

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JOSUÉ DO NASCIMENTO SANTOS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO DO ENSINO
MÉDIO**

**ARACAJU
2017**

JOSUÉ DO NASCIMENTO SANTOS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO DO ENSINO
MÉDIO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Me. Augusto César Leite de Resende

**ARACAJU
2017**

JOSUÉ DO NASCIMENTO SANTOS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO DO ENSINO
MÉDIO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof.Me. Augusto César Leite Resende
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Anderson Clei Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

A todos aqueles que se dedicam na arte de ensinar, os professores. A todos que fazem da educação ferramenta para a mudança.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é o reconhecimento do que somos e o que fazemos não é fruto somente nosso, mas de tudo aquilo que nos cerca, tanto pessoas como também as coisas. É reconhecer que não nos bastamos a nós mesmos.

Dessa forma, minha gratidão e louvor Àquele para quem todas as coisas tem vida e respira. “Porque nele vivemos, nos movemos e existimos”. (Atos 17,28) Ao Deus que fora revelado em seu Filho Jesus Cristo e por isso, mais do que um Criador, Jesus nos revelou um Pai.

À minha pequena família, minha mãe Rosa e meus irmãos Lucas e Conceição. Neles e por eles minha formação educacional não me faz afastar do verdadeiro ninho de amor, mas reconhecer a cada dia que a família é o que nos fortalece. Agradeço em especial minha mãe por ser professora e educadora não somente dos alunos que lhe foi confiado, mas dos seus filhos.

À Igreja de Cristo, que pelo fundamento na fé dos Apóstolos continua a ensinar aos povos o verdadeiro conhecimento e que a mim chegou o anúncio do Evangelho por meio dela e que hoje e sempre a sirvo, hoje de outra forma, mas que jurou o Senhor e manterá sua palavra: "Tu és sacerdote eternamente, segundo a ordem do rei Melquisedec!" (Sl 109, 4).

Agradeço ainda aos professores do curso de direito que com profissionalismo e dedicação repassam o que aprenderam e praticam no seu dia a dia. Em especial ao professor e orientador Augusto César que por três vezes tive a oportunidade de ser seu aluno e sempre demonstrou entusiasmo na arte de ensinar e que por ele me despertou o interesse e a defesa dos Direitos Fundamentais.

Agradeço também ao Professor Marcel Ramos, por quem alicerçou o gosto pelo direito constitucional e que em suas aulas me fez consolidar alguns conceitos.

Minha gratidão se estende aos colegas do curso que alguns viraram amigos e estão guardados no coração e pelas elucubrações jurídicas fomos crescendo no ramo do direito.

Por fim, e não menos importante, mas de forma especial, agradeço àquela a quem desejo construir uma família e viver ao seu lado o resto dos anos que nos falta. À Juliana, meu amor!

“Não penseis que vim revogar a Lei ou os Profetas. Não vim revogá-los, mas dar-lhes pleno cumprimento” (Mt 5, 17).

RESUMO

A Constituição de 1988 estabeleceu a educação como direito fundamental de segunda dimensão, ou seja, um direito social. O direito à educação sendo estabelecido como um direito social requer, todavia, uma prestação positiva do Estado, isto é, implementar medidas que assegurem a educação a todos. Não somente o acesso, mas também a qualidade. A Carta Magna estabeleceu em seu artigo 211 que a responsabilidade para a oferta do ensino médio é de competência dos Estados e do Distrito Federal. Coube a eles a prestação do ensino médio de forma gratuita e “progressiva universalização”, como preceitua o inciso II do artigo 208 da Constituição de 1988. De toda sorte, considerando a dimensão subjetiva do direito à educação no ensino médio, quando o Estado for ineficiente na oferta dessa modalidade da educação, cabe ao indivíduo obter a tutela do Poder Judiciário. A partir disso, o objetivo principal da pesquisa é demonstrar a possibilidade de o Poder Judiciário desempenhar com legitimidade na implementação de políticas públicas educacionais em relação ao ensino médio, mediante a omissão dos poderes Legislativo e Executivo. Para tanto, a metodologia empregada para alcançar seus objetivos, sua base é a construção teórica a partir do viés sociológico e jurídico, sendo utilizado na investigação o método dedutivo. Buscou-se expor, também, através de dados coletados em pesquisa realizada no Tribunal de Justiça de Sergipe envolvendo o tema, a maneira como vem decidindo essa Corte a respeito do assunto em baila. Desse modo, o interesse pelo tema surge da triste realidade brasileira educacional e espera que seja uma contribuição de reflexões e medidas práticas para que o direito à educação seja sempre uma prioridade no seio sociedade brasileira.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à Educação. Políticas Públicas. Judicialização.

ABSTRACT

The 1988 Constitution established education as a fundamental right of the second dimension, that is, a social right. The right to education being established as a social right requires, however, a positive state benefit, that is, to implement measures that ensure education for all. Not only access but also quality. The Magna Carta established in its article 211 that the responsibility for the offer of high school is the competence of the States and the Federal District. The provision of secondary education was free of charge and "progressive universalization", as stated in section II of article 208 of the 1988 Constitution. In any case, considering the subjective dimension of the right to education in high school, when the State is Inefficient in the offer of this type of education, it is up to the individual to obtain the tutelage of the Judiciary Power. From this, the main objective of the research is to demonstrate the possibility of the Judiciary to play with legitimacy in the implementation of educational public policies in relation to secondary education, through the omission of the Legislative and Executive branches. For that, the methodology used to reach its objectives, its base is the theoretical construction from the sociological and juridical bias, being used in the investigation the deductive method. It was also sought to present, through data collected in a survey carried out at the Court of Justice of Sergipe involving the theme, the way in which this Court has decided on the subject in question. In this way, interest in the theme arises from the sad Brazilian educational reality and hopes that it will be a contribution of reflections and practical measures so that the right to education is always a priority within Brazilian society.

Keywords: Fundamental rights. Right to education. Public policies. Judicialization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

DF – Distrito Federal

ECA – Estatuto da Criança e Adolescente

EC – Emenda Constitucional

FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental

FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

ONU – Organização das Nações Unidas

PNE – Plano Nacional de Educação

PIB – Produto Interno Bruto

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1	Distinção de Conceitos	14
2.2	História dos Direitos Fundamentais.....	16
2.3	As Dimensões dos Direitos Fundamentais	21
2.1.1	Direitos de primeira dimensão	21
2.1.2	Direitos de segunda dimensão	22
2.1.3	Direitos de terceira dimensão	22
2.4	Os Direitos Fundamentais no Brasil	23
2.5	O Direito Fundamental à Educação.....	25
3	A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ENSINO MÉDIO.....	28
3.1	Dever do Estado	28
3.2	A efetivação do direito à educação no ensino médio por políticas públicas	32
3.3	A Reserva do Possível versus o Mínimo Existencial	35
4	A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO	40
4.1	O Conceito de Judicialização	40
4.2	Tutela judicial de políticas públicas para o ensino médio.....	43
4.3	A oferta do ensino médio e as decisões judiciais no Estado de Sergipe	45
4.4	Limites à Judicialização	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
	REFERÊNCIAS.....	53
	ANEXOS	56

1 INTRODUÇÃO

A educação ao longo dos anos foi ganhando atenção e sendo tratada de forma especial por possibilitar um real desenvolvimento das pessoas e da sociedade. Por meio dela se cogitou pensamentos e ideias de grandes teóricos, mas também criou-se mecanismos jurídicos para que pudesse ser um direito garantido às pessoas.

A Constituição de 1988 estabeleceu a educação como direito fundamental de segunda dimensão, ou seja, um direito social. Além de enumerar o direito à educação no artigo 6º, como um dos direitos sociais, a Constituição reservou dispositivos próprios para tratar a educação de maneira mais pormenorizada, explicitando como deve ser concretizado tal direito.

Até então, tínhamos boas ideias e instrumentos normativos de forma limitada em relação à educação. Por isso a Constituição de 1988 marca um momento de suma importância, pois a educação não é tratada de maneira genérica e sim agora, possui diretrizes, princípios e normas que possibilitam que ela seja concretizada e desenvolva o exercício da cidadania.

O direito à educação sendo estabelecido como um direito social requer, todavia, uma prestação positiva do Estado, isto é, implementar medidas que assegurem a educação a todos. Não somente o acesso, mas também a qualidade.

Desta forma, as políticas públicas seriam a forma de planejamento de o Estado cumprir seu dever de garantir o direito à educação. A partir de discussões e decisões tomadas pelo Legislativo e o Executivo. Cabe a eles a elaboração de políticas públicas para que o direito à educação seja efetivado.

Contudo, o direito social à educação, por mais que obedeça ao princípio da progressividade, ou seja, é um direito de realização gradual, demanda de recursos financeiros para que sejam efetivados, que, por sua vez, muitas vezes se depara com as limitações ou até mesmo escassez desses recursos.

Surge, desta forma, a denominada cláusula de reserva do possível, como um balizamento para a implementação das políticas públicas educacionais. Todavia, a cláusula de reserva do possível deve ser analisada com cautela, pois não se pode

prevalecer dela quando ainda não se garantiu o mínimo existencial para que se viva com dignidade.

No âmbito do conteúdo desse mínimo existencial, não resta dúvida que o direito à educação faz parte do núcleo essencial para que o indivíduo tenha condições mínimas de uma existência digna.

Dada, portanto, a abertura existente acerca do tema a ser abordado, de plano se faz necessário alguns cortes para delimitação do trabalho, pois não se tem a pretensão de discutir todos os aspectos a respeito do direito à educação, mas levantar algumas ponderações no que tange à educação na modalidade do ensino médio.

A Carta Magna estabeleceu em seu artigo 211 que a responsabilidade para a oferta do ensino médio é de competência dos Estados e do Distrito Federal. Coube a eles a prestação do ensino médio de forma gratuita e “progressiva universalização”, como preceitua o inciso II do artigo 208 da Constituição de 1988.

Neste sentido, ainda estabeleceu a Constituição de 1988 em seu artigo 208, § 2º que importa responsabilização do poder Público no não oferecimento do ensino obrigatório ou sua oferta irregular. Assim como o § 1º desse mesmo artigo afirma que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Ou seja, o direito à educação pode ser reivindicado individualmente.

De toda sorte, considerando a dimensão subjetiva do direito à educação no ensino médio, quando o Estado for ineficiente na oferta dessa modalidade da educação, cabe ao indivíduo obter a tutela do Poder Judiciário. Destarte o Judiciário passa a ser o garantidor das normas constitucionais interferindo na reelaboração de políticas públicas para que o direito à educação no ensino médio seja garantido.

Esse fenômeno ficou conhecido como judicialização e surge propriamente com a Constituição de 1988 quando o Poder Judiciário ganha um espaço de guardião das normas constitucionais, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais para que sejam assegurados quando houver alguma ineficiência por parte do Legislativo e do Executivo.

Diante dessa realidade, onde muitas vezes os poderes Legislativo e Executivo não são eficientes na elaboração de políticas públicas para que o direito à educação seja efetivado, recorrer ao Poder Judiciário pode ser uma das possibilidades de

efetivá-lo, mas daí que surge uma questão instigante para nosso trabalho de pesquisa: O Poder Judiciário tem legitimidade na elaboração de políticas públicas educacionais, fazendo o Executivo cumpri-las para a efetividade do direito à educação no ensino médio?

Como a própria capacidade de questionar do homem já implica em algumas possíveis respostas, foram elaboradas perguntas norteadoras que fundamentaram a pesquisa, destacando-se: Como se deu a evolução histórica do direito fundamental à educação? Como será efetivado o direito à educação na modalidade do ensino médio? O Poder Judiciário do Estado de Sergipe tem legitimidade para garantir o direito à educação?

A judicialização do direito à educação é um tema que está ganhando espaço entres os pesquisadores não somente na área do direito, mas em diversas outras áreas. Neste sentido, existem tanto posicionamentos defendendo a tutela do judiciário como forma de garantir o direito à educação como existem reflexões contrariando a intromissão do Poder Judiciário.

Desse modo, o interesse pelo tema surge da triste realidade brasileira educacional, onde as condições de ensino são precárias e os alunos que saem do ensino médio são muitas vezes incapazes de ter uma boa ortografia bem como fazer interpretações textuais.

Diante da omissão do poder público em não somente garantir o acesso à educação, mas uma educação de qualidade, capaz de atingir as metas para que foi instituída, é preciso a exigibilidade do sistema de justiça para que o direito à educação de qualidade seja garantido.

A partir disso, o objetivo principal da pesquisa é demonstrar a possibilidade de o Poder Judiciário desempenhar com legitimidade na implementação de políticas públicas educacionais em relação ao ensino médio, mediante a omissão dos poderes Legislativo e Executivo.

