

**A NECESSIDADE DE UMA IMPLEMENTAÇÃO MAIS SÓLIDA DO  
SUBSTANCIALISMO NO BRASIL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE  
DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

**LA NECESIDAD DE UNA IMPLEMENTACIÓN MÁS SÓLIDA DEL  
SUSTANCIALISMO EN BRASIL COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DEL  
DERECHO A LA EDUCACIÓN**

Fernanda Braghirolli<sup>1</sup>

William Marcio Camphorst<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo abordará a problemática da (in)efetividade do direito à educação no Brasil, para tanto, como forma de melhor basear a construção crítica acerca da problemática supracitada, bem como, tendo em vista as especificidades existentes no país, será abordada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para a solução das dificuldades que se referem ao direito à educação. Tal construção demonstrará que, hodiernamente, a teoria substancialista busca maior aplicação no campo social, com ênfase na parte material da CRFB de 1988, de modo a garantir, na prática, a fruição dos direitos sociais e fundamentais dos cidadãos. Com efeito, contemporaneamente, assiste-se um movimento de universalização dos direitos fundamentais que tende a transcender a positividade jurídica com a atuação proativa do poder jurisdicional no cenário político-social. Nesse tocante, prudente observar que a democracia constitui um requisito da expansão do Poder Judiciário, transformando-o em parte integrante do processo de formulação das políticas públicas, e sendo assim, passa a ser visto como um desdobramento das democracias contemporâneas em prol da promoção dos valores constitucionais e da consolidação do substancialismo no Brasil e, conseqüentemente, do constitucionalismo democrático.

**Palavras-chave:** Direito à Educação. Substancialismo. Poder Judiciário.

**RESUMEN:** El presente artículo abordará la problemática de la (in) efectividad del derecho a la educación en Brasil, para ello, como forma de mejor basar la construcción crítica sobre la problemática anteriormente mencionada, así como, teniendo en cuenta las especificidades existentes en el país, se abordará la posibilidad de intervención del Poder Judicial para la solución de las dificultades que se refieren al derecho a la educación. Tal construcción demostrará que, de hecho, la teoría sustancialista busca una mayor aplicación en el campo social, con énfasis en la parte material de la CRFB de 1988, para garantizar, en la práctica, la fruición de los derechos sociales y fundamentales de los derechos Ciudadanos. En efecto, contemporáneamente, se assiste un movimiento de universalización de los derechos fundamentales que tiende a trascender la positivación jurídica con la actuación proactiva del poder jurisdiccional en el escenario político-social. En este sentido, es prudente observar que la democracia constituye un requisito de la expansión del Poder Judicial, transformándolo en parte integrante del proceso de formulación de las políticas públicas, y siendo así, pasa a ser visto como un desdoblamiento de las democracias contemporâneas en favor de la promoción de los valores constitucionales y de la consolidación del substancialismo en Brasil y, conseqüentemente, del constitucionalismo democrático.

**Palabras clave:** Derecho a la Educación. Substancialismo. Poder Judicial.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Mater Dei. Professora do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Pato Branco – FADEP. E-mail: fernandab@fadep.br.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Faculdade de Pato Branco – FADEP. Advogado - OAB/PR86.588. E-mail: wm-camp@hotmail.com.

## **INTRODUÇÃO**

No presente artigo, defender-se-á, a proposta expendida pela teoria substancialista, como forma de efetivação do direito à educação no Brasil, sendo que, para tanto, tal lógica exige uma ação que lança contundentes reflexos sobre a questão material da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A necessidade de se trabalhar essa temática, justifica-se pelo fato de que o sistema constitucional brasileiro, com o objetivo de impedir o exercício abusivo de atividades no âmbito da educação – resultado da omissão do Poder Público –, atribui ao Poder Judiciário a função de controlar eventuais desvios.

No que tange ao direito à educação, perceber-se-á a existência de alguns problemas que se referem à aplicação deste direito na prática, fazendo com que as pessoas, que ao menos formalmente deveriam ser beneficiadas, fiquem à mercê desta omissão do Estado, de modo a gerar um certo conflito no sistema democrático.

