

ATIVISMO JUDICIAL: O CONFLITO ENTRE A MICROJUSTIÇA E A MACROJUSTIÇA NO CONTEXTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Monique Modesto Ungar Alvarez¹

Resumo: Considerando a relevância do direito à educação enquanto direito fundamental social previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 e a tendência crescente na judicialização de temas sociais e políticos antes reservados aos Poderes Legislativo e Executivo, o presente artigo se destina à análise da questão do ativismo judicial enquanto postura proativa do Judiciário e a viabilidade da realização judicial do direito educacional nas esferas da microjustiça e da macrojustiça.

Palavras-chave: educação; direito educacional; efetivação constitucional; judicialização; ativismo judicial; microjustiça; macrojustiça.

Abstract: Considering the importance of the right to education as a fundamental social right provided in article 6º of the Constitution of 1988 and the growing trend in the judicialization of social and political issues previously reserved to the Legislative and Executive Power. This article is intended to analyze the matter of judicial activism as long as proactive stance of the judiciary and the feasibility of judicial accomplishment of educational right in the Field of microjustice and macrojustice.

¹ Advogada. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

Keywords: education; right to education; constitucional effectuation; judicialization; judicial activism; microjustice; macrojustice.

Sumário: 1. Introdução – 2. O direito fundamental à educação: contornos constitucionais e relevância prática – 3. Realidade fática no Brasil e políticas públicas educacionais – 4. Judicialização e ativismo judicial – 5. Realização da microjustiça e da macrojustiça pelo Poder Judiciário: limitação e necessidade – 6. Microjustiça e macrojustiça no contexto do direito à educação: análise jurisprudencial – 7. Conclusão – Referências.

1. Introdução

A Constituição é o sustentáculo maior de um verdadeiro Estado de Direito na medida em que o alicerça política e juridicamente. É o arcabouço filosófico e garantidor, fruto da comunhão de interesses maiores de determinada sociedade, devendo ser respeitada e efetivada.

Os princípios e direitos protegidos em âmbito constitucional têm a função de nortear a atuação do Estado, através da proibição de ingerências no plano das liberdades individuais e da exigência de condutas positivas no que tange à concretização do interesse público. Aqui, estão dos direitos sociais enquanto norteadores das ações e omissões do Poder Público, garantindo sua eficácia interventiva na ordem social.

Neste contexto de efetivação dos direitos sociais, como é o caso do direito à educação, exsurge a questão da interferência judicial como instrumento de realização de justiça. É exatamente sobre a possibilidade de realização da microjustiça e da macrojustiça através do ativismo judicial no tocante ao direito educacional que se propõe o estudo do presente artigo.

2. O direito fundamental à educação: contornos constitucionais e relevância prática

O direito à educação é direito fundamental social conforme previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988. É decorrente da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e, portanto, volta-se à garantia do mínimo existencial enquanto patamar mínimo de vivência digna do indivíduo. Ademais, consiste em bem comum voltado a toda a sociedade, conferindo ao sujeito a possibilidade de inclusão no contexto social, de forma capacitada e ativa.

Enquanto direito fundamental, o direito à educação possui nota de dupla fundamentalidade, sendo simultaneamente material e formal², devido ao seu conteúdo e importância. Aqui, cumpre registrar que possui a aplicabilidade imediata a que se refere o art. 5º, §1º da CRFB³, trazendo consigo a necessidade de busca de uma prestação estatal positiva e imediata visando sua concretização na realidade fática.

Observa-se, portanto, o quão notável é o direito à educação. Corroborando tal relevância, o art. 227 da CRFB confere à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, com absoluta prioridade, à criança, ao adolescente e ao jovem, dentre os direitos listados, o direito à educação. E mais, este dever de proporcionar acesso à educação é repetido nos artigos 53 a 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), de modo a salientar o crédito a ser concedido na implementação deste direito.

O Poder Público possui, à vista do quanto exposto, a obrigação de promovê-lo, atingindo os objetivos básicos dispostos no art. 205 da Constituição Federal de 1988, conforme exposição de André Ramos Tavares (2008, p.775):

Foi no art. 205 que a Constituição especificou referido direito, estabelecendo que deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e sua “qualificação para o trabalho”. Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata de mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.