Os seus objetivos específicos são traçar a evolução histórica da consolidação do direito à educação como um direito fundamental. Verificar a efetividade do direito à educação no ensino médio. É também objetivo, analisar a judicialização e as demandas no Poder Judiciário de Sergipe a possibilidade de que ele possa interferir em políticas públicas.

Quanto à metodologia empregada para alcançar seus objetivos, sua base é a construção teórica a partir do viés sociológico e jurídico, sendo utilizado na investigação o método dedutivo, ou seja, estabelecida uma formulação geral, centrar-se-á a pesquisa nas partes do fenômeno da judicialização com o fito de sustentar aquela formulação. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Para uma análise mais objetivo-concreta utilizou-se dados estatísticos do site do INEP, bem como da secretaria de Educação do Estado de Sergipe ainda como critério de pesquisa a expressão “direito à educação” como palavra chave de localização das decisões no site www.tjse.jus.br dentro da aba Diário de Justiça, usando como filtro a data inicial de um mês e final do mês subsequente do ano de 2016, no ícone “seção”/“secretaria Judiciaria”/“subseção”/“1ª Câmara Cível – Publicação” e “2ª Câmara Cível – Publicação”.

Para tanto, principia-se tratando, no primeiro capítulo, no desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, fazendo uma distinção dos conceitos e dando preferência à nomenclatura de dimensões dos direitos fundamentais por denotar que não há superação de direitos, mas sim complementariedade. Assim, chegarmos aos direitos fundamentais no Brasil, onde se concentra na Constituição de 1988 e analisarmos o direito à educação como um direito fundamental de segunda geração.

O segundo capítulo é reservado para verificarmos a efetividade do direito à educação como um dever do Estado por caracterizar um direito de cunho prestacional, ou seja, precisa de ação positiva através de políticas públicas que garantam o direito ao ensino médio.

No terceiro capítulo, busca-se definir o conceito de judicialização diferenciando-o de ativismo judicial e apresentando a oferta do ensino médio pelo Estado de Sergipe, bem como as decisões judiciais no Estado de Sergipe sobre o direito à educação e os limites da judicialização.

O presente trabalho se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos e ao mesmo tempo de estimulação para a continuidade da reflexão sobre a judicialização da educação, mais especificamente na modalidade do ensino médio.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais não nasceram prontos e acabados, mas foram ganhando estrutura e forma a partir de lutas e revoluções ao longo do tempo até que também pudessem ser internacionalizados e reconhecidos como direitos.

2.1 Distinção de Conceitos

Para que possamos compreender melhor determinado assunto, se faz elementar saber os conceitos que perpassam a ele. Pois conceituar é delimitar e com isso, lançar as bases de todo conteúdo desenvolvido em um tema, porque segundo a filosofia tomista, para se chegar às coisas complexas deve-se entender às coisas basilares e os conceitos são os alicerces de todo pensamento.

Desta forma, diante da balbúrdia que se faz na terminologia por parte de alguns autores, é necessário distinguir os termos, como por exemplo, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, etc. Assim, é preciso estar bem claro o termo utilizado nesse trabalho para não confundirmos o seu conteúdo e sentido.

Direitos Fundamentais é a terminologia mais adequada porque é o que encontramos em nossa Constituição Federal de 1988, em seu Título II. Com efeito, quando nos referimos aos direitos nela positivados falamos dos direitos humanos salvaguardados em uma ordem constitucional (CANOTILHO, 2011, p.788) ao modo que os direitos humanos são aqueles que estão consagrados em tratados e convenções internacionais e que a Constituição de 1988 se refere nos art. 4º, inciso II, art. 5º, §3º e art. 109, §5º. Nessa linha, corrobora o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal

sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2011, p. 35-36).

A diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais não está propriamente no conteúdo, mas na normatização, ao passo que os outros termos se tornam inadequados.

A expressão “direitos do homem” se refere aos direitos naturais, isto é, inatos à pessoa humana, de pensamento jusnaturalista e que apesar de ser um termo que remete à declaração francesa de 1789, ou seja, um marco na evolução dos direitos fundamentais, a nomenclatura se torna excessivamente genérica e indefinida. (SARLET, 2011, p.46)

Já o termo “liberdades públicas” é demasiado restritivo, pois nos remete aos direitos de primeira geração, pautado no valor da liberdade, quando na verdade os direitos fundamentais estão fundados também nos valores da igualdade e fraternidade, englobando desta forma, os direitos de segunda geração e os de terceira geração. (SARLET, 2011, p. 42)

Cumprido ressaltar que outra distinção necessária e que muitas vezes é tomada como um único termo é o que aparece na Constituição Cidadã quando fala de “direitos e garantias fundamentais”.

Os direitos fundamentais são os direitos em si, ou seja, são os bens tutelados pelas normas constitucionais, enquanto as garantias fundamentais são os instrumentos por meio dos quais é assegurado o exercício desses direitos. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, como exemplo, temos o direito fundamental à vida e a garantia fundamental de vedação à pena de morte (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 100).

Destarte, chegamos à definição de direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. Os direitos fundamentais compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos, submetidos a uma determinada ordem jurídica. São direitos que proporcionam o princípio da dignidade humana ser respeitado, pois quanto mais eles forem postos em prática mais se estabelecerá um Estado democrático de direito e o ser humano viverá com uma existência digna.

2.2 História dos Direitos Fundamentais

As raízes dos direitos fundamentais encontram-se principalmente no pensamento judaico-cristão, justamente pela fé em um único Deus transcendente onde o homem é sua obra prima e por isso goza de uma proeminência e dignidade por ser criado “à imagem e semelhança do seu criador” (GÊNESIS 1,2). Núcleo central da obra da criação objeto de toda benevolência divina, o que o Salmo 8 exprimiu de forma cintilante:

Quando vejo o céu, obra dos teus dedos,
A lua e as estrelas que fixastes,
Que é um mortal, para te lembrares,
E um filho de Adão, que venhas visita-los?

Neste mesmo sentido, que as bases dos direitos fundamentais estão no desenvolvimento da tradição judaico-cristã, é que André Ramos Tavares (2011, p. 25) coloca o surgimento dos direitos fundamentais intrinsecamente ligado ao constitucionalismo e retomando o pensamento de Karl Loewenstein irá dizer que a primeira Constituição teria surgido ainda na sociedade hebraica, com a instituição da “Lei de Deus” (Torah). O autor alemão aponta que, já naquele Estado Teocrático, a “Lei de Deus” limitava o poder dos governantes (chamados, naquela época, de “Juízes”) (TAVARES, 2011, p. 25).

De fato, a consciência dos direitos fundamentais gira em torno dos movimentos de limitação dos poderes estatais, do poder político, que as instituições do governo existem não para proveito pessoal dos governantes, mas para o serviço do bem comum e que devem ser reconhecidos direitos inerentes a todos e que não são meras concessões e sim algo próprio de cada um (COMPARATO, 2011, p. 53).

Diante disso, pode se dizer que a história bíblica mais uma vez é fundamento, como proto-história, dos direitos fundamentais, quando no tempo da monarquia davídica o reino de Israel era unificado e o rei Davi colocava-se como um servo da Lei do Senhor-Deus. Aparecendo, desta forma, o que hoje nós chamamos de Estado de Direito, ou seja, os governantes se submetem aos princípios e normas editados por uma autoridade superior (COMPARATO, 2011, p.54).

Mais tarde, a limitação do poder político na experiência do povo hebreu, ganhou ainda mais estrutura no século VI a.C. na Grécia, quando se criaram as

ciudades-estados. A Cidade-Estado grega representou o início de uma racionalização do poder, onde se estabelecia diferentes funções estatais, distribuídas entre cargos públicos, que eram escolhidos por sorteio, para tempo determinado. Na Cidade-Estado da Grécia já se fazia a distinção entre as normas fundamentais da sociedade (*nomoi*) e as meras regras (*pséfismata*). (COMPARATO, 2011, p. 25)

Ainda no período da antiguidade, encontramos elementos estruturantes de limitação do poder político na república romana, onde se estabeleceu todo um sistema de mecanismos de interditos em relação ao arbítrio estatal.

Contudo, após o apogeu da democracia ateniense e da república romana, o desenvolvimento da história da humanidade passa por período de conturbações, onde a Europa se encontrava esfacelada em vários pedaços de terras, chamados de feudos, período esse chamado de idade média, que é adjetivado por alguns historiadores de idade das trevas.

Durante o período da idade média a sociedade feudal era fortemente dividida em duas classes: os senhores feudais e os vassalos. Os vassalos em troca de proteção e uma pequena porção de terra para sua subsistência ficavam sujeitos às ordens dos senhores feudais, além de trabalhar em suas terras e pagar altos impostos. Sendo um período de concentração de poderes passando até à elaboração de uma monarquia absoluta. (TAVARES, 2012, p. 26-27)

Entretanto, no século XIII, quando o rei João I da Inglaterra assume, após a morte de seu pai, sem poder herdar nenhuma terra, pois não era o primogênito (por isso ficou conhecido como João Sem-Terra), vimos surgir um movimento contra os desmandos do rei que, como politicamente era frágil por não possuir terras, implementava medidas fiscais contra os barões feudais, que revoltados, obrigaram o rei a assinar, em 15 de julho de 1215, a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*) (COMPARATO, 2011, p. 45).

A Magna Carta tinha como objetivo limitar o poder da monarquia e estabelecer também alguns deveres para com seus súditos. Caracterizando, dessa forma, a primeira declaração formal de alguns direitos fundamentais. Sendo considerada para alguns, como o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo.

Quatro séculos mais tarde, foi elaborada a *Petition of Right* (Petição de Direitos), novamente em resposta a uma série de violações da lei cometidas pelo rei da Inglaterra, que desta vez era Carlos I, uma declaração de liberdades civis, que foi um marco registrado no desenvolvimento dos direitos fundamentais. (COMPARATO, 2011, p. 61)

Um acontecimento ocorrido na Inglaterra e também de grande importância para o desenvolvimento dos direitos fundamentais foi o surgimento do *Habeas Corpus Act* em 1679, que foi uma lei do Parlamento Inglês que procurava definir e reforçar o antigo e já existente instituto do *habeas corpus*, como garantia da liberdade individual contra a prisão ilegal, abusiva ou arbitrária. (COMPARATO, 2011, p. 61)

Outro importante documento que também surge na Inglaterra é o *Bill of Rights*, que sacramentou, após a Revolução Gloriosa, a perda do poder absoluto da monarquia, passando a vigorar tal como vemos hoje, o regime parlamentar, onde o rei (no caso atual, a Rainha Elizabeth II) é a figura representativa de chefe de Estado, cabendo à chefia de governo, o Primeiro-Ministro.

Vimos desta forma, que os antecedentes históricos dos direitos fundamentais se encontram na luta do povo da Inglaterra contra as tiranias de seus monarcas e se concentram no que chamamos hoje de primeira fase, onde figura o valor da liberdade. Como constata Fábio Konder Comparato:

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza -, com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo. (COMPARATO, 2007, p.46)

Podemos assim dizer, que após esses antecedentes históricos, surge um segundo momento no desenvolvimento dos direitos fundamentais, não mais com declarações esparsas e locais, mas no movimento que chamamos de constitucionalismo, no sentido próprio da acepção.

Desta forma, a primeira Constituição escrita (e com essa denominação) seria a Constituição Americana, de 1787. E por ser a primeira constituição escrita da

humanidade, passa a ser um marco histórico de defesa dos direitos dos cidadãos, mesmo que originalmente ela não possuía nenhuma declaração de direito, mas proclamava a ideia de que todos os homens são igualmente vocacionados pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. (COMPARATO, 2007, p.46)

Também outro instrumento escrito e suma relevância nesse segundo momento, é a Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão em 1789 na França, fruto da Revolução Francesa, onde mais uma vez os ideais de igualdade e liberdade são reforçados sendo ratificado que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Interessante perceber que as revoluções americana e francesa marcam um processo de reinstituição da legitimidade democrática, cada qual com suas realidades, mas que impulsionaram outros povos, principalmente a francesa, pelos seus ideais que se quis ter uma validade universal e não somente nacional, como assim podemos dizer da americana. Tendo assim, o termo sido utilizado para uma transformação radical da sociedade, principalmente com a introdução da máquina a vapor, e que tomou o nome de Revolução Industrial. (TAVARES, 2012, p. 487)

Contudo, diante da emancipação do sujeito perante as instituições sociais, agora estaria a sociedade vivenciando um período liberal, onde lhe garantia a segurança da legalidade, mas sozinho diante das vicissitudes da vida. Principalmente com o desenvolvimento do sistema capitalista, que garantia uma igualdade entre patrões e operários nas formulações de seus contratos.