Neste sentido, será abordada a atuação mais ativa do Poder Judiciário na busca da concretização do direito à educação. Partindo dessa análise, é condizente afirmar que tal dinâmica visa a reversão do desequilíbrio social, pois numa sociedade extremamente desigual e heterogênea como a brasileira, tal conduta tem o poder de promover a igualdade ou, pelo menos, diminuir os níveis de desigualdade.

## **1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O TRATAMENTO DISPENSADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DESTE PARADIGMA**

O Estado do constitucionalismo contemporâneo é também designado pela expressão “neoconstitucionalismo”, neste sentido pode-se afirmar que a citada expressão transmite a ideia de que se está diante de um fenômeno novo que se desenvolve diante dos olhos dos cidadãos.

Dentro desta perspectiva, Lênio Streck, utilizando os ensinamentos de Nicola Matteucci, explica que o moderno constitucionalismo está conectado a dois fatores:

primeiro aos princípios jusnaturalistas que estão ligados na obra de racionalização do direito vigente, e num segundo momento, à revolução democrática da segunda metade do século XVIII, que não se fundamenta mais no direito divino do rei e nem na tradição, mas no consenso racional dos cidadãos, daí se extraindo a conclusão que a Constituição passa a ser tida como a explicitação do contrato social, onde se prima pela garantia de um governo limitado e pelo asseguramento dos direitos dos cidadãos (STRECK, 2004, p. 99).

Assim, ao longo desta evolução constitucional, os direitos fundamentais ganham o *status* jurídico que lhes é devido, sendo definidos como valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica (SARLET, 1998, p. 69).

Importa frisar que tais normas fundamentais são dotadas de imperatividade e para tanto, foram recepcionadas com elementos centrais pela Constituição. Deste modo, não há como negar a esta categoria, a efetiva importância que possui para uma sociedade, encontrando vertente no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, cabe ressaltar os dizeres de Bobbio, quando afirma que a imperatividade de uma norma jurídica envolve a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou algum tipo de consequência ao descumprimento desta, capaz de provocar a realização do efeito normativo equivalente (BOBBIO, 1997, p. 21-22).

Sob outro ângulo, Ingo Sarlet explicita que a dignidade da pessoa consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assume relevo de modo especial, a necessidade de assegurar aos cidadãos uma existência com dignidade (p. 1998, p. 108).

Não é difícil, portanto, perceber que a particularidade do constitucionalismo contemporâneo consiste em que, consolidadas estas premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las no mundo prático.

Neste quadro se inserem as discussões a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo no que concerne a incorporação explícita de valores no texto constitucional, que devem ser efetivados em nome do respeito e da promoção da dignidade humana.

Para tanto, os direitos fundamentais passam a ser vistos como um consenso que deve ser observado pelas maiorias, reforçando no imaginário coletivo dos cidadãos, a esperança de que tais normas são dotadas de superioridade hierárquica inclusive sobre as iniciativas do Poder Público. Com efeito, na medida em que esses valores estão positivados constitucionalmente, torna-se imprescindível conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. A presente disposição passa a ser o desafio do constitucionalismo contemporâneo e do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de reconhecer que o sistema democrático não tem como funcionar de forma adequada e minimamente aceitável se os cidadãos não tiverem condições de dignidade ou se os seus direitos a sobrevivência humana não forem respeitados.

Neste prisma, tanto substancialistas, como procedimentalistas, concordam, por razões diferentes e paradigmas filosóficos distintos, que os direitos fundamentais constituem elementos essenciais à sobrevivência e, portanto, são oponíveis a qualquer grupo político ou base ideológica.

Lênio Streck afirma que, se existe algo que une substancialistas e procedimentalistas é justamente a defesa da democracia e dos direitos fundamentais, portanto, qualquer debate que tenha por objetivo criar questões desarmonizadas dessa lógica deve ser rechaçado (2007, p. 37).

Desta forma, em ambas as correntes, os direitos fundamentais são normas que constituem um núcleo de tomada de decisões que devem ser observadas por qualquer grupo detentor do poder e que configuram condições indispensáveis para um bom funcionamento do processo democrático do Direito.