² Consoante Robert Alexy (2008, p. 520 et seq.), a fundamentalidade material implica o entendimento de que “os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”. Ainda segundo o autor, “a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”.

³ O art. 5º, §1º da CRFB estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, conferindo o dever estatal de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Entende-se, portanto, que este preceito funciona como “mandado de otimização”.

A mais disso, corroborando a intelecção acerca do direito educacional, cumpre observar que seu conteúdo mínimo também é versado em diplomas legais, como é o caso da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, arts. 53 a 59), bem como das Constituições Estaduais.

Com vistas a salvaguardar o direito à educação e garantir sua eficácia, o legislador constituinte estabeleceu uma série de disposições para sua proteção, tendo como exemplos: (a) a possibilidade de responsabilização pessoal e direta da autoridade competente que não oferecer o ensino gratuito ou o fizer de forma irregular (art. 208, §2º); (b) o estabelecimento de percentuais de receitas na manutenção e desenvolvimento do ensino aos entes federativos (art. 212); (c) a possibilidade intervenção federal no caso de não aplicação do percentual mínimo estabelecido constitucionalmente para investimento em educação (arts. 34, VII, *e*, e 35, II).

3. Realidade fática no Brasil e políticas públicas educacionais

A partir da análise teórica, inegável a relevância da efetivação do direito educacional nos moldes constitucionais. Objetivando conferir relevo fático a este estudo, parte-se a uma breve investigação do cenário atual da educação no Brasil.

Neste diapasão, notam-se alguns avanços como a implantação do Prova Brasil, dentro do Sistema de Avaliação da Educação Básica (SAEB), que permite avaliar a qualidade de ensino das escolas brasileiras. Ainda aqui, destaca-se a incorporação do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb)⁴ através do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE). Apesar de haver inovações como estas, destinadas ao controle de qualidade educacional no Brasil e até mesmo programas e projetos como o Todos Pela Educação (TOPA)⁵, o fato é que “o tamanho da dívida histórica deste país com a educação é tão grande que muito ainda precisa ser feito, e com agilidade”(RAMOS, 2011, p.21).

No caso do Brasil, o problema da efetivação do direito à educação se torna ainda maior na medida em que o país possui dimensões continentais e, dentro dele, as diferenças sociais/culturais/econômicas entre suas regiões significam a necessidade de

⁴ Maiores informações sobre o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica no Portal do Ministério da Educação. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=336>>. Acesso em 20 ago. 2014.

⁵ Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/>>. Acesso em 20 ago.2014.

adequação das políticas públicas educacionais no sentido de diminuir as desigualdades existentes. Não fosse suficiente esta heterogeneidade, o Brasil parece ainda não entender a indispensabilidade de investimento na seara educacional, apesar de figurar como país em desenvolvimento e contar com uma economia forte (com o PIB entre os quinze maiores do planeta) (SILVA, 2008, p. 587).

O direito à educação deve ser realizado prioritariamente através de políticas públicas planejadas com a maior racionalidade e aproveitamento praticável, trazendo o maior benefício possível em relação aos recursos utilizados. Quanto às políticas públicas, Têmis Liberger (2009) ensina:

O conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública, mas que hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na ciência política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão. A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, de organização na sociedade e da organização do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas que deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social.

Assim, as políticas públicas, enquanto “conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País” (MELLO, 2009, p. 808), revelam-se como valiosos instrumentos de efetivação do direito educacional quando implementadas de modo adequadamente planejado.

Atente-se, ainda, que a concretização do direito à educação depende da criação não só de condições concretas, mas também de condições normativas⁶. De acordo com este entendimento, então, a realização do direito educacional na práxis, depende da atuação integrada dos três Poderes, bem interpretando e aplicando os ditames constitucionais.

4. Judicialização e ativismo judicial

⁶ “Perante o direito à educação como direito fundamental, ao Estado surge um dever de atuar positivamente, seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais). Para desincumbir-se satisfatoriamente desse dever, o Estado deve, portanto, intervir positivamente (afasta-se a ideia de subsidiariedade, típica do contexto econômico do Estado liberal)”. (TAVARES, 2008, p.780.)