Diante dessa nova configuração social, provocam-se graves problemas sociais e econômicos, principalmente no que diz respeito às condições de trabalho e vida dos operários, já denunciados no manifesto do partido comunista de Marx e Engels, bem como a Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII.

É partir desse contexto histórico que vão surgindo novas perspectivas para a transformação do quadro social, não somente movimentos, mas também dispositivos legais como é o caso da Constituição mexicana em 1917 e a Constituição alemã em 1919, conhecida como a Constituição de Weimar.

Nesse momento, pode-se evidenciar a segunda fase dos direitos fundamentais de exigências econômicas e sociais, o que na visão de

Comparato(2007, p. 54) realmente “a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919”.

Mas o mundo ainda iria passar por um período doloroso na sua história, onde ocasionou o total desrespeito com a natureza humana, diante de ideias nacionalistas e eugênicas que culminaram na II Guerra Mundial, marcada por atrocidades sem precedentes e pelo emprego de violação da dignidade da pessoa humana.

Após esse triste capítulo da história da humanidade, em 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), voltada a promover a paz, a segurança internacional e a cooperação entre os povos, o que ocasionou na proclamação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, representando uma nova fase histórica dos direitos fundamentais. No dizer de Bobbio:

(...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. (...) Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO, 1992, pp.28-30)

Assim, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adentra-se na fase de internacionalização dos direitos fundamentais, onde se consolida os direitos fundamentais através de vários tratados e convenções internacionais que não contém apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou direitos de caráter econômico e social, mas inova no âmbito de afirmar novos direitos humanos, como direitos da humanidade, como um todo solidário. Assim corrobora Valério Mazzuolli:

Os direitos humanos passaram, então, com o amadurecimento evolutivo desse processo, a transcender os interesses exclusivos dos

Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos. (MAZZUOLLI, 2002, p.34)

2.3 As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Tendo percorrido a linha histórica dos direitos fundamentais, segundo sua ordem cronológica, eles são classificados a partir de “gerações” de direitos que passaram a ser positivados. Assim, temos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, sendo que alguns doutrinadores avançam nas gerações classificando também de quarta e até quinta gerações. (SARLET, 2011, p. 161)

Na verdade, o termo “gerações” nos remete a algo que fora posto, mas que agora está ultrapassado, pois foi substituído por outra “geração”. Assim sendo, a doutrina tem preferido o termo “dimensões” de direitos para não incorrer na falsa de ideia de sucessão ou alternância de gerações. (SARLET, 2011, p. 54)

Por esse motivo, se atribui o lema da Revolução da Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade para as dimensões dos direitos fundamentais em seu conteúdo e sequência histórica. Contudo, sem querer enquadrá-los em apenas uma dimensão ou restringi-los somente a tal dimensão e ainda querer traçar uma linha precisa de divisão, pois sejam eles calcados no valor da liberdade, igualdade ou fraternidade, eles visam proteger a dignidade da pessoa humana. Isso é o que preceitua a característica dos direitos fundamentais da indivisibilidade e interdependência.

2.3.1 Direitos de primeira dimensão

Os direitos de primeira dimensão nascem diante dos desmandos do poder estatal onde havia uma usurpação das liberdades dos indivíduos, por isso eles surgem com o nascimento do Estado liberal do século XVIII cujo objetivo é não interferir na autonomia da vontade na esfera econômica e nem obstaculizar as ações de cada indivíduo. É uma obrigação de não fazer, um dever de abstenção. No dizer de Paulo Bonavides (2008, p.564) são direitos de defesa, direitos de liberdade negativa ou de *status negativus*.

Nesta primeira dimensão os direitos fundamentais são de cunho liberal, estabelecendo os direitos civis e políticos, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à

propriedade, do devido processo legal, onde o homem individualmente considerado é o titular, caracterizando direitos eminentemente individualistas. (RESENDE, 2015, p.81)

2.3.2 Direitos de segunda dimensão

Os direitos conquistados no Estado liberal não garantiram ao indivíduo condições necessárias de estabilidade social, pois não há como falar em liberdades individuais sem a satisfação mínima material. Assim, diante da nova configuração social surge um novo modelo de Estado onde ao invés de se negar uma atuação, se impõe uma obrigação de fazer. É o Estado do Bem-estar social (WelfareState).

O Estado agora passa de uma atitude de abstenção em sua atuação para uma obrigação em empreender medidas para que esses direitos sejam efetivados. São os direitos chamados de “sociais”, não porque dirigidos a uma coletividade, neste caso, os de terceira dimensão, mas para promover uma justiça social são conferidos aos homens individualmente considerados (MENDES; BRANCO, 2013, p. 137).

São direitos que se baseiam na igualdade e por isso necessita de um *status positivus* por parte do Estado, isto é, exigem uma ação positiva do Estado para garantir condições materiais mínimas, no pressuposto de que não adianta possuir liberdades individuais sem essas condições, o que corrobora o dizer de José Luiz Quadros de Magalhães, citado por Tavares (2012, p.503) quando contextualiza: “(...)pois será através da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação”.

Daí o objeto de análise deste trabalho, o direito fundamental à educação. Direito de segunda dimensão, que necessita de uma prestação material do Estado para que ele seja efetivado no seio da sociedade. Sendo a educação a base de toda e qualquer sociedade, levando, inclusive, os indivíduos a uma consciência maior de seus direitos.

2.3.3 Direitos de terceira dimensão

São direitos de terceira dimensão aqueles que decorreram da chamada terceira Revolução Industrial, a revolução tecnocientífica onde ocorreu a mudança nos meios de comunicação, tornando toda a humanidade “conectada” em valores compartilhados, daí serem chamados de direitos transindividuais, cuja titularidade é a coletividade. Sendo identificados com o valor da fraternidade ou da solidariedade.

Os direitos de terceira dimensão são direitos que não possuem, muitas vezes, uma titularidade determinada, por isso dependem da consciência coletiva e assim, de uma maior participação do cidadão. São exemplos de direitos fundamentais de terceira dimensão, que assistem a todo gênero humano, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, entre outros. (RESENDE, 2015, p. 83)

2.4 Os Direitos Fundamentais no Brasil

A afirmação dos direitos fundamentais ao longo da história foi influenciando as diversas nações na formação de suas identidades, assim como também o Brasil foi influenciado ao longo da formação de suas constituições, mas que limitar-nos-emos à constituição de 1988, por ser ela a responsável por garantir de forma mais incisiva todos os direitos fundamentais, sendo cognominada de constituição cidadã.

Após o Brasil vivenciar um período chagado de sua história, passa a um processo de redemocratização consolidando a ruptura com o regime autoritário na promulgação da Constituição de 1988. É a partir dela que os direitos fundamentais ganham uma proeminência jamais adotada no País. (PIOVESAN, 2014, p.86)

Foi a Constituição de 1988 a primeira a prever um título próprio destinado aos direitos fundamentais. Embora alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição não estejam elencados no título II, não deixam de ser aplicáveis, muito menos são ineficazes, são direitos fundamentais tanto quanto, apenas não tem um local específico dentro do texto constitucional. O que mais especificamente trataremos quando expuser o núcleo da pesquisa, qual seja, o direito fundamental à educação. (PIOVESAN, 2014, p. 87)

Neste diapasão vale ressaltar que a constituição de 1988 estabelece os direitos fundamentais como os alicerces do Estado Democrático de Direito e ao

mesmo tempo exercem uma função democratizadora à medida que forem cada vez mais efetivados. Assim versa Ingo Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (SARLET, 2011, p. 59-60).

A Carta Magna de 1988 confere um status especial aos direitos fundamentais, colocando-os no ápice do ordenamento jurídico e assim, estabelecendo o artigo 60 a condição de cláusula pétrea, ou seja, esses direitos não podem ser alterados ou modificados.

Vale ressaltar que o direito é dinâmico, a vida é dinâmica, por isso os direitos fundamentais elencados na Constituição não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como disciplina o art. 5º, § 2.

Com a Constituição de 1988 o país retorna a um Estado Democrático de Direito e além de configurar os direitos fundamentais estabeleceu mecanismos para sua efetivação. Portanto, o art. 5º, §1º prevê a eficácia plena dos dispositivos dos direitos fundamentais. Contudo, existe a querela se tal enunciado abarcaria todos os direitos fundamentais ou somente aqueles previstos na forma do artigo 5º.

Mesmo que o disposto do art. 5º, § 1º esteja localizado dentro do referido artigo, a doutrina é unânime em afirmar que não atinge somente os direitos e garantias fundamentais no rol do art. 5º, mas a todos os outros direitos fundamentais garantidos em outros artigos da Carta Magna. Contudo, quanto à aplicabilidade direta, imediata e integral, a doutrina não é unânime. Dirley da Cunha Junior ensina que existem, basicamente, duas grandes correntes:

Uma que entende que o art. 5º, § 1º, da CF não pode atentar contra a natureza das coisas, de modo que os direitos fundamentais só tem aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo; e outra, situada em extremo oposto, defende a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 398)

Destarte, a aplicabilidade e eficácia das normas que contêm direitos fundamentais, de acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 180), “dependem muito

de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo”. A Constituição expressamente, no artigo 5º, § 1º, garante a aplicabilidade imediata das normas “definidoras de direitos e garantias fundamentais”. Entretanto, conforme o autor, o próprio Texto Constitucional “faz depender de legislação ulterior à aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os direitos fundamentais”. É o caso das disposições contidas nos artigos 206, incisos V e VI que tratam da educação e será objeto de maior análise no segundo capítulo deste trabalho monográfico.

2.5 O Direito Fundamental à Educação

O direito fundamental à educação integra o rol dos direitos sociais e está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, no título II intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ou seja, não restando dúvida ou abrindo espaço para a discussão quanto a ser ou não um direito fundamental. Bem como reservou dispositivos próprios para tratar de maneira mais pormenorizada, especialmente nos artigos 205 a 214, explicitando como deve ser concretizado tal direito.

Assim, no dizer de André Ramos Tavares (2012, p.876) não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele construído constitucionalmente e que faz parte daquele “mínimo existencial” para que a pessoa tenha condições de viver com dignidade, pois se refere à formação do “pleno desenvolvimento da pessoa”, como estabelece o artigo 205 da Constituição Federal.

Ademais, também encontramos outros mecanismos que asseguram o direito à educação como um direito fundamental no nosso ordenamento jurídico. Desta forma, temos a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) (Lei nº 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (PNE) (Lei nº 13.005/15) e também temos o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1996, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1992, e promulgado pelo Decreto Legislativo nº 592, a 06 de dezembro de 1992.

Diante disso, encontramos uma situação inovadora no nosso ordenamento jurídico, pois até então tínhamos o direito à educação como algo normativo e de

maneira genérica e limitado sem mecanismos jurídicos adequados para sua efetivação. O que corrobora a afirmação:

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 fazia expressamente na Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, ao afirmar da educação como um direito de todos e dever do Estado, com a consequente 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 um 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. (KONZEN, 1999, p.659):

Neste sentido, a educação agora é tratada como um direito capaz de fazer desenvolver a pessoa para a cidadania e que lhe assegura uma dignidade, estando, assim, atrelada com os objetivos da Constituição elencados no artigo 3º, a busca por uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Estes objetivos só serão alcançados quando o direito à educação for efetivado de maneira sólida e permanente. Uma vez que a educação constitui o mecanismo de conscientização de emancipação e amadurecimento do sujeito. Mais especificamente o ensino médio, objeto de análise desta pesquisa.

É na fase do ensino médio que o indivíduo está no processo de formação e fixação da sua identidade, onde se desperta, de maneira mais forte, para a vida social. Daí a LDB estabeleceu em seu artigo 35, as seguintes finalidades para o ensino médio:

Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:
I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;

IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

Tendo em vista que o direito a educação, de forma geral, não configura somente o acesso, mas também os meios de como deve ser implementado, o ensino médio se revela como a etapa final de um preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, em que concretizará os objetivos da República Federativa.

A educação, sob esse ângulo, é muito mais do que alguns dicionários a conceituam.

Ela é a prática contínua e intermitente de se transmitir e receber informações, que se vão construindo com o tempo, por elas sendo o homem influenciado, ao tempo que as influencia, ajudando assim, a desenvolver o meio onde vive e, também, desenvolver-se. (LIMA, 2003, p. 2)

Destarte, a educação se torna o núcleo fundamental de inserção no mundo, sem ela o indivíduo torna-se alienado daquilo que o cerca e incapaz de enxergar uma transformação tanto pessoal como social. É por meio dela, como no mito da caverna de Platão, que o sujeito se liberta e vai em direção à luz, não mais vivendo na escuridão e tomando-se as sombras como verdades.