Ademais, direitos fundamentais são tratados para fins do presente estudo, como garantias exigidas para uma boa vida em sociedade, indispensáveis à sobrevivência do homem.

Neste sentido sobra razão ao jurista José Afonso da Silva (1997, p. 177) quando aduz:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente e materialmente efetivados.

Em suma, o constitucionalismo contemporâneo propicia transformações significativas no mundo jurídico, tendo como condição inexorável a efetividade e plena aplicabilidade das normas fundamentais, gerando assim, uma espécie de super valor à Constituição, exibindo e exigindo um agir da comunidade jurídica que compatibilize as suas atividades e as práticas da esfera pública com a defesa e a promoção dos direitos fundamentais.

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO SALVAGUARDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como é amplamente corrente, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que deve ser prestigiado, valorizado e protegido pelo Poder Público em todas as suas áreas – seja na distribuição da justiça, na atuação do Parlamento ou na gerência da *res* pública – sob pena de implicar na inconstitucionalidade de sua conduta pelo ferimento ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a promoção de tais direitos depende da ação do Poder Público, do Estado como um todo. Ou seja, no que diz respeito aos direitos fundamentais são necessários atos de execução para torná-los realidade, ou melhor, dependem de ação para a sua promoção.

Neste contexto, cabe à Administração Pública efetivar e implantar ações e programas com a finalidade de garantir a prestação de determinadas políticas e serviços que atendam a realização dos fins previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esse conjunto de atividades passa, a toda evidência, a ser tido também como um direito fundamental e essencial à sobrevivência dos indivíduos, pois propicia a concretização dos direitos inerentes a espécie humana.

Para tanto, tais atividades recebem influência direta dos ditames constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário, sendo assim, as políticas públicas constituem o veículo pelo qual os preceitos constitucionais podem ser

concretizados de forma abrangente. Na lógica desse campo, não cabe ao Poder Público dar azo à omissões que possam colocar em risco a efetividade de tais políticas.

De acordo com este pensamento, remanesce razão a Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1974, p. 335) quando afirma:

Para que o interesse coletivo esteja perfeitamente atendido, o serviço deve ser permanentemente mantido a qualquer transe: nenhum problema, nenhum interesse individual ou consideração conjuntural justificam sua paralisação, pois a comunidade conta com eles.

Com efeito, pensa-se que, o que não se pode admitir é que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do Legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, substrato de sonho, letra morta ou pretensão perenemente irrealizada. Não é possível que se concebam princípios de sobrevivência humana como uma meta abstrata, sem possibilidade de realização específica.

Assim sendo, é de acolher-se a lição de Ingo Sarlet (1998, p.257) quando afirma que os direitos prestacionais têm por objeto uma ação positiva do Estado, que consiste numa prestação de natureza fática. Objetivando a realização da igualdade material, no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Dessa forma, pode-se sustentar que em um Estado Democrático de Direito, os agentes públicos agem em nome e em favor dos cidadãos, devendo por isso, prestar contas de suas decisões, que por sua vez, não se justificam se forem tomadas sem responsabilidade ou se resultarem numa comprovada ineficiência.

É neste quadro que o jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 407) ensina que, com a afirmação dos princípios da legalidade e da finalidade, evoluindo para o reconhecimento dos princípios da motivação e da transparência, passou-se a exigir do administrador a vinculação do agir da administração ao motivo e ao objeto de seus atos.

No mesmo raciocínio, o autor continua explicando que, não menos importante, foi o avanço do ressurgimento dos princípios da legitimidade e da eficiência, ambos formulados com vistas a atingir um novo patamar de vinculação jurídica da



administração à realização efetiva de um resultado determinante. (MOREIRA NETO, 2006, p. 407).

Assim, além da exigência de vinculação específica aos fins prioritários e primordiais contidos no texto constitucional, a Administração Pública também tem a responsabilidade de definir e destinar corretamente os recursos públicos que dispõe para a implementação e execução das políticas públicas, pois estas passam a ser o instrumento, por meio do qual pode-se viabilizar a consecução dos direitos fundamentais, promovendo a realização de direitos como a educação e a saúde, que são indispensáveis e, ao mesmo tempo, deficitários no País.