Somando a intelecção sobre a indispensabilidade da atuação integrada dos Poderes ao fato de que o Brasil ainda não chegou a um nível educacional satisfatório, começa-se a pensar na questão da judicialização de questões que antes eram vistas como de competência praticamente restrita aos Poderes Legislativo e Executivo.

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. (BARROSO, 2009, p. 01)

Para entender a questão da judicialização, é preciso observar os deslindes históricos e sociais que lhe motivaram, divididos por Luís Roberto Barroso (2009, p.03) em três grandes causas. A primeira delas diz respeito à redemocratização do país, com o reavivamento da cidadania (cidadãos mais informados e conhecedores de seus direitos), que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste cenário, o Ministério Público e a Defensoria Pública se tornaram órgãos cada vez mais presentes na busca por justiça junto à sociedade brasileira.

A segunda causa se refere à maior abrangência de temas políticos pela Carta Constitucional. É dizer, temas que antes eram destinados ao processo político majoritário e à legislação ordinária foram incluídos dentre as normas constitucionais, adquirindo o *status* de pretensão jurídica.

Já a terceira causa se relaciona ao sistema de controle de constitucionalidade que possibilita o controle difuso e concentrado. Ou seja, os próprios moldes sistêmicos possibilitam o conhecimento e a interferência do Poder Judiciário em determinadas matérias.

Descrita a judicialização como decorrência direta do modelo constitucional adotado, cumpre diferenciá-la do ativismo judicial. Este último consiste na postura proativa do Poder Judiciário, promovendo a expansão do conteúdo e alcance do (con)texto constitucional através de condutas como: (a) aplicação direta da Constituição mesmo não havendo consideração expressa em seu texto e independente de lei ordinária; (b) declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos com base em critérios poucos rígidos que não signifiquem violação constitucional; (c) imposição de *facere* ou *non facere* ao Poder Público, especialmente quanto às políticas públicas.

Enquanto o ativismo judicial significa intensa atuação do Poder Judiciário na efetivação constitucional, a autocontenção judicial (considerada como seu oposto direto) exercita a redução de interferência judicial no âmbito dos outros Poderes. Como demonstra a experiência histórica e política, os valores da ponderação e do equilíbrio são indispensáveis ao adequado funcionamento de qualquer sistema, o que conduz à conclusão de que tais movimentos devam se alternar em consonância com o momento vivido no país.

No entanto, em decorrência de questões como a crise do Poder Legislativo (que se pode resumir em ausência de legitimidade, representatividade e funcionalidade), bem como a insuficiência de atuação do Poder Executivo em determinadas matérias, as decisões fruto do ativismo judicial tem sido mais recorrentes que as reveladoras da postura de autocontenção.

Em vislumbre a esta cena, Luís Roberto Barroso (2009, p.08), apesar de não acreditar que as objeções abaixo explanadas sirvam como entrave à judicialização de temas constitucionais, admite ser necessário um exame crítico e consciente de tais críticas que se resumem a três pilares: (a) riscos para a legitimidade democrática; (b) risco para a politização da Justiça; e (c) limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Inicialmente, o risco para a legitimidade democrática como objeção ao ativismo judicial pode ser argumentado com base no fato de que os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos. E, ainda, apesar disso, faz-se possível a sobreposição de decisão judicial à decisão de agente político eleito com a bênção popular. A isto se dá o nome de dificuldade contramajoritária (*the counter-majoritarian difficulty*)⁷. De outro lado, a legitimidade para tanto encontra justificativa de natureza normativa e de natureza filosófica.

Normativamente, tal poder é atribuído ao Judiciário diretamente pela própria Constituição, principalmente quanto ao Supremo Tribunal Federal, no intuito de que zele pela concretização da vontade do constituinte/legislador enquanto representantes do povo.