3 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ENSINO MÉDIO

O direito à educação foi estabelecido como um direito social cuja concretização se dá mediante os esforços de vários mecanismos da sociedade, principalmente do Estado, por caracterizar um direito de cunho prestacional.

O ensino médio será responsabilidade de maneira prioritária do Estado, que empreenderá políticas públicas para que seja garantido o direito à educação, o qual dependerá da dotação orçamentária, que se configura limitada, mediante as necessidades, muitas vezes, ilimitadas, mas não se prevalecendo da “reserva do possível”, pois precisa de planejamento para garantir o “mínimo existencial”.

3.1 Dever do Estado

O direito à educação corresponde aos direitos de segunda dimensão, ou seja, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, que controla ou evita a atuação do Estado em relação às liberdades individuais, os de segunda dimensão impõe ao Estado uma obrigação de fazer para que esses direitos sejam efetivados.

Contudo, há discussões a cerca dos direitos sociais não serem verdadeiros direitos, mas apenas programas de ação governamental e, neste caso, despidos de eficácia imediata. Ocorre que, já sido tratado anteriormente assunto, aqui reafirmamos os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, em especial o direito à educação, pois assim prevê a Constituição Federal de 1988 um mesmo regime tanto para os direitos de defesa como para os direitos de cunho prestacional, e em nenhum momento encontramos, expressamente, uma dualidade de regimes. Daí já inferiu e mais uma vez se conclui que o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88 incide em ambos os direitos fundamentais. (CLÈVE, 2006, p. 31-32).

Nesse sentido, não há o que se discutir, pois a Constituição é norma jurídica e como tal, dotada de imperatividade. Como o direito à educação é posto por ela, não se trata de mera norma-programa, cujo administrador público tem uma diretriz para empreender políticas públicas de maneira discricionária. Corroborar o ensinamento de Luís Roberto Barroso:

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. (BARROSO, 2006 p. 7)

Esse posicionamento, todavia, somente ocorreu no chamado movimento neoconstitucional, bastante influenciado pelo pós-positivismo, depois do fracasso das ideias positivistas, onde era a letra da lei que deveria ser obedecida de maneira cega, produzindo regimes autoritários, como no caso do Facismo na Itália e do Nazismo na Alemanha.

O apóstolo Paulo já alerta, quando escrevera para a comunidade de Corinto: “a letra mata, mas o Espírito vivifica” (II Cor 3, 6). Daí, após a experiência dolorosa da humanidade na II Guerra Mundial, há uma reaproximação entre o direito e a moral. No pós-positivismo não se concentra na estrita e irrestrita força da lei, mas vai além da legalidade, exige-se agora uma leitura humana e social do direito, sem o descuido da lei posta.

Destarte, o novo movimento Constitucional repercute sobre a atuação dos três poderes, principalmente na atuação do Executivo e Legislativo, pois cabe a eles, de maneira típica, a responsabilidade de fazer valer o Direito à educação. O poder Judiciário ganhará força na medida em que também poderá determinar políticas públicas para o Executivo, quando esse for omissivo ou ineficaz, o que trataremos de maneira mais aprofundada no próximo capítulo.

Conforme Luís Roberto Barroso, a constitucionalização obriga o Legislativo a duas posturas: 1. Limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral; 2. Impõe-lhe determinados deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. E na esfera do Executivo, três posturas que lhe comina: 1. Limitação da discricionariedade; 2. Imposição de deveres de atuação e 3. Fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. (BARROSO, 2006, p. 17).

Nesse sentido, nossa Constituição Brasileira é clara ao impor ao Poder Público o dever de garantir a educação quando a elencou como direito social. Assim foi estabelecido:

Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

A Carta Magna foi além, estabelecendo, em capítulo próprio, vários dispositivos relacionados ao direito à educação e assinalando ao Estado algumas obrigações como, por exemplo:

Art. 205 – A educação, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.(grifo nosso).

Art. 208. O **dever do Estado** com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – **progressiva universalização do ensino médio gratuito**;(grifo nosso).

Além disso, o texto constitucional estabeleceu um regime de colaboração entre os entes da federação para que a educação fosse bem salvaguardada em sua efetivação. Mesmo quando encarrega de maneira repartida as responsabilidades pelos níveis de ensino. Neste caso, objeto dessa pesquisa, o ensino médio é de dever dos Estados da Federação. Assim estabeleceu o art. 211, § 3º: “Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio”.

No âmbito infraconstitucional, a Lei de Diretrizes e Bases-LDB (Lei nº 9.394/96) destaca, no art. 4º, inciso II, que é dever do Estado a “progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao Ensino Médio.” Sendo ainda observadas as finalidades do ensino médio que o art. 35 da LDB estabelece:

Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:
I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;

IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

Observamos, desta maneira, que não há discricionariedade da Administração Pública quando a Constituição e a legislação infraconstitucional não apenas estabelecem o dever do Estado em uma prestação positiva, numa obrigação de fazer, mas quando já fixam metas e fins a serem desenvolvidos.

Particularmente, cabe aos Estados proporcionar o acesso ao ensino médio gratuito, como não só o acesso, mas fazer valer as finalidades desse nível de ensino estabelecidas na LDB, subtraindo qualquer juízo de conveniência e oportunidade sobre a efetivação ou não do direito ao ensino médio gratuito.

A preocupação em efetivar o direito fundamental à educação é tão presente para a Constituição que o art. 208, em seu parágrafo segundo prevê a responsabilidade da autoridade competente na hipótese de não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular. (TAVARES, 2012, p. 884).

É nesse sentido que os Estados garantindo o ensino médio, estarão alicerçando uma sociedade mais justa e igualitária pautada no princípio da dignidade humana, pois com o acesso da etapa final da educação básica é que o indivíduo possa ter uma vida digna. Podemos afirmar que a educação é uma *condiciosinequa non* da existência do princípio da dignidade humana da qual o Estado não pode se eximir. Contribui o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes público, a dignidade é necessariamente algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerando o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de

preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade [...] (SARLET, 2011, p. 102)

Desta forma, não resta dúvida da obrigação do Estado em garantir o direito à educação, destacando-se o ensino médio, cuja responsabilidade é dos Estados e do Distrito Federal que empreenderão os esforços para cumprir o que dispõe os dispositivos legais. Daí caso o Poder Público venha a ser omissivo ou ineficiente em seu dever, o Judiciário ser acionado para efetivar o direito ao ensino médio gratuito.

3.2 A Efetivação do Direito à Educação no Ensino Médio por Políticas Públicas

Em que pese a obrigação de promover o ensino médio é de responsabilidade dos Estados, estes devem desenvolver políticas públicas que surjam a partir de discussões e decisões tomadas entre o Legislativo e o Executivo. Cabe a eles diretamente a elaboração de políticas públicas para que o direito à educação no ensino médio seja concretizado.

Desta forma, as políticas públicas se configuram como os instrumentos pelos quais é concretizado o direito à educação, embora existam outros meios, mas são elas as formas mais adequadas para a atuação do Estado, pois segundo Ana Carolina Izidório Davies, elas são “ações governamentais, diretamente relacionadas à atuação do Poder Executivo, destinadas à satisfação de direitos fundamentais, em especial os de caráter social (...)”. (SIQUEIRA; ANSELMO, 2010, p.30)

As políticas públicas, neste caso, seriam a forma de planejamento para que o Estado pudesse exercer o dever de garantir os direitos prestacionais, onde ele tem a obrigação de atuação para que eles fossem concretizados e saíssem da letra da lei. No dizer de Eduardo Appio:

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumento de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. (APPIO, 2006, p. 136).

Para que os direitos sociais, como já vimos, possam ser concretizados, eles precisam de atuação positiva do Estado e por isso ele deve viabilizar bem as

políticas públicas porque elas precisam de uma dotação orçamentária. Há, inclusive, previsão constitucional entre planejamento e orçamento. É preciso que haja planejamento na elaboração de políticas públicas para que as despesas sejam adequadas, a fim de atender, de forma mais eficiente possível, as necessidades da coletividade.

A educação recebeu um trato diferenciado, juntamente com a saúde, na nossa Constituição Federal. Por isso determinou que pelo menos 18% (caso da União) e 25% (caso dos Estados, Municípios e DF) da receita proveniente de impostos deveria ser destinada à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Além disso, A Emenda Constitucional n. 14/96 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEF). Hoje substituído pela Emenda Constitucional nº53/2006 que estabeleceu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

Esse Fundo representou um importante avanço no estabelecimento constitucional de prioridades orçamentárias. Importante frisar que antes da emenda 53/2006 o fundo orçamentário apenas abarcava o ensino fundamental, agora passa a abranger toda educação básica, ou seja, a etapa final, o ensino médio, que antes estava de fora, com ela passa a ser também objeto do Fundo.

O FUNDEB tornou-se um instrumento bastante necessário para que o direito à educação tivesse prioridade na sua concretização. Tanto o é, que o art. 5º estabeleceu uma contribuição social para o custeio da educação, *in verbis*: “A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei”.

Vale lembrar que o direito à educação, por ser um direito social, é um direito insuscetível de realização integral, são direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto). A arrecadação dos recursos é limitada, quando muitas vezes a necessidade social do ensino médio se torna incalculável. Por isso os recursos públicos devem ser bem elaborados. (CLÈVE, 2006, p. 34-36)

Aliás, o professor Jayme Benvenuto Lima Júnior ensina que:

Ao referir-se à progressividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não nega a exigibilidade imediata dessa categoria de direitos. A progressividade ali mencionada deve ser interpretada no sentido extensivo de fazer o máximo para avançar no respeito aos direitos, e não como forma de limitar sua extensão. (LIMA JÚNIOR, 2001, p. 100).

Nesse sentido, é que as políticas públicas, diante da escassez, devem ser bem pensadas e elaboradas numa perspectiva realista. Daí da necessidade de elaborar a peça orçamentária visando a realização progressiva do direito à educação no nível do ensino médio. Como assim já estabelece o texto infraconstitucional: “progressiva universalização do ensino médio gratuito”.

Importa também frisar que, na elaboração de políticas públicas para o efetivo direito à educação, destacando o ensino médio, cuja responsabilidade se circunscreve à esfera estadual, deve ser respeitado o princípio da proibição de retrocesso social (*effetcliquet*).

Embora não esteja previsto expressamente na nossa Constituição, esse princípio encontra bastante respaldo na doutrina, pois ele se coaduna com os objetivos da Carta Magna, bem como a concepção do Estado democrático social de direito.

O princípio da vedação de retrocesso visa impedir que o legislativo pudesse empreender medidas que desconstituam pura e simplesmente direitos que outrora já tinham sido concretizados. Significa que, uma vez já regulamentado determinada norma constitucional, neste caso, o direito social à educação, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria. Assim corrobora Canotilho:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, revogação ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. (CANOTILHO, 2002, p. 337-338)

A partir desse princípio, o Estado que tem o dever de fazer cumprir a disposição constitucional do acesso gratuito ao ensino médio, deixa de consistir em apenas uma obrigação positiva para também passar em uma obrigação negativa. O Estado que estava obrigado a atuar para concretizar os direitos de segunda

dimensão, passa a estar obrigado, também, a abster-se de atentar contra a concretização dada a esses direitos.

3.3 Reserva do Possível versus o Mínimo Existencial

Os direitos sociais por demandarem de recursos financeiros do Estado para sua efetivação, muitas vezes se depara com a limitação ou escassez desses recursos. Por isso essa questão levantou a várias discussões sobre também os limites ou restrições da concretude dos direitos que o Estado tem a obrigação de atuar. Daí surge a denomina cláusula de reserva do financeiramente possível ou simplesmente, reserva do possível.

Segundo Resende (2015, p. 109), a cláusula da reserva do possível surge na ocasião das discussões da elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas. É nesse contexto que os países, imbuídos do neoliberalismo, argumentam que os direitos civis e políticos eram economicamente viáveis, o que já não se encontrava nos direitos econômicos, sociais e culturais, por demandarem um alto custo para que sejam concretizados.

A doutrina ainda não determinou ao certo como deve ser tratada a Reserva do Possível, seja como princípio, seja como cláusula ou como postulado. Para OLSEN (2008, p.200) colocar como princípio não seria apropriado, visto que não prescreve determinado estado de coisa a ser atingida e também porque minimiza ao invés de otimizar, o que marcaria um princípio. É por isso que as expressões “cláusula” ou “postulado” realmente parece ser mais adequado. Assim corrobora Sarlet:

(...) apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima correlação com a distribuição de receitas e competências tributárias e (...) c) na perspectiva do titular do direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação (SARLET, 2008, p. 30).

A partir disso, podemos dizer que existem duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A primeira diz respeito à inexistência material e real de

recursos, ou seja, indisponibilidade de caixa. A segunda advém da inexistência de autorização orçamentária para a realização de determinada despesa (BARCELLOS, 2007, p. 262).

A reserva do possível seria agora o fundamento para o balizamento de implementação de políticas públicas na concretização dos direitos sociais, como uma forma de tentar adequar a realização dos direitos fundamentais à realidade fática. Entendimento esse, exposto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gratuidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (informativo nº 345)

Contudo, deve-se ter a reserva do possível com cautela, pois sua elaboração teórica se deu na Alemanha na década de 70 e o caso paradigma que saltou aos olhos dos doutrinadores alemães foi a disputa versando sobre o direito de acesso ao ensino superior e as restrições fáticas existentes (SARLET, 2011, p.28). Com efeito, nossa realidade brasileira se apresenta totalmente diferente, onde direitos foram suplantados há anos e existe um déficit de políticas públicas nos direitos sociais, por isso não se trata de conceder o mais, mas, antes as condições mínimas de uma vida digna.

Desta forma, a reserva do possível não pode, principalmente num país como o nosso, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma medida que imponha cuidado, prudência e responsabilidade na elaboração de políticas públicas. Segundo Américo Bedê Freire Júnior, ela deve ser levada em conta não para impedir a concretização de direitos fundamentais, mas sim, tendo em vista o compromisso com o princípio da dignidade humana, viabilizar o melhor cumprimento das normas constitucionais (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 79).

Nesse sentido, bastante importante se faz o ensinamento de Driley da Cunha Júnior:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. [...] trasladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem-Estar. [...] não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão inconstitucional – para garantir esse mínimo existencial [...] (CUNHA JÚNIOR, 2007, p.436).

Por conseguinte, a reserva do possível não pode ser arguida para a não implementação do direito fundamental à educação, pois ela faz parte daquele núcleo essencial para que o indivíduo tenha condições mínimas de uma existência digna. Daí a reserva do possível esbarrar no princípio do mínimo existencial.

O mínimo existencial é o corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana e por isso o Estado não pode evocar a insuficiência de recursos para a não satisfação de prestações sociais mínimas, capazes de assegurar às pessoas condições adequadas para uma vida digna, como é o caso da educação, destacando-se o ensino médio, cuja finalidade é a formação da própria identidade, e como o indivíduo pode viver sem identidade?

Desta forma, se os direitos sociais estão fundamentados no conceito de dignidade da pessoa humana, estudar o mínimo existencial se faz necessário na medida em que ele fornecerá o conteúdo da prestação estatal. Contudo, a discussão passa então para a compreensão sobre o que significa este mínimo.

Doutrinadores alemães deram início às pesquisas acerca do conceito de mínimo existencial. Entendem que estas condições mínimas fazem parte do conteúdo essencial para o exercício da dignidade da pessoa. Todavia, não é fácil quantificar tal mínimo, pois estará sempre relacionada às condições espaço-temporal (SARLET, 2011, p. 20).

É nesse sentido que o princípio do mínimo existencial se torna necessário para obrigação mínima do Poder Público em sua prestação para a efetivação dos

direitos sociais. Será a concretude desses direitos que se consolidará o Estado Democrático Social de direito e desde logo, sindicável, tudo para evitar que a pessoa viva sem a dignidade que lhe própria.

Desta forma, a efetividade dos direitos sociais é a mola propulsora para o exercício dos outros direitos. Daí, para a tutela do mínimo existencial, que compreende a concretude dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado poderá ser manejado.

Destarte o art. 6º elenca os direitos sociais, os quais para ser efetivados, precisam de uma atuação positiva do Estado, embora seja um rol exemplificativo, afirmamos que não estar posto de maneira aleatória, mas numa ordem de prioridade, obedecendo a uma sequência lógica.

Para ratificar tal entendimento, e perceber que dentro do mínimo existencial possui uma ordem de preferência, a EC nº 64/2010 e a EC nº90/2015 que acrescentaram ao art. 6º da Constituição como direito social, a alimentação e o transporte foram alocados de maneira a não apenas ser um acréscimo, senão estaria na sequência dos últimos, por serem os últimos a entrarem, mas justamente foram postos de maneira lógica de existir.

Tudo isso posto para afirmamos que a educação foi alocada como o primeiro direito social do art. 6º da nossa Carta Magna por configurar a base de todos os outros direitos sociais, bem como os individuais. Como já dito e agora reafirmamos, a educação possibilita ao ser humano a consciência de si mesmo e a descoberta de um ser social. Para autenticar, nos reportamos Claudinei j. Gottems:

Por se tratar de um direito social dotado de fundamentalidade, a educação se revela ínsita ao desenvolvimento do homem enquanto ser social e culmina com sua dignificação, razão que impõe analisar o direito à educação não como uma norma meramente programática, sem eficácia imediata, mas, ao contrário, por se tratar de direito social, é exigível de imediato. (GOTTEMS, 2012, p. 48)

Além do mais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9394, de 20.12.1996, que estabelece, em seu artigo 4.º, o dever do Estado com a educação escolar pública, demonstra, novamente, tamanha importância dada à educação. Bem como o texto Constitucional determinou que pelo menos 18% (caso da União) e 25% (caso dos Estados, Municípios e DF) da receita proveniente de impostos deveria ser

destinada à manutenção e desenvolvimento do ensino. Além de criar a contribuição social do salário-educação.

Tudo isso para afirmar o direito à educação como parte do núcleo essencial do mínimo existencial e que o Poder Público não poderá evocar a reserva do possível para a não concretização de políticas públicas educacionais, principalmente quando o constituinte foi cauteloso no que diz respeito aos recursos que custearão tal direito.

Ao tratar especificamente do ensino médio, a Lei 9394/96 (LDB) em art. 35, inciso II, assinala como uma das finalidades “o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico”. Ou seja, o ensino médio marca o desenvolvimento identitário do sujeito, onde terá consciência si e do mundo em sua volta.

A não inserção e os meios de permanência nessa etapa da educação violam gravemente o seu desenvolvimento e, por conseguinte, sua dignidade por impedir seu crescimento como pessoa. Assim, o direito à educação no ensino médio insere-se no conteúdo do mínimo existencial, podendo o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas da Administração estadual.

Por fim, coube aos Estados a responsabilidade de implementar políticas públicas para a concretização do ensino médio não se aforando da reserva do possível, uma vez que o mencionado direito social se insere no conteúdo do mínimo existencial, podendo o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando este legitimado, do ponto de vista constitucional, a decidir a respeito. O abordaremos de maneira mais peculiar no próximo capítulo.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ENSINO MÉDIO

Chegamos ao ponto nevrálgico do nosso trabalho de pesquisa, onde, o direito fundamental à educação, um direito de segunda dimensão, cuja efetividade ocorre por meio de uma atuação positiva do Estado, principalmente por meio de políticas públicas do Legislativo e Executivo e quando são omissos ou inoperantes e o direito é usurpado, é preciso, desta maneira, a atuação do judiciário para garantir o direito à educação, principalmente no ensino médio.

4.1 O Conceito de Judicialização

Com o processo de redemocratização culminando na Constituição de 1988, o Brasil passa a um Estado democrático de direito, onde os três poderes tem a importância de salvaguardar todo o conteúdo da Magna Carta, principalmente fazer acontecer os direitos fundamentais.

Segundo Barroso (2009, p.172), o Estado democrático reflete a ideia de soberania popular, ou seja, todo o poder emana do povo. Contudo, são dois os poderes legitimados pelo voto popular: Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário não é eleito pelo povo e sim recrutado, como regra geral, por critérios técnicos. E a partir da concepção de Montesquieu, haveria uma tripartição de poder de maneira harmônica entre o Legislativo, Executivo e Judiciário de forma a garantir nenhuma usurpação do poder. Ensina o Luís Roberto Barroso:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. (2009, p.173)

Desta forma, coube ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, por se caracterizarem como os representantes do povo, de elaborar medidas de concretização dos direitos fundamentais. Contudo, quando há uma lacuna na implementação de tais direitos, o Poder Judiciário intervém para garantir que os

direitos fundamentais sejam de fato concretizados. Fenômeno esse que ficou conhecido como Judicialização. Luís Roberto Barroso irá nos dizer de forma mais precisa:

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. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2009, p. 03)

Diante de tal realidade, desenvolve-se o sistema de Freios e Contrapesos (Teoria do Cheksand Balances), onde os poderes do Estado além de terem suas funções típicas, também exerceriam funções atípicas, isto é, funções próprias dos dois outros poderes.

Contudo, o fenômeno da judicialização é analisado por duas perspectivas antagônicas: uma que analisa a partir de uma visão otimista, entendendo-o como enriquecedor do processo democrático; a outra vê o fenômeno como problemático para os mecanismos de uma democracia efetiva. Uma de concepção substancialista e outra de concepção procedimentalista.

Com base na teoria desenvolvida por Habermas, os procedimentalistas defendem a não intromissão do Judiciário nas condutas do Legislativo e do Executivo, pois isso seria uma deturpação do princípio da separação dos três poderes, e, portanto, caberia somente ao judiciário, interpretar de forma procedimental a Constituição. Como por exemplo, para Kerche e Arantes (1999), para eles, a incidência constante de manifestações do judiciário é causadora de incerteza jurídica para o Estado e para o setor privado. Afirmam eles:

Intervenções judiciais são consideradas ilegítimas justamente porque são antidemocráticas, porque podem ir contra a manifestações da vontade popular e dos seus órgãos representativos, ao passo que os órgãos judiciais não são expressões dessa vontade nem são passíveis de controle do povo (KERCHE; ARANTES, 1999, p. 34).

Em contraposição aos procedimentalistas estão os que defendem a intervenção do Poder Judiciário quando ocorrer omissão do Legislativo e do Judiciário, justamente para poder garantir que os preceitos da Carta magna sejam cumpridos. Nesse sentido, o Judiciário exerceria o contrapeso indispensável para a garantia dos direitos sociais pela via judicial, neste caso em particular, a educação. (OLSEN, 2008 p.272)

Neste caso, a judicialização aqui tomada é aquela própria decorrente da Carta Magna para que os direitos fundamentais sejam assegurados quando houver alguma ineficiência por parte do Legislativo e do Executivo. Para corroborar, temos um importante precedente do STF, por meio do voto do Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº45:

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Porém, como conceituar também implica dizer o que não é, cabe aqui referenciar que Judicialização ora se confunde com ativismo Judicial, como diz Barroso (2009, p. 6), embora sejam primos, mas não é a mesma coisa.

A judicialização, no contexto brasileiro, “é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”, pois “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria” (BARROSO, 2009, p. 6).

Já o ativismo judicial é:

[...] uma atitude, uma 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 certodeslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2009, p. 6)

Uma atitude oposta ao ativismo é a “autocontenção judicial”, quando o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Nesta linha, juízes e tribunais:

- (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
- (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 7).

É nesse sentido, que o fenômeno da judicialização decorre da própria Constituição de 1988, e desta forma, não haverá violação à separação e independência dos Poderes, mas apenas fará cumprir os deveres constitucionalmente definidos, principalmente em relação aos direitos fundamentais sociais, e em particular, o direito à educação, em especial no que diz respeito ao ensino médio, tema do qual versa esta pesquisa.

4.2 Tutela Judicial de Políticas Públicas Para o Ensino Médio

A Constituição de 1988 estabeleceu o direito à educação como um direito fundamental de ordem social, ou seja, precisa de atuação efetiva do Estado para que seja concretizado. A Carta Magna ainda estabeleceu em seu art. 211 que é de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal a oferta do ensino médio.

Estabeleceu, ainda, a Constituição Federal em seu art. 208, § 1º: “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Ou seja, o direito à educação pode ser reivindicado individualmente.

Para Cléve (2006, p. 34), a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais desempenha três funções: (a) primeiramente, a função de defesa do indivíduo contra a ingerência do poder público que pode tentar impedir a satisfação de um direito fundamental; (b) em segundo lugar, a função de prestação, prevendo que o indivíduo poderá demandar a realização do objeto do direito fundamental; (c) finalmente, a função de não discriminação, significando que o indivíduo deve ter o direito aos bens e serviços necessários à satisfação dos direitos fundamentais.

Desta forma, como já fora posto anteriormente, o ensino médio para que seja efetivado, precisa de políticas públicas que tal incumbência coube aos Estados e ao Distrito Federal, mais precisamente, compete ao poder Executivo e ao Legislativo a elaboração e execução dessas políticas públicas.

De toda sorte, considerando a dimensão subjetiva do direito à educação no ensino médio, quando o Executivo e o Legislativo forem inoperantes, cabe ao indivíduo obter a tutela do Poder Judiciário. Assim, o Judiciário passa a ser realmente o garantidor das normas constitucionais, quando essas não são postas em prática.

É certo que para a elaboração de políticas públicas voltadas para a prestação do ensino médio, o Estado precisará de dotação orçamentária e por isso nem sempre prestará sua obrigação de forma de como deveria ser.

Contudo, diante do que já afirmamos e não há o que discutir, o direito à educação é um direito fundamental e faz parte daquele mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana; parece que não se pode arguir a administração pública da reserva do possível, pois isso implicaria além de ferir o princípio maior da dignidade da pessoa humana, restringir o direito à educação para além das questões fáticas.

Assim, é possível que o Judiciário, se preciso for, interferir na projeção orçamentária ou na reelaboração de políticas públicas para que seja garantido o direito à educação, e neste caso, no nível do ensino médio. Para ratificarmos tal entendimento, nos reportamos mais uma vez ao julgado paradigmático da ADPF nº45 que questionava um veto presidencial em um dos incisos da lei orçamentária que previa a vinculação das políticas públicas e sociais. À época, o Ministro Celso de Mello assim relatou:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Conclui-se, desta maneira, que o Poder Judiciário poderá sim determinar a adoção de políticas públicas educacionais para que o ensino médio seja garantido conforme preceitua a Magna Carta.

4.3A Oferta do Ensino Médio e as Decisões Judiciais no Estado de Sergipe

Coube ao Estado de Sergipe em regime de colaboração com os seus 75 municípios a oferta da educação, como preceitua o art. 211 da Constituição Federal de 1988. Aos municípios a incumbência do ensino fundamental e educação infantil, conforme o parágrafo 2º do mesmo dispositivo; e aos Estados e Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Segundo dados recentes do INEP (Instituto nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), disponibilizados no site do próprio instituto, o governo do Estado de Sergipe possui 354 (trezentos e cinquenta e quatro) escolas em funcionamento e 311 (trezentos e onze) escolas fechadas.

Das escolas em funcionamento apenas 153 (cento e cinquenta e três) oferecem a educação na modalidade do ensino médio, conforme coleta de dados no site da secretaria de educação do Estado de Sergipe, onde também podemos coletar que essas escolas perfazem um total de 65.363 (sessenta e cinco mil trezentos e sessenta e três) alunos matriculados.

Contudo, a maioria dessas escolas não tem muito de infraestrutura para que o ensino médio possa atingir suas finalidades, como determina a LDB. Muitas possuem apenas as salas de aulas, de acordo com própria informação do site da secretaria de educação.

O direito à educação é dever do Estado não somente no que diz respeito à sua oferta, mas também permanência e qualidade. Pois assim preceitua a Carta Magna: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VII- Garantia de padrão de qualidade”.

A partir disso que o Judiciário é acionado, pois o direito à educação não está sendo implementado de forma eficaz, a fim de atingir as finalidades que a própria legislação infraconstitucional estabeleceu. Neste caso, quando o Executivo não

realiza de forma satisfatória o que lhe compete, cabe ao sim a interferência do Poder Judiciário, como já fora visto.

Em Sergipe também o Poder Judiciário vem sendo acionado para a efetivação e/ou questionamento das políticas públicas envolvendo a educação. Através de pesquisa no site do TJ/SE no ano de 2016 foi possível encontrar seis julgados em relação à educação prestada pelo governo do Estado.

A pesquisa utilizou-se da expressão “direito à educação” como palavra chave de localização das decisões no site www.tjse.jus.br dentro da aba Diário de Justiça, usando como filtro a data inicial de um mês e final do mês subsequente do ano de 2016, no ícone “seção”/“secretária Judiciária”/“subseção”/“1ª Câmara Cível – Publicação” e “2ª Câmara Cível – Publicação”.

Ao total foram encontrados 06 julgados do Tribunal, três na primeira Câmara Cível e três na 2ª Câmara Cível, sendo 05 em sede de apelação e apenas 01 em sede de remessa necessária.

Em todos os casos pode perceber que o direito à educação não estava relacionado ao acesso, mas quanto à qualidade, na medida em que as escolas não oferecem as condições mínimas de infraestrutura para que o ensino seja desenvolvido de forma eficiente.

O centro gravitacional das demandas encontradas na recorrência ao Judiciário está justamente na obrigação do ente público em fazer as devidas reformas nas escolas que apresentam problemas de estrutura em seus prédios. E em todas as 06 decisões o TJ-SE, os desembargadores obrigaram o governo do Estado a realizar as devidas reformas nas estruturas do prédio.

Dos argumentos utilizados para sua defesa, o governo do Estado de Sergipe utilizou-se, na maioria dos casos, da discricionariedade administrativa e ingerência do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo e todos os julgados a invocação da cláusula da reserva do possível.

Contudo, os Desembargadores rechaçaram os argumentos da discricionariedade do ato administrativo, da separação dos poderes, bem como da reserva do possível e afirmando que cabe ao Judiciário sim a implementação de políticas públicas diante da ingerência do Executivo. Vejamos a ementa de uma das decisões da 1ª Câmara Cível no dia 29 de abril de 2016:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA VERIFICAÇÃO DE IRREGULARIDADES NAS INSTALAÇÕES DO INSTITUTO DE EDUCAÇÃO RUY BARBOSA SENTENÇA PROFERIDA NO JUÍZO A QUO, JULGANDO PROCEDENTE O PLEITO DO PARQUET E ORDENANDO A REMOÇÃO DAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELA VISTORIA DO CORPO DE BOMBEIROS SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS) EM CASO DE DESCUMPRIMENTO ATÉ O LIMITE MÁXIMO DE R\$ 200.000,00 (DUZENTOS MIL REAIS) IRRESIGNAÇÃO - RECURSO APELATIVO INVOCAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO EDUCAÇÃO DIREITO SOCIAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO, EM CASOS EXCEPCIONAIS, DETERMINAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIANTE DA ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL PRECEDENTES DO STF E DO TJSEREÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA DIÁRIA PARA R\$ 400,00(QUATROCENTOS REAIS) ATÉ O LIMITE MÁXIMO DE R\$ 50.000,00(CINQUENTA MIL REAIS)- RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENTRE O VALOR E PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO- RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.- O CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL TEM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, SEGUNDO OS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, PARA DECIDIR QUAIS AS MEDIDAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS ADOTARÁ CONSOANTE PRÉVIO PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO DENTRO DA RESERVA DO POSSÍVEL.INOBTANTE A AUTONOMIA ESTADUAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, CABE AO PODER JUDICIÁRIO, EXCEPCIONALMENTE, DETERMINAR QUE O PODER PÚBLICO ADOTE MEDIDAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS, EM ESPECIAL O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE, SEM CARACTERIZAR INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO E CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. POSTURA MAIS ATIVA DO PODER JUDICIÁRIO, DENOMINADA DE ATIVISMO JUDICIAL, AO DETERMINAR, EXCEPCIONALMENTE, QUE O PODER EXECUTIVO IMPLEMENTE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE SATISFAÇAM DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NECESSÁRIOS, COMO CONSECUTÓRIO DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. NO CASO CONCRETO, UMA VEZ QUE NÃO CONSTA DOS AUTOS OUTROS PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA MULTA DIÁRIA, ENTENDO QUE A MULTA PREVISTA NO ART. 18, §§ 1º E 2º DA LEI ESTADUAL 4.183/99, PODE SER UTILIZADO COMO PONTO DE PARTIDA PARA A FIXAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA NA SENTENÇA, DEVENDO OCORRER, EM QUALQUER HIPÓTESE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENTRE O VALOR ESTIPULADO E O TEMPO PARA O CUMPRIMENTO DA DECISÃO.

Diante da exigibilidade do direito à educação, como um direito social, vê-se que se faz necessário políticas públicas não somente para garanti-la pura e

simplesmente, mas com qualidade. Por isso não se pode arguir de argumentos que não satisfaçam esse direito de forma eficiente, pois como podemos perceber ele faz parte daquele mínimo existencial para que o ser humano viva com dignidade.

Vejamos também uma decisão da 2ª Câmara Cível do TJ-SE:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À EDUCAÇÃO - IMPLANTAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS DE COMBATE A INCÊNDIO NA ESCOLA ESTADUAL EUVALDO DINIZ ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO CARACTERIZAÇÃO **TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL** VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL NÃO RECONHECIDAS ATIVISMO JUDICIAL DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PRAZO RAZOÁVEL APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.I - O STF, O STJ E O TJSE JÁ FIRMARAM O ENTENDIMENTO DE QUE É POSSÍVEL AO JUDICIÁRIO, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DETERMINAR AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIR DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS, A EXEMPLO DO DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO BÁSICA, SEM QUE ISSO IMPLIQUE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS A EDUCAÇÃO, POR SER UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO (ART. 205 DA CF), DEVE SER PRESTADA DE FORMA EFICIENTE. NESSA HIPÓTESE, A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, EMINENTEMENTE DE CARÁTER FINANCEIRO, NÃO PODE SE SOBREPOR AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. PRECEDENTES.II - A AÇÃO FOI AJUIZADA EM MAIO DE 2013 E CONCEDIDA A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM JUNHO DE 2013. SENTENÇA DATADA DE ABRIL DE 2014. ASSIM, QUALQUER PRAZO CONCEDIDO JÁ TERIA SIDO EXTRAPOLADO E À MÍNGUA DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DE MULTA IMEDIATA, TORNA-SE DESNECESSÁRIO DILATAR O PRAZO DE 30 DIAS CONCEDIDO NA SENTENÇA PARA AS PROVIDÊNCIAS DETERMINADAS.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Diante de tudo isso, a via judicial se torna um instrumento bastante importante também no Estado de Sergipe para assegurar que o governo cumpra aquilo que determinou a Constituição brasileira com sua responsabilidade.

Neste panorama de crescente exigibilidade do direito à educação merece relevo o papel exercido pelo Ministério Público, que atuou como parte em todas as decisões proferidas pelo TJ-SE, referenciados nesta pesquisa.

4.4 Limites à Judicialização

De fato, com a Constituição Federal de 1988 houve um avanço muito grande de mecanismos para que os direitos fundamentais pudessem promover a cidadania e a diminuição das desigualdades sociais, inclusive com a tutela do Poder Judiciário para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, precisamente os direitos sociais.

Contudo, o processo de judicialização dos direitos sociais tem objeções e limitações. Limitações impostas pela própria Carta Magna bem como as restrições dos direitos fundamentais, pois eles não são absolutos.

No que tange à limitação da intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, os apontamentos de Barroso (2009) se faz necessário destacar:

Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. (BARROSO, 2009, p. 10)

O primeiro problema que se apresenta na judicialização é quanto ao judiciário não ser escolhido pelo processo das urnas e por isso não representar a demanda da população, isto é, a discussão democrática tem como premissa a representação popular. Pois diante de uma decisão tanto do Executivo como do Legislativo representariam, em tese, quando isenta de ideologias e paixões pessoais, o Poder Judiciário não teria legitimidade para invalidar tais decisões. (BARROSO, 2009, p. 10)

Quanto à politização indevida da justiça, Luís Roberto Barroso, ora afirma que direito não é política, no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas, mas se entender o direito como política de maneira como instância de poder, poderá haver a distorção da ordem das coisas. Entende-se o direito como política de forma que a neutralidade axiológica seja impossível, daí a subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula, neste caso, os juízes ao tomarem as decisões. (BARROSO, 2009, p.14)

No que diz respeito à última objeção, colocada pelo professor Barroso, vai colocar que no Estado Democrático os três poderes exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um e tanto o Legislativo, Executivo e judiciário são os responsáveis para interpretar a Constituição, cabendo a palavra final ao Judiciário. Contudo, isso não quer dizer que toda e qualquer discussão sobre alguma matéria deva ser levada ao tribunal. (BARROSSO, 2009, p. 15)

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

Outro ponto que se refere à limitação da judicialização, e que já fora explanado, é quanto aos recursos financeiros serem insuficientes para atender a grande demanda social, o ficou denominado da “reserva do possível”. O judiciário deve, em suas decisões, tomar como balizamento a cláusula do financeiramente possível.

Por fim, os próprios direitos fundamentais se impõem limites na medida em que eles são relativos e não absolutos. Nas palavras de André Ramos Tavares:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais. (TAVARES, 2012, p.528)

Destarte, o Poder Judiciário deve atentar-se para as fronteiras de sua atuação, pois o fenômeno da judicialização surge da própria realidade constitucional e não por arrogância institucional, mas aparece diante das lacunas deixadas pelo Executivo e pelo Legislativo, e desta forma, garantir os preceitos da Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação não resta dúvida que constitui um direito fundamental e consolidá-lo é uma condição para a construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdades sociais. Pois por meio dela o indivíduo é capaz de conseguir sua emancipação e conscientizar-se de seus direitos em busca de uma vida com dignidade.

O objeto deste trabalho tratou especificamente da educação no ensino médio por se tratar de etapa onde os adolescentes e jovens estão no processo de consolidação de sua identidade, na fase da consciência crítica e descoberta dos mecanismos que regem a sociedade.

A não inserção e os meios de permanência nessa etapa da educação violam gravemente o seu desenvolvimento e, por conseguinte, sua dignidade por impedir seu crescimento como pessoa.

São muitas situações de descasos com a educação, quando não se tem acesso sua permanência se torna muito difícil e deficitária pelas péssimas condições das escolas, sem nenhuma infraestrutura capaz de oferecer uma educação de qualidade.

A Constituição de 1988 estabeleceu o direito à educação como um direito fundamental de ordem social, ou seja, precisa de atuação efetiva do Estado para que seja concretizado. A Carta Magna ainda estabeleceu em seu art. 211 que é de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal a oferta do ensino médio.

Desta forma, como já fora posto anteriormente, o ensino médio para que seja efetivado, precisa de políticas públicas que tal incumbência coube aos Estados e ao Distrito Federal, mais precisamente, compete ao poder Executivo e ao Legislativo a elaboração e execução dessas políticas públicas.

É certo que para a elaboração de políticas públicas voltadas para a prestação do ensino médio, o Estado precisará de dotação orçamentária e por isso nem sempre prestará sua obrigação de forma de como deveria ser.

Contudo, diante do que já afirmamos e não há o que discutir, o direito à educação é um direito fundamental e faz parte daquele mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana; parece que não se pode arguir a administração

pública da reserva do possível, pois isso implicaria além de ferir o princípio maior da dignidade da pessoa humana, restringir o direito à educação para além das questões fáticas.

A omissão do Estado ao seu dever de oferecer o ensino médio e de qualidade submete-se ao controle judicial, sem que isto viole o princípio da separação dos três poderes, pois o Poder Judiciário apenas determinará o cumprimento de deveres fundamentais constitucionalmente definidos e especificados na legislação infraconstitucional.

Analisaram-se os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe das demandas de 2016 em relação ao direito à educação e percebeu-se que essas demandas diziam muito mais à falta de condições de permanência em escolas adequadas capazes de ofertar um ensino de qualidade.

Desta forma, o Tribunal de Justiça de Sergipe, nos acórdãos pesquisados, determinou que o governo do Estado implementasse a devida construção ou reforma nos prédios das escolas públicas, com fundamento na teoria do mínimo existencial e afastando o argumento da violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Contudo, com a afirmação da legitimidade do Poder Judiciário em determinar políticas públicas sejam implementadas para o cumprimento do texto constitucional, despertou uma demanda muito grande ao Judiciário e, por isso, é preciso, também, considerar asobrecarga de trabalho existente nos Tribunais. Desta forma, a morosidade e a lentidão diante dos recursos interpostos para uma decisão final podem gerar frustrações e danos à efetivação do direito à educação.

Numa sociedade que prese a qualidade dos serviços públicos e a consciência da população, a recorrência ao judiciário deveria ser uma medida excepcional. Hoje, talvez, a busca pela via judicial para efetivar um direito fundamental seja o mais “adequado” para garantir a dignidade da pessoa humana. Contudo, não se deve permitir que essa seja uma *solução ad aeternum*.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor. A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais e as possíveis estratégias judiciais. SUR- **Revista Internacional de Direitos humanos**, São Paulo, ano 2, nº 2, p. 189-223, jul. 2005.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organizador/Tradutor: Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). 2005. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com>>. Acesso em: 20 de abr. de 2017.
- _____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 34, p. 11-43, 2009.
- _____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 1, p. 389-406, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 19 de abr. de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de mar. de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 54, p. 28-39, jan-mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

GOTTEMS, Claudinei J. **Direito Fundamental à Educação**. Argumenta-Uenp. Jacarezinho. Nº 16, 2012.

KERCHE, Fábio; ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e democracia no Brasil**. Novos estudos CEBRAP, nº 54, São Paulo, jul. 1999, p. 27-41.

KONZEN, Afonso Armando. O direito a educação escolar. In: BRANCHER, L. N.; RODRIGUES, m. m. e VIEIRA, A. G. (org). **O direito é aprender**. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 1999, p.659-668.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional**. São Paulo: Minelli, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAINEL EDUCACIONAL. **INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira**. Ministério da Educação. Disponível em: <http://inep.gov.br/web/guest/painel-educacional>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 12. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

RESENDE, Augusto César Leite de. **A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a corte interamericana de direitos humanos**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org). **Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea**. 1. ed. Birigui: Boreal, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ANEXO – ACÓRDÃOS ANALISADOS PROFERIDOS PELO TJ/SE

Decisões da 1ª Câmara Cível

Diário n. 4445 de 29 de Abril de 2016

APELAÇÃO CÍVEL

NO. ACORDÃO.....: 6556/2016

ESCRIVANIA.....: ESCRIVANIA DA 1ª CÂMARA CÍVEL

NO. PROCESSO.....**201500713483**

PROCESSO ORIGEM....201111806295

PROCEDÊNCIA.....18ª VARA CÍVEL DE ARACAJU

GRUPO.....: IV

RELATOR - DES. RUY PINHEIRO DA SILVA

1º MEMBRO - DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO

2º MEMBRO - DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO

APELANTE - ESTADO DE SERGIPE

PROCURADOR ESTADUAL - EVANIO JOSÉ DE MOURA SANTOS - OAB: 2884/SE

APELADO - MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA VERIFICAÇÃO DE IRREGULARIDADES NAS INSTALAÇÕES DO INSTITUTO DE EDUCAÇÃO RUY BARBOSASENTENÇA PROFERIDA NO JUÍZO A QUO, JULGANDO PROCEDENTE O PLEITO DO PARQUET E ORDENANDO A REMOÇÃO DAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELA VISTORIA DO CORPO DE BOMBEIROS SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS) EM CASO DE DESCUMPRIMENTO ATÉ O LIMITE MÁXIMO DE R\$ 200.000,00 (DUZENTOS MIL REAIS) IRRESIGNAÇÃO - RECURSO APELATIVO INVOCAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO EDUCAÇÃO DIREITO SOCIAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO, EM CASOS EXCEPCIONAIS, DETERMINAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIANTE DA ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL PRECEDENTES DO STF E DO TJSE REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA DIÁRIA PARA R\$ 400,00(QUATROCENTOS REAIS) ATÉ O LIMITE MÁXIMO DE R\$ 50.000,00(CINQUENTA MIL REAIS)- RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENTRE O VALOR E PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO- RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.- O CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL TEM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, SEGUNDO OS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, PARA DECIDIR QUAIS AS MEDIDAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS ADOTARÁ CONSOANTE PRÉVIO PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO DENTRO DA RESERVA DO POSSÍVEL.INOBTANTE A AUTONOMIA ESTADUAL E O PRINCÍPIO DA

SEPARAÇÃO DOS PODERES, CABE AO PODER JUDICIÁRIO, EXCEPCIONALMENTE, DETERMINAR QUE O PODER PÚBLICO ADOTE MEDIDAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS, EM ESPECIAL O **DIREITO À EDUCAÇÃO** DE QUALIDADE, SEM CARACTERIZAR INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO E CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. POSTURA MAIS ATIVA DO PODER JUDICIÁRIO, DENOMINADA DE ATIVISMO JUDICIAL, AO DETERMINAR, EXCEPCIONALMENTE, QUE O PODER EXECUTIVO IMPLEMENTE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE SATISFAÇAM DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NECESSÁRIOS, COMO CONSECUTÓRIO DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. NO CASO CONCRETO, UMA VEZ QUE NÃO CONSTA DOS AUTOS OUTROS PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA MULTA DIÁRIA, ENTENDO QUE A MULTA PREVISTA NO ART. 18, §§ 1º E 2º DA LEI ESTADUAL 4.183/99, PODE SER UTILIZADO COMO PONTO DE PARTIDA PARA A FIXAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA NA SENTENÇA, DEVENDO OCORRER, EM QUALQUER HIPÓTESE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENTRE O VALOR ESTIPULADO E O TEMPO PARA O CUMPRIMENTO DA DECISÃO.

CONCLUSÃO:

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS, ACORDAM OS INTEGRANTES DO GRUPO IV, DA 1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE EM CONHECER DO APELO, NEGANDO-LHE PROVIMENTO E EM REDUZIR, DE OFÍCIO, O VALOR DA MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO, CONFORME RELATÓRIO E VOTO CONSTANTES DOS AUTOS, QUE PASSAM A FAZER PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE JULGADO.

Diário n. 4527 de 01 de Setembro de 2016

APELAÇÃO CÍVEL

NO. ACORDÃO.....: 15993/2016

ESCRIVANIA.....: ESCRIVANIA DA 1ª CÂMARA CÍVEL

NO. PROCESSO.....**201400721024**

PROCESSO ORIGEM....201311201959

PROCEDÊNCIA.....12ª VARA CÍVEL DE ARACAJU

GRUPO.....: IV

RELATOR - DES. RUY PINHEIRO DA SILVA

1º MEMBRO - DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO

2º MEMBRO - DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO

APELANTE - ESTADO DE SERGIPE

PROCURADOR ESTADUAL - PEDRO DIAS DE ARAUJO JUNIOR - OAB: 80-B-/SE

APELADO - MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL CIVIL PÚBLICA DIREITO À EDUCAÇÃO REFORMA DA ESCOLA ESTADUAL AUGUSTO FRANCO PROBLEMAS ESTRUTURAIS CAPAZES DE POR EM RISCO A VIDA E A INTEGRIDADE FÍSICA DOS ALUNOS E PROFESSORES PRELIMINAR CARÊNCIA DE AÇÃO INTERESSE DE AGIR VERIFICADO PREFACIAL AFASTADA -DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO CARACTERIZADAS TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL NÃO RECONHECIDAS ATIVISMO JUDICIAL DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS REFORMA DE ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.I O CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL TEM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, SEGUNDO OS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, PARA DECIDIR QUAIS AS MEDIDAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS ADOTARÁ CONSOANTE PRÉVIO PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO DENTRO DA RESERVA DO POSSÍVEL.II INOBTANTE A AUTONOMIA ESTADUAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, CABE AO PODER JUDICIÁRIO, EXCEPCIONALMENTE, DETERMINAR QUE O PODER PÚBLICO ADOTE MEDIDAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS, EM ESPECIAL O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE, SEM CARACTERIZAR INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO E CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.III POSTURA MAIS ATIVA DO PODER JUDICIÁRIO, DENOMINADA DE ATIVISMO JUDICIAL, AO DETERMINAR, EXCEPCIONALMENTE, QUE O PODER EXECUTIVO IMPLEMENTE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE SATISFAÇAM DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NECESSÁRIOS PARA UMA VIDA DIGNA AO SER HUMANO, COMO CONSECTÁRIO DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.IV - A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, QUE CONDICIONA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS CARECE DA DISPONIBILIDADE DE RECURSOS ECONÔMICOS, NÃO PODE SER INVOCADA COMO SUBTERFÚGIO PARA EXONERAR O PODER PÚBLICO DA OBRIGAÇÃO DE REALIZAR O MÍNIMO EXISTENCIAL DO INDIVÍDUO. 6. PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

CONCLUSÃO:

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS, ACORDAM OS INTEGRANTES DO GRUPO IV DA 1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO INTERPOSTO, PARA NEGAR PROVIMENTO, EM CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO CONSTANTES DOS AUTOS, QUE FICAM FAZENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE JULGADO.

Diário n. 4532 de 09 de Setembro de 2016

APELAÇÃO CÍVEL

NO. ACORDÃO.....: 16726/2016

ESCRIVANIA.....: ESCRIVANIA DA 1ª CÂMARA CÍVEL

NO. PROCESSO.....**201400725100**

PROCESSO ORIGEM....201354101275

PROCEDÊNCIA.....2ª VARA CIVEL DE LAGARTO

GRUPO.....: III

RELATOR - DES. RUY PINHEIRO DA SILVA

1º MEMBRO - DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO

2º MEMBRO - DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO

APELANTE - ESTADO DE SERGIPE

PROCURADOR ESTADUAL - EVANIO JOSÉ DE MOURA SANTOS - OAB: 2884/SE

APELADO - MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA DIREITO À EDUCAÇÃO REFORMA DE ESCOLA ESTADUAL OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO ESTADUAL TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA CARÁTER DE URGÊNCIA - DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO CARACTERIZADAS INVOCAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADA - TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO RECONHECIDA ATIVISMO JUDICIAL DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS REFORMA DE ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL LAUDO PERICIAL QUE ATESTA IRREGULARIDADE NO PRÉDIO AUSÊNCIA DE LAVATÓRIOS PARA MANIPULADORES E LUMINÁRIAS SEM PROTEÇÃO RAZOABILIDADE ENTRE O VALOR ARBITRADO E A FINALIDADE DAS ASTREINTES PROPORCIONALIDADE ENTRE O PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E A MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA, DE OFÍCIO, ESTIPULAR EM R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS) O TETO MÁXIMO DA MULTA ARBITRADA, E EXCLUIR A IMPOSIÇÃO DA MULTA PESSOAL AO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE. I - A TUTELA DE URGÊNCIA NÃO CARECE DE PEDIDO FORMAL DA PARTE INTERESSADA. A ATUAÇÃO JUDICIAL DE OFÍCIO CONSIDERA OS NOVOS CONTORNOS JURÍDICO-SOCIAIS E O ANTEPARO CONSTITUCIONAL GARANTISTA, OS QUAIS CONFEREM AO JULGADOR PODERES PARA AGIR SEM PROVOCAÇÃO EM HIPÓTESES MATERIALMENTE JUSTIFICADAS. II O CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL TEM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, SEGUNDO OS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, PARA DECIDIR QUAIS AS MEDIDAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS ADOTARÁ CONSOANTE PRÉVIO PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO DENTRO DA RESERVA DO POSSÍVEL. III INOBTANTE A AUTONOMIA ESTADUAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, CABE AO PODER JUDICIÁRIO, EXCEPCIONALMENTE, DETERMINAR QUE O PODER PÚBLICO ADOTE MEDIDAS PARA A

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS, EM ESPECIAL O **DIREITO À EDUCAÇÃO** DE QUALIDADE, SEM CARACTERIZAR INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO E CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. IV POSTURA MAIS ATIVA DO PODER JUDICIÁRIO, DENOMINADA DE ATIVISMO JUDICIAL, AO DETERMINAR, EXCEPCIONALMENTE, QUE PODER EXECUTIVO IMPLEMENTE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE SATISFAÇAM DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NECESSÁRIOS PARA UMA VIDA DIGNA AO SER HUMANO, COMO CONSECUTÓRIO DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.V - A AGENTE PÚBLICO NÃO PODE SER PESSOALMENTE CONDENADO AO PAGAMENTO DE ASTREINTES SE NÃO FIGUROU COMO PARTE NA RELAÇÃO PROCESSUAL EM QUE IMPOSTA A COMINAÇÃO, SOB PENA DE AFRONTA AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE AMPLA DEFESA. PRECEDENTES.VI RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

CONCLUSÃO:

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS, ACORDAM OS INTEGRANTES DO GRUPO II DA 1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO INTERPOSTO, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO, EM CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO CONSTANTES DOS AUTOS, QUE FICAM FAZENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE JULGADO.

Decisões da 2ª Câmara Cível

Diário n. 4553 de 10 de Outubro de 2016

APELAÇÃO CÍVEL

NO. ACORDÃO.....: 18916/2016

ESCRIVANIA.....: ESCRIVANIA DA 2ª CÂMARA CÍVEL E CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

NO. PROCESSO.....**201400818174**

PROCESSO ORIGEM....201311200618

PROCEDÊNCIA.....12ª VARA CÍVEL DE ARACAJU

GRUPO.....: II

RELATOR - DES. ALBERTO ROMEU GOUVEIA LEITE

1º MEMBRO - DES. JOSÉ DOS ANJOS

2º MEMBRO - DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO

DIST. VINCULADO AO.: 201300212981

APELANTE - ESTADO DE SERGIPE

PROCURADOR ESTADUAL - PEDRO DIAS DE ARAUJO JUNIOR - OAB: 80-B-/SE

APELADO - MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À EDUCAÇÃO
IMPLANTAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS DE COMBATE A INCÊNDIO NA ESCOLA ESTADUAL EUVALDO DINIZ ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO CARACTERIZAÇÃO TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL NÃO RECONHECIDAS ATIVISMO JUDICIAL DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PRAZO RAZOÁVEL APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - O STF, O STJ E O TJSE JÁ FIRMARAM O ENTENDIMENTO DE QUE É POSSÍVEL AO JUDICIÁRIO, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DETERMINAR AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIR DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS, A EXEMPLO DO DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO BÁSICA, SEM QUE ISSO IMPLIQUE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS A EDUCAÇÃO, POR SER UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO (ART. 205 DA CF), DEVE SER PRESTADA DE FORMA EFICIENTE. NESSA HIPÓTESE, A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, EMINENTEMENTE DE CARÁTER FINANCEIRO, NÃO PODE SE SOBREPOR AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. PRECEDENTES. II - A AÇÃO FOI AJUIZADA EM MAIO DE 2013 E CONCEDIDA A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM JUNHO DE 2013. SENTENÇA DATADA DE ABRIL DE 2014. ASSIM, QUALQUER PRAZO CONCEDIDO JÁ TERIA SIDO EXTRAPOLADO E À MÍNGUA DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DE MULTA IMEDIATA, TORNA-SE DESNECESSÁRIO DILATAR O PRAZO DE 30 DIAS CONCEDIDO NA SENTENÇA PARA AS PROVIDÊNCIAS DETERMINADAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

CONCLUSÃO:

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS DESEMBARGADORES DO GRUPO II DA 2ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, POR UNANIMIDADE, CONHECER DO APELO INTERPOSTO, PARA LHE NEGAR PROVIMENTO, EM CONFORMIDADE COM O VOTO DO RELATOR A SEGUIR, QUE FICA FAZENDO PARTE INTEGRANTE DESTES JULGADOS.

Diário n. 4585 de 01 de Dezembro de 2016

NO. ACORDÃO.....: 23123/2016

ESCRIVANIA.....: ESCRIVANIA DA 2ª CÂMARA CÍVEL E CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

NO. PROCESSO.....201400824152

PROCESSO ORIGEM....201311201745

PROCEDÊNCIA.....12ª VARA CÍVEL DE ARACAJU

GRUPO.....: I

RELATOR - DES. ALBERTO ROMEU GOUVEIA LEITE
1º MEMBRO - DESA. IOLANDA SANTOS GUIMARÃES
2º MEMBRO - DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO
JUÍZO RECORRENTE - JUIZO DE DIREITO DA 12ª VARA CIVEL COMARCA DE
ARACAJ
RECORRIDO - ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR ESTADUAL - EVANIO JOSÉ DE MOURA SANTOS - OAB: 2884/SE
RECORRIDO - MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA:

CIVIL E CONSTITUCIONAL - REMESSA NECESSÁRIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA **DIREITO À EDUCAÇÃO** OBRIGAÇÃO DE O PODER PÚBLICO REFORMAR UNIDADES ESCOLARES - PROBLEMAS ESTRUTURAIS CAPAZES DE POR EM RISCO A INTEGRIDADE FÍSICA DOS ALUNOS E DEMAIS USUÁRIOS - IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA INEFICIENTE DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO (ART. 6º, CAPUT, DA CF/88) SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO INFRINGÊNCIA - RESERVA DO POSSÍVEL GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.I O STF, O STJ E O TJSE JÁ FIRMARAM O ENTENDIMENTO DE QUE É POSSÍVEL AO JUDICIÁRIO, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DETERMINAR AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIR DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS, A EXEMPLO DO DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO BÁSICA, SEM QUE ISSO IMPLIQUE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS A EDUCAÇÃO, POR SER UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO (ART. 205 DA CF), DEVE SER PRESTADA DE FORMA EFICIENTE. NESSA HIPÓTESE, A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, EMINENTEMENTE DE CARÁTER FINANCEIRO, NÃO PODE SE SOBREPOR AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE, BEM COMO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES.III INOBTANTE A AUTONOMIA ESTADUAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, CABE AO PODER JUDICIÁRIO, EXCEPCIONALMENTE, DETERMINAR QUE O PODER PÚBLICO ADOTE MEDIDAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS, EM ESPECIAL O **DIREITO À EDUCAÇÃO** DE QUALIDADE, SEM CARACTERIZAR INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO E CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.IV - EMBORA A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONDICIONE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS À DISPONIBILIDADE DE RECURSOS ECONÔMICOS, TAL PENSAMENTO NÃO PODE SER INVOCADO COMO SUBTERFÚGIO PARA EXONERAR O PODER PÚBLICO DA OBRIGAÇÃO DE REALIZAR O MÍNIMO EXISTENCIAL DO INDIVÍDUO.III CONFIRMA-SE, EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO, A SENTENÇA QUE RECONHECEU A OBRIGAÇÃO DO EXECUTIVO ESTADUAL PROCEDER A IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS DE ADEQUAÇÃO A SEGURANÇA DOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL, DECORRENTE DO DEVER JURÍDICO DO ESTADO DE SERGIPE PROVER O **DIREITO À EDUCAÇÃO**, OBRIGAÇÃO ESSA QUE DERIVA DA APLICAÇÃO LITERAL DO DISPOSTO NOS ARTS. 205 E 208, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO UNÂNIME.

CONCLUSÃO:

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS, ACORDAM OS INTEGRANTES DO GRUPO III DA 2.^a CÂMARA CÍVEL, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, POR UNANIMIDADE, CONFIRMAR A SENTENÇA SUBMETIDA A REMESSA NECESSÁRIA, EM CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO CONSTANTES DOS AUTOS, QUE FICAM FAZENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE JULGADO.

Diário n. 4584 de 30 de Novembro de 2016

APELAÇÃO CÍVEL

NO. ACORDÃO.....: 22810/2016

ESCRIVANIA.....: ESCRIVANIA DA 2ª CÂMARA CÍVEL E CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

NO. PROCESSO.....201400815448

PROCESSO ORIGEM....201311201896

PROCEDÊNCIA.....12ª VARA CÍVEL DE ARACAJU

GRUPO.....: I

RELATOR - DES. ALBERTO ROMEU GOUVEIA LEITE

1º MEMBRO - DES. JOSÉ DOS ANJOS

2º MEMBRO - DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO

APELANTE - ESTADO DE SERGIPE

PROCURADOR ESTADUAL - EVANIO JOSÉ DE MOURA SANTOS - OAB: 2884/SE

APELADO - MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO APLICAÇÃO DO CPC/2015. SENTENÇA SOB A ÉGIDE DO CPC/73. DIREITO À EDUCAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS PARA FUNCIONAMENTO NAS CONDIÇÕES IDEIAIS DA ESCOLA ESTADUAL LOURIVAL FONTES. ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO RECONHECIDAS. ATIVISMO JUDICIAL. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRAZO RAZOÁVEL. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.1. SENDO A SENTENÇA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC/73, DEVEM AS DISPOSIÇÕES DESTE CÓDIGO SEREM APLICADAS AO PRESENTE CASO.,2. O STF, O STJ E O TJ/SE JÁ FIRMARAM O ENTENDIMENTO DE QUE É POSSÍVEL AO JUDICIÁRIO, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS,

DETERMINAR AO PODER EXECUTIVO A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIR DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS, A EXEMPLO DO DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO BÁSICA, SEM QUE ISSO IMPLIQUE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS A EDUCAÇÃO, POR SER UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO (ART. 205, DA CRFB/88), DEVE SER PRESTADA DE FORMA EFICIENTE.3. NÃO SE PODE ADMITIR QUE O ESTADO SE EXIMA DA SUA OBRIGAÇÃO DE FAZER PERANTE A COLETIVIDADE, ALEGANDO A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, A QUAL POSSUI EMINENTEMENTE CARÁTER FINANCEIRO, NÃO PODENDO ESTA SOBREPOR-SE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À SAÚDE E À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.4. QUANTO AO PLEITO DE DILAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO, ESSENCIAL OBSERVAR QUE A AÇÃO FOI AJUIZADA EM DEZEMBRO DE 2013, SENDO A TUTELA CONCEDIDA NO MESMO MÊS. A SENTENÇA ESTÁ DATADA DE MAIO DE 2014. DESSE MODO, QUALQUER PRAZO CONCEDIDO JÁ TERIA SIDO EXTRAPOLADO E À MINGUA DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DE MULTA IMEDIATA. ASSIM, TORNA-SE DESNECESSÁRIO DILATAR O PRAZO DE 30 DIAS CONCEDIDO NA SENTENÇA PARA AS PROVIDÊNCIAS DETERMINADAS.5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. MANUTENÇÃO INCÓLUME DA SENTENÇA.

CONCLUSÃO:

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS, ACORDAM OS INTEGRANTES DO GRUPO I DA 2.^a CÂMARA CÍVEL, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO PARA LHE NEGAR PROVIMENTO, EM CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO CONSTANTES DOS AUTOS, QUE FICAM FAZENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE JULGADO. ARACAJU, ... DE ... DE 2016. DESEMBARGADOR ALBERTO ROMEU GOUVEIA LEITE, RELATOR.