O investimento em políticas públicas significa a própria promoção da dignidade humana, portanto, o Poder Público deve, obrigatoriamente, se vincular a tais fins e metas, sem que tal vinculação se reduza a um mero instrumento da retórica, sem efetivação.

Por meio da execução das políticas públicas torna-se possível contribuir para se alcançar a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. A partir desta premissa, pode-se construir um pensamento no sentido de que a sua inefetividade implica uma espécie de fraude às disposições constitucionais.

Neste prisma, a título exemplificativo, a própria Constituição prevê – nos artigos 34, inciso VII, letra “e”, e 35, inciso III -, que a falta de investimentos em educação e saúde autoriza a intervenção federal nos Estados e dos Estados nos Municípios, cabendo ao interventor obrigar o ente federativo a obedecer aos ditames previstos constitucionalmente.

Sendo de tal forma, o constitucionalismo contemporâneo opera sobre premissas que incorporam valores relacionados com a dignidade humana, considerando que para o atingimento de tais fins constitucionais, as políticas públicas constituem o veículo por meio do qual eles podem ser concretizados materialmente na vida dos cidadãos, portanto, exige-se muita responsabilidade e compromisso por parte dos administradores públicos.

Neste campo, seja qual for o modelo de democracia (formal ou substancial) a possibilidade de alcançar a sua efetiva concretização, supõe que se adote como critério a

consecução das políticas públicas como um instrumento imprescindível do sistema, vinculando toda ação do Estado a um comportamento democrático, propiciador de uma reversão do desequilíbrio social, em função de atender a sociedade como um todo, pois possibilita a incorporação dos direitos fundamentais a grupos e setores desfavorecidos.

A frustração desta perspectiva confronta diretamente os pressupostos e responsabilidades assumidas pelos órgãos públicos, ensejando um questionamento em relação ao que se espera de um Estado e de um Governo em termos de ação positiva e de própria existência.

Ou seja, a efetividade material dos direitos fundamentais, via consecução das políticas públicas, consiste numa das principais condições de legitimidade legal e racional das funções do Estado e da nova ordem constitucional. Portanto, qualquer disposição ou resultado em contrário, podem configurar um ato de poder ilegítimo.

### **3 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Para Sarlet o termo eficácia engloba vários aspectos passíveis de problematização, mesmo que sendo estudado apenas na matéria de direito constitucional, até porque está totalmente vinculado à força normativa da Constituição Federal. (2012, p. 212).

No que se refere à eficácia, necessário se faz o estudo básico acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, até porque é impossível se aprofundar no assunto sem possuir uma base geral.

Nesse contexto, de acordo com Moraes, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida ou limitada. O autor afirma que as normas de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor, já possuem o condão de produzir todos os efeitos essenciais pensados pelo Constituinte. (2014, p. 11).

Já as normas de eficácia contida “[...] são aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público [...]”. (MORAES, 2014, p. 11).



Assim, tanto a primeira, quanto a segunda classificação, possuem eficácia plena, pois podem ser aplicadas de imediato. No entanto, enquanto as normas de eficácia plena devem ser aplicadas de imediato, as normas de eficácia contida devem ser objeto do poder público para que seja feita uma limitação, por exemplo, exercício da advocacia, que, inobstante o fato de ser livre o exercício de qualquer profissão, só se permite o exercício da advocacia com a existência de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

No que se refere à norma de eficácia limitada, Fernandes ensina que são as únicas que não bastam em si, não possuindo todos os elementos necessários para a produção de efeitos, tendo aplicabilidade mediata ou indireta. (2011, p. 73).

Tais normas, necessitam de uma complementação, uma normatividade ulterior. Entretanto, o mesmo autor destaca que existem as normas programáticas, que em verdade possuem eficácia técnica ou limitada, que por vezes acabam sendo mais problemáticas ainda, pois o juízo de oportunidade e avaliação fica a cargo do Poder Legislativo. (MORAES, 2014, p. 11-13).