Já filosoficamente, a Constituição é incumbida de proteger os direitos fundamentais e dizer as regras do acontecer democrático. Em consequente, o Supremo Tribunal Federal é o órgão a quem compete velar pela Constituição, garantindo que seus

⁷ O termo “*the counter-majoritarian difficulty*” fora cunhado por Alexandre Bickel ao tratar do *judicial review* na obra intitulada “*The least dangerous branch*”.

preceitos e valores sejam respeitados. Portanto, “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco” (BARROSO, 2009, p.09), contanto que o seu funcionamento se dê com base na adequada hermenêutica constitucional e com a devida razoabilidade.

Como segunda objeção a ser citada, o risco de politização da Justiça parece depender notadamente da atuação dos juízes e da percepção de seu papel no Poder Judiciário. O fato é que Direito e Política não são tão dissociados como se pode vir a pensar, já que ambos são produtos da vontade da maioria (no Direito, isto se dá através da Constituição e das leis) e seus efeitos são experimentados pelos cidadãos.

Ademais, o ser é homem político por si próprio, não podendo se manter inerte e intocável pelo contexto em que está inserido e por sua própria subjetividade. Assim acontece também com os juízes que, apesar de possuírem vivências, opiniões e ideologias, não podem inserir suas vontades e arbítrios nas decisões judiciais que lhes competem e devem cuidar para não atropelar determinações legislativas razoáveis.

Aos juízes também compete representar os anseios sociais dentro das possibilidades, devendo, entretanto, atuar em favor da proteção aos ditames constitucionais, mesmo que isso represente decidir em sentido contrário à vontade da maioria. Isto porque “a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático”(BARROSO, 2009, p.11).

Como terceira objeção à judicialização e, especialmente, ao ativismo judicial, está a questão da limitação da capacidade institucional do Judiciário. A capacidade institucional diz respeito à definição de qual Poder seria mais habilitado a conhecer e decidir acerca de determinado tema. Em casos onde há demanda de conhecimento específico e complexidade técnica, por exemplo, o Judiciário geralmente não se apresenta como o Poder mais habilitado para julgar e decidir. Desta forma, importante que se reconheça maior aptidão decisória aos outros Poderes, desde que suas escolhas, mesmo que discricionárias, se façam razoáveis à vista da situação.

Nesta mesma esteira está o “risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis” (BARROSO, 2009, p.12), posto que o Judiciário, por sua função institucional originária, isto é, pela natureza de sua atuação usual, a princípio, possui maior habilidade para realizar a microjustiça do que para realizar a macrojustiça.

5. Realização da microjustiça e da macrojustiça pelo Poder Judiciário: limitação e necessidade

A microjustiça consiste na chamada justiça do caso concreto. É dizer, a microjustiça consiste na justiça realizada individualmente, no contexto da questão que é levada ao conhecimento do juiz. Enquanto isso, a macrojustiça se relaciona à resolução de determinadas questões sociais e políticas no universo da coletividade, função esta notadamente imputada aos Poderes Legislativo e Executivo.

Aqui se vislumbra a dificuldade institucional de concretização da macrojustiça por via judicial, já que a visão do Judiciário não é capaz de contemplar a disponibilidade real de meios e a globalidade da situação. Corroborando tal entendimento, a observação de Nagibe de Melo Jorge Neto (2008, p.144):

Assim, por exemplo, na esfera federal, no que diz respeito à condição da política macroeconômica, é impossível ao Poder Judiciário afirmar, com razoável grau de certeza, qual a melhor política para o desenvolvimento econômico do país: se a economia de recursos com fins de gerar um superávit primário capaz de diminuir o endividamento do país ou o endividamento com vistas à implementação de obras de infraestrutura.

Apesar de admitir que os Poderes Legislativo e Executivo possuem melhores condições para realizar a macrojustiça, o fato é que, muitas vezes, questões macro são submetidas aos juízes e tribunais em decorrência de violação a direitos fundamentais por ineficiência e/ou omissão daqueles Poderes.

Neste contexto, figura-se válido o registro quanto à unicidade do poder estatal e o seu exercício que culmina na teoria da separação dos poderes onde o poder uno é dividido quanto às “formas básicas da atividade estatal” (BONAVIDES, 2011, p. 119).

A ideia de separação de poderes de Montesquieu que seria adotada pela maioria das Constituições e pelo liberalismo (DALLARI, 2011, p. 217), unia-se à ideia do Estado Democrático e do sistema de freios e contrapesos. Mais que isso, relacionava-se também à ideia do *rule of law*, buscando-se assegurar a supremacia legal (TAVARES, 1999, p.69).

Entretanto, a questão da legalidade exacerbada enquanto instrumento de legitimação e institucionalização de regimes ditatoriais e violentos, a exemplo da ditadura nazista (JORGE NETO, 2008, p. 61), acabou por transformar a leitura positivista das normas na pós-modernidade.

A sociedade pós-moderna, então, em pensamento capitaneado pela abertura do Direito ao discurso moral de Jünger Habermas, passa a exigir a aplicação instrumentalizada da legislação em consonância com a hermenêutica constitucional adequada. Assim, há hoje a “distribuição de funções”⁸ do Estado e é possível visualizar a interpenetração recíproca entre elas.

Frise-se que, não se defende a anulação do sistema de repartição de poderes no Estado atual, tendo em vista sua forte conexão com os ideais democráticos e o seu papel moderador na medida em que evita usurpações e abusos. Entrementes, entende-se pela aplicação menos rigorosa do princípio, de modo a permitir a comunicabilidade entre as funções para que haja uma maior adequação ao cenário hodierno e seja dada a necessária efetivação ao conteúdo constitucional.

Evidente que a efetivação dos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à educação, demanda a utilização de recursos financeiros do Estado⁹. Entretanto, cediço o entendimento de que os recursos são limitados para o atendimento de necessidades e demandas ilimitadas.

Com isto, não se quer dizer que a teoria da reserva do possível¹⁰ justifique e legitime as falhas e displicências por parte do Poder Público, até mesmo porque, em grande parte das vezes, a inefetividade dos direitos sociais não se dá por falta de recursos, mas por falta de prioridade orçamentária. Em relação a este tema e à discricionariedade política, Dirley da Cunha Jr. (2011, p.752) esclarece:

Permitimo-nos defender, porém, que esse óbice pode ser tranquilamente afastado, pelo reconhecimento da possibilidade do Judiciário de condenar o Estado a inserir no orçamento do exercício seguinte, a previsão da despesa necessária ao cumprimento da sentença que lhe impôs a obrigação de construir e fazer funcionar adequadamente uma escola pública. E nem se diga que o Estado estaria materialmente impossibilitado, haja vista a assunção de outros compromissos financeiros, como os decorrentes do serviço da dívida, fomentos, de política monetária, planos econômicos, etc. Se, de fato, esses

⁸ Dallari (2011, p.218) critica a nomenclatura de “teoria da separação dos poderes”, entendendo maior adequação no termo “distribuição de funções”.

⁹ Observe-se que nem só os direitos sociais, culturais e econômicos, enquanto direitos que clamam a atuação positiva do Estado no sentido de promovê-los, exigem gastos do Poder Público. Para que as liberdades individuais sejam garantidas é necessário também que se oportunize um cenário apto à fruição de tais direitos, o que se dá através de disponibilização de recursos financeiros.

¹⁰ A *reserva do possível* consiste, em breves palavras, na insuficiência de recursos públicos diante das inúmeras necessidades impostas no contexto social. Isto é, representa-se pelo binômio “escassez de recursos e necessidades públicas”. A teoria é importação do direito comparado alemão, portanto, deve ser visto com cautela na aplicação à realidade brasileira visto como esta é notadamente discrepante da realidade alemã, principalmente no tocante ao cumprimento das promessas da modernidade.

compromissos existirem, é o caso de desfazê-los, por imperativo constitucional, devendo o Estado remanejar os seus recursos disponíveis para atender a determinação judicial, que nada mais faz senão garantir a vontade da Constituição, assegurando a plena eficácia de uma norma constitucional definidora de direito fundamental. Cuida-se, em última análise, da vontade da Constituição, que só será satisfeita quando todos os direitos fundamentais que confere forem desfrutados e essa vontade, obviamente, não pode ser aviltada.

Assim, depreende-se que a judicialização, e por que não dizer o ativismo judicial, faz-se importante à vista de situações em que as escolhas do Poder Público foram feitas em contrariedade com o (con)texto constitucional. Em casos em que haja violação da Constituição e seus ditames mais caros, é possível que o Judiciário interfira até mesmo na macrojustiça que, inicialmente, ficaria a cargo da discricionariedade administrativa.

A atuação judicial, portanto, deve proteger a Constituição e os direitos fundamentais, se esquecer de respeitar as limitações fáticas e promover a adequação das soluções à prática, de modo que não haja prejuízo para os demais planos e programas de ação previstos no orçamento público. Somente assim, proteger-se-á o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana para os cidadãos, realizando a justiça da forma mais abrangente possível.

6. Microjustiça e macrojustiça no contexto do direito à educação: análise jurisprudencial

Feitas as considerações teóricas e vista a realidade da educação brasileira em apertada síntese, passa-se à investigação do presente tema através de análise jurisprudencial com fins de conhecer como os tribunais se posicionam acerca da concretização da educação pública no Brasil.

Inicialmente, cumpre observar que a questão do direito educacional possui variados desdobramentos e, por consectário lógico, é muito extensa a variedade de matérias veiculadas nas ações levadas ao Judiciário.

Ab initio, em sede de microjustiça, é possível proceder à análise jurisprudencial referente ao direito educacional através do subtema do georreferenciamento escolar¹¹. Para isso, colaciona-se excertos de duas decisões

¹¹ O sistema de georreferenciamento escolar funciona através do mapeamento de escolas e residências em determinado espaço com a finalidade de ajudar na gestão educacional na medida em que contribui para

judiciais opostas em sede de mandado de segurança. Na primeira decisão¹², entende-se pelo provimento do pedido de matrícula do aluno em escola municipal de ensino fundamental próxima à sua residência, visto como a sua genitora se encontrava desempregada e impossibilitada de arcar com as despesas de sua locomoção:

MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM ESCOLA MUNICIPAL NO ENSINO FUNDAMENTAL PRÓXIMO DE SUA RESIDÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 208 E INCISOS DA CONSTITUIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS. (TJSP, Apelação nº 994.09.235820-6, SP 2358208720098260000, Relator: Burza Neto, Data de Julgamento: 24/11/2010, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/12/2010)

Tal decisão tem por base o caráter de direito público subjetivo conferido ao ensino obrigatório e gratuito pelo art. 208, §1º da CRFB, bem como o fato de ser a educação infantil uma prerrogativa constitucional indisponível, o que é reafirmado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 53, V).

Já na segunda decisão, o pedido é formulado em sentido oposto à exigência de matrícula em estabelecimento de ensino próximo à residência. Ao contrário, o que se pede é a manutenção do aluno em escola mais afastada por ser esta a sua escola de origem, na qual já está acostumado com colegas, professores e programa escolar.

DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ENSINOS FUNDAMENTAL E MÉDIO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE AO MENOR EXIGIR DIREITO SUBJETIVO DE ACESSO AO ENSINO PÚBLICO E GRATUITO PRÓXIMO À ESCOLA. POSSIBILIDADE DE MATRÍCULA EM ESCOLA PÚBLICA EM LOCALIDADE DIVERSA DA SUA RESIDÊNCIA PARA ASSEGURAR O BOM DESENVOLVIMENTO FÍSICO E PSICOLÓGICO DO MENOR E SUA MANUTENÇÃO NA ESCOLA. INEXISTÊNCIA DE CONFRONTO ENTRE INTERESSE PRIVADO E INTERESSE PÚBLICO. (STJ - REsp: 1178854 PR 2010/0022735-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de

encaminhar o aluno da rede pública à escola pública mais próxima de sua residência. É ferramenta que auxilia na fruição do direito à educação com plenitude e qualidade.

¹² No mesmo sentido, a seguinte decisão: APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA PRETENSÃO À MATRÍCULA EM ESCOLA MUNICIPAL PRÓXIMA DE SUA RESIDÊNCIA – GARANTIA IMPOSTA PELO ART. 53, V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJ-SP - REEX: 93903620108260004 SP 0009390-36.2010.8.26.0004, Relator: Amorim Cantuária, Data de Julgamento: 10/01/2012, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 10/01/2012)

Percebe-se, portanto, que dentro de um mesmo subtema, as interpretações constitucionais e legais podem ocorrer de forma diferente a depender das especificidades do caso concreto. Em outra análise, é possível perceber que o direito à educação, mesmo enquanto direito social por excelência, pode ser realizado na esfera individual através do Poder Judiciário.

O que se observa a partir da leitura dos excertos acima é a atuação judicial no sentido de promover o direito à educação, adequando o quanto já implementado às particularidades de cada situação específica em nome do melhor aproveitamento das políticas públicas executadas.

Assim, inegável que as decisões supracitadas configuram casos onde a microjustiça é realizada pelo Poder Judiciário em matéria de direito educacional.

De outro lado, há que se falar nas decisões judiciais em que é possível notar a realização da macrojustiça, conforme se depreende da leitura dos excertos abaixo elencados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. **O Supremo fixou entendimento no sentido de que '[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[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de**

direitos sociais impregnados de estatura constitucional'. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento' (STF - RE nº 594018/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 7/8/09)¹³

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO: APLICAÇÃO, NO ENSINO, DO PERCENTUAL DE 25% DA RECEITA PROVENIENTE DE IMPOSTOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE: LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CF, ART. 127, ART. 129, III, ART. 212, I. - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II. -Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III). III. - R.E. conhecido e provido' (RE nº 190.938/MG, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, Dje de 22/5/09).

As ementas dispostas acima demonstram a realização do direito à educação e, mais que isso, a efetivação dos preceitos constitucionais pelo Poder Judiciário. Neste diapasão, cumpre registrar que as decisões judiciais são abrangentes, atingindo a coletividade e, portanto, concretizando a macrojustiça.

A realização do direito à educação de alcance macro ocorre em caráter excepcional. Neste sentido, firme é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, em situações emergenciais e ante a inobservância de direitos fundamentais pela inércia e morosidade da Administração Pública.

Deve-se atentar que a atuação proativa do Poder Judiciário no que toca à realização dos direitos fundamentais, *in casu* o direito à educação, não implica ofensa ao princípio da separação dos poderes. Nesta esteira, válida a leitura de trecho extraído do voto do Relator Min. Celso de Mello¹⁴:

¹³ No mesmo sentido, a seguinte ementa: AGRAVO REGIMENTAL NNO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. (STF - RE nº 603575/SC-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 15/5/10).

¹⁴ Trecho retirado de voto proferido pelo Rel. Min. Celso de Mello no julgamento de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 – SP, em 23.08.2011. 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

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, vieram a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

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.

Nos casos estudados, não se pode falar em ingerência desenfreada do Poder Judiciário nas esferas de atuação originária dos Poderes Legislativo e Executivo. Os juízes e tribunais só são chamados a decidir as questões mediante a omissão ou insuficiência de ação estatal que acabam comprometendo o direito educacional e o próprio desvelar da Constituição.

7. Conclusão

Com vistas a tudo o quanto exposto ao longo do presente estudo, ainda que em análise perfunctória, é possível chegar a algumas ilações acerca da possibilidade de realização da microjustiça e da macrojustiça quanto ao direito à educação através da posição proativa do Poder Judiciário.

utilização de astreintes contra o Poder Público. Doutrina. Jurisprudência. Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, §2º). Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição. Inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes. Proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas”. Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação ao retrocesso social. Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito da superveniência de nova realidade fática. Questão que sequer foi suscitada nas razões de Recurso Extraordinário. Princípio “jura novit cúria”. Invocação em sede de apelo extremo. Impossibilidade. Recurso de Agravo improvido.

Inicialmente, destacou-se a educação como direito fundamental social, previsto no art. 6º da CRFB, possuidor da nota de dupla fundamentalidade e da aplicabilidade imediata que trata o art. 5º, §1º da CRFB. Apesar da inegável importância social e jurídica do direito à educação e dos esforços empreendidos para sua realização, o fato é que o Brasil possui enorme dívida histórica na seara educacional. Daqui, a relevância em conferir prioridade à criação de condições normativas e concretas para a concretização de tal direito, principalmente através do instrumento que se mostra mais adequado: as políticas públicas educacionais.

Vê-se, então, que a implementação da educação através da atuação acertada do Estado se dará através da comunhão de ações dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste aspecto, enfatize-se a tendência crescente da judicialização de temas políticos/sociais que antes eram deixados totalmente a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal judicialização parece ter por principais fatores a redemocratização vivida pelo país; a promulgação da Constituição de 1988 enquanto Constituição Cidadã, abarcando temas anteriormente conferidos ao processo político majoritário e à legislação ordinária; o sistema de controle de constitucionalidade.

Dentro deste cenário, exsurge o ativismo judicial enquanto denominação ao aumento da postura proativa do Judiciário, consistente na aplicação direta da Constituição mesmo que a consideração não esteja expressa e não haja lei ordinária; declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos com base em critérios pouco rígidos que não signifiquem explícita violação constitucional; imposição de condutas de *facere e non facere* ao Poder Público, como é o caso das políticas públicas.

Quanto à postura de crescente judicialização, fala-se em três críticas básicas: os riscos para a legitimidade democrática; o risco da politização da Justiça; os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário. Apesar destas ressalvas à judicialização e ao ativismo judicial, tais entraves podem ser removidos basicamente através da correta aplicação constitucional, da atuação consciente e razoável dos magistrados e do respeito à realidade fática e aos meios disponíveis para a concretização dos direitos fundamentais.

Ainda no tocante às críticas, fala-se na dificuldade do Judiciário em realizar a macrojustiça, já que, por termos de sua função institucional, a sua práxis usual é a realização da microjustiça, havendo, inclusive, embaraços à contemplação da disponibilidade real de meios e globalidade da situação macro. Todavia, por vezes,

questões macro são submetidas ao Judiciário por violação a direitos fundamentais em decorrência da ineficiência e/ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Apesar de haver limitação real de recursos para a concretização dos direitos fundamentais, aqui incluído o direito à educação, o que se observa é que, na maior parte das vezes, a ausência de políticas públicas se dá por falta de prioridade orçamentária. Assim, torna-se possível a interferência do Judiciário condenando o Estado em obrigação de fazer/prestar determinado serviço para concretizar direito fundamental, através da inserção da despesa no orçamento do exercício seguinte. No caso do direito à educação, por sua inominável relevância, é possível, até mesmo, que se retire a previsão de gastos com setor menos importante para que se dê a correta prioridade à seara educacional.

Assim, a realização da microjustiça no direito à educação, dá-se, principalmente, através da inserção do caso concreto individualizado na realidade pública e coletiva, como através da obrigação do Estado em matricular aluno na rede pública de ensino, fazendo-se cumprir o art. 208, §1º da CRFB. Quanto à macrojustiça, pode ser efetivada pela condenação do Estado à contratação de maior número de professores e à construção de mais escolas, v.g., contanto que haja razoabilidade na exigência de tal cumprimento, como na inserção de tais despesas no orçamento do exercício financeiro posterior.

A atuação judicial, portanto, mesmo que acontecendo de forma proativa e em dimensão macro, tem se mostrado como necessária à proteção do (con)texto constitucional, dos direitos fundamentais, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Assim, antes de risco para a democracia, a judicialização e o ativismo judicial tem funcionado como garantidores do acontecer democrático e constitucional, seja promovendo a microjustiça ou a macrojustiça na seara do direito educacional.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1 ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520 et. seq.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

_____. Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Lei nº 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n 18, abr./maio/jun. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JR., Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil. In **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, n. 57, Ano 11, set./out. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RAMOS, Mozart Neves. Panorama da Educação: avanços e desafios. In RAMOS, Mozart Neves; ROITMAN, Isaac. **A Urgência da Educação**. São Paulo: Moderna, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. In **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 7, n. 29, out./dez. 1999.

_____. Direito fundamental à educação. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.