pelos indivíduos, porque, uma vez incorporadas ao patrimônio jurídico do indivíduo

ou de uma coletividade, não poderão ser supressas ou reduzidas pelo Estado. Destarte, a ineficiência e a atitude negligente do ente estatal em relação aos direitos sociais básicos, mormente do direito à educação infantil, não podem representar obstáculos à sua execução e efetivação, sob pena de grave violação a um direito fundamental. Observa-se que a amplitude desse direito abrange o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade”.

Por fim, a decisão proferida pelo STF demonstra a legitimidade da multa diária imposta ao Município de São Paulo. Trata-se de mecanismo coercitivo, visando a compelir o ente estatal a cumprir, efetiva e integralmente, o comando sentencial e o acórdão que o confirmou, inexistindo, pois, obstáculo para tal mister – imposição de *astreintes* em desfavor de ente público.

Os elementos e fundamentos apresentados na ementa da decisão transcrita indicam a postura do Poder Judiciário em relação aos direitos sociais e convergem para um comportamento ativista, uma vez que buscam conformar valores e princípios constitucionais na efetivação de direitos.

Ademais, a outorga de maior amplitude de poder ao Judiciário no sentido de se intervir nos rumos das decisões políticas estatais, posto que o ativismo judicial possa ser atividade que se interponha ou pareça invasão à esfera de exercício dos Poderes – Executivo e Legislativo –, constitui-se um mal necessário, dado que a negligência e desídia dos demais poderes não devem impedir que os direitos sociais se efetivem e as políticas públicas se implementem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação está consagrado no texto da Constituição de 1988 como direito fundamental e constitui elemento essencial à promoção da dignidade da pessoa humana e ao exercício dos demais direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, insere o direito à educação nos direitos sociais e, nos arts. 205 a 214, traça as diretrizes, as bases e os princípios desse direito essencial à formação humana.

Em se tratando de norma programática, a sua efetividade muitas vezes fica preterida a segundo plano na ordem de direitos a serem regulamentados e efetivados pelo Estado, caso em que a figura do ativismo judicial impõe a sua relevância na efetivação e implementação das políticas públicas negligenciadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, inclusive diante das omissões legislativas em regulamentar os direitos sociais.

A análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 do Estado de São Paulo permite identificar os fatores indicativos do comportamento ativista do Poder Judiciário, tornando clara a interpretação criativa dos valores constitucionais em prol da efetivação e implementação das políticas públicas, de modo que se constroem os limites da atuação legítima do Poder Judiciário.

Comprova-se, destarte, a legitimidade da interferência judicial criativa e ativa – observados os limites impostos pelo texto constitucional – nos rumos das decisões políticas do ente estatal na efetivação e implementação dos direitos sociais, mormente do direito à educação infantil, perseguindo o valor justiça em respeito à Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, LDA, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. II, n. 2, a. III, n. 3, p. 135-144, 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 6 fev. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O império do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. *Análise de conteúdo*. 2. ed. Brasília: Líber Livro Editora, 2005.

KOZEN, Afonso Armando. O direito a educação escolar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32572-39735-1-PB.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

MACHADO, Clara Cardoso. Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2012.

MARQUES, Franciane de Fátima. *A justiça na constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*. São Paulo: Método, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo judicial, autorrestrrição judicial e o “minimalismo” de *Cass Sunstein*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/27004.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo dos direitos sociais. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2012.