Conforme anota Miranda (1990 apud MORAES, 2014, p. 13):

São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primordial – e não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia [...] não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já [...], pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos (sic); aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

Como visto, as normas são semelhantes aos princípios no sentido de explicitar valores. Infelizmente, não permite, sequer, que os cidadãos a invoquem, pois dependem do próprio Poder Público, chegando ao ponto de serem tratadas, amiúde, como expectativas ao invés de direitos.

Levando-se em consideração a aplicação dos direitos fundamentais de defesa, conforme classifica Sarlet, não existem tantos problemas para que sejam considerados

aplicáveis logo de imediato. Contudo, não se pode afirmar o mesmo quando se fala em direito a prestações, que tem como objetivo uma conduta positiva. (2012, p. 250).

Dentre tais questionamentos, Sarlet (2012, p. 250) indaga:

a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica? b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais a prestações? c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais? d) caso afirmativa a resposta à pergunta anterior, em que situações e sob que condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido?.

Tais questionamentos se fazem pertinentes, visto que abrangem todos os problemas tratados, principalmente a aplicabilidade dos direitos sociais, aqueles direitos prestacionais.

Afirma-se inicialmente que sim, os direitos fundamentais à prestações são autênticos, sendo imediatamente aplicáveis, levando em consideração o § 1º do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, pois não existe nenhuma norma jurídica que não tenha nenhum sentido de prestabilidade no ordenamento jurídico. (SARLET, 2012, p. 250).

Cumprir ressaltar que o direito à educação é um direito social, bem como fundamental, tendo, portanto, alguma efetividade – quando deveria ser a maior efetividade –, podendo ser cobrado, por consequência, o seu devido cumprimento.

Moraes anota que o texto constitucional, visto como direito universal, consagra a opção de existir o ensino fundamental gratuito e obrigatório, já que, devido a sua importância, não pode ficar exposto ao processo de concretização (discricionário) da Administração Pública, nem subordinado ao pragmatismo governamental. Os municípios, de acordo com o mesmo autor, não podem ignorar o mandamento constitucional, pois possui força vinculativa. Assim, o atendimento das crianças em creches não pode ser comprometido com o juízo de conveniência e oportunidade. (2014, p. 858).

Necessário frisar que os direitos coletivos envolvem prestações positivas, porque tratam de conteúdo econômico. Assim, o objeto desse direito passa a se tornar um

problema a partir do momento em que são disponíveis, ou seja, realizados quando o destinatário possui condições de arcar com esses custos, ou até sobre a possibilidade de liberação das verbas disponíveis, passando-se a falar na “reserva do possível”, a qual possui uma dimensão tríplice: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos à destinação para aquele direito mencionado; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e c) levar em conta a proporcionalidade e a razoabilidade. (SARLET, 2012, p. 255).

Assim, tendo em vista que o direito à educação é uma prestação positiva, que, por consequência, envolve as verbas governamentais, fica dependendo da disponibilidade supracitada, tanto fática, como jurídica, de modo que deve-se, ao menos, buscar a garantia do mínimo existencial, contudo, dentro da “reserva do possível”, conforme destacado acima.

Surgindo essas situações mais delicadas, não há como negar que os direitos acabam ficando ao arbítrio dos responsáveis pelo controle da Administração Pública, havendo, por vezes, situações que demonstram a falta de vontade de alguns deles, não restando outra alternativa para o lesado, senão a busca daquele direito judicialmente.

#### **4 DA NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS, SOB À ÓTICA DO PROCEDIMENTALISMO E DO SUBSTANCIALISMO**

Lecionando sobre a necessidade de novas posturas do Poder Judiciário – como Justiça Constitucional – rumo à concretização da Constituição da República Federativa do Brasil, Streck e Andrade afirmam que o Poder Judiciário não pode se manter em uma posição passiva, devendo adotar uma nova inserção dentro das relações estatais, de forma a transcender as funções de *cheques and balances*, devendo dar precedência aos valores constitucionais, mesmo que contra textos legislativos produzidos pela maioria – os quais com certeza estarão em desacordo com o texto constitucional. (2003, p. 28).

Tavares, citando as palavras do ex-Presidente da Corte de Constitucionalidade da Guatemala, afirma que “a justiça constitucional adquire especial importância no Estado moderno porque constitui o meio pelo qual se logra a plena vigência das normas

contidas nas leis fundamentais”, sendo que o fundamento de um Tribunal Constitucional é a aplicação da supremacia da Constituição, justamente para que a referida supremacia seja mantida, sendo necessário, para tanto, se posicionar contra atos dos Poderes Legislativo ou Executivo que entrem em conflito com a Constituição. (TAVARES, 2006).

Streck afirma que a força normativa da Constituição da República Federativa sempre esteve vinculada diretamente à atuação da Justiça Constitucional na defesa dos direitos fundamentais-sociais nela previstos. (2006, p. 23). Neste viés, é fundamental perceber e entender como é importante o papel da do Poder Judiciário no Estado, pois sem ele, vários direitos apenas estariam garantidos formalmente, fazendo desaparecer a força normativa da Lei Maior, como já ocorreu na história do Brasil.

São justamente estas obrigações que demandam um agir positivo que podem ocasionar os maiores problemas, já que no Brasil surgem mais dificuldades quando o Estado deve tomar uma posição mais ativa, oportunidade em que geralmente mantém-se inerte, ou garantindo um direito, quando então várias pessoas saem prejudicadas, situações estas, que demandam do Poder Judiciário uma conduta mais diferenciada.

Até porque, embora a Constituição da República Federativa do Brasil tenha sido um marco para a democracia, percebe-se que várias normas, garantidoras de direitos fundamentais acabam sendo deixadas para o futuro, pois tais direitos foram garantidos em uma “Constituição-compromisso”, fazendo surgir a necessidade de atuação do Poder Judiciário. (LOBATO, 1999, p. 14).

Justamente neste aspecto, Streck e Andrade afirmam que a noção de Estado Democrático de Direito está diretamente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais, sendo esse o seu *plus* normativo, fazendo uma síntese das fases anteriores, tentando suprir as lacunas antes existentes (mais notadamente o resgate das promessas da modernidade, como por exemplo justiça social, igualdade...), acoplando à Constituição da República Federativa o seu conteúdo material. (2003, p.6).

Além disso, Streck e Andrade (2003, p. 7), destacam que a democratização social (fruto do *Welfare State*), democracia pós-segunda guerra e a redemocratização dos países que saíram do regime ditatorial, fizeram surgir Constituições que positivaram inúmeros direitos sociais e fundamentais, redefinindo a relação entre os Poderes do

Estado, passando o Judiciário a assumir um papel na arena política, sendo este um meio de resgatar as velhas promessas não cumpridas, neste sentido, reconhecendo a grande necessidade do acesso à justiça.

Neste aspecto, deve ser ressaltado o papel do Supremo Tribunal Federal, o qual, tendo em vista sua função de guardião da Constituição da República Federativa, tem em suas mãos as decisões inerentes à Jurisdição Constitucional. (LOBATO, 1999, p. 14).

Assim, se extrai de algumas alíneas do art. 102, da Constituição da República Federativa, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade; pedidos de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; julgar, mediante recurso extraordinário, as causas em que a decisão recorrida contrarie o texto constitucional, configurando assim como guardião da Constituição.

Ou seja, o Poder Judiciário acaba resolvendo algumas questões que podem ser consideradas como políticas, haja vista seu grau de importância na vida de cada cidadão, até mesmo porque se os direitos previstos na Magna Carta não forem cumpridos, o Poder Judiciário deve defender a norma violada.

Além disso, para que haja o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, se faz necessária, também, a existência de uma Justiça Constitucional quando se fala no sentido meramente formal ou programático da Constituição da República Federativa. (STRECK, 2001, p. 83).

Entretanto, pode-se afirmar que, atualmente, há um certo medo ou receio do problema da (in)efetividade da Constituição da República Federativa, porque a partir do momento que a classe política percebeu que para manipular o sistema era necessário manipular, também, as leis e as normas constitucionais, estas últimas passaram a perder seu caráter de imutabilidade, sendo, diversas vezes, alvo de “ataques” ou “reformas”. (TAVARES, 2006).

Aquela base constitucional, que tinha, e tem, um processo rígido de alteração, sofre muitos atentados que a ferem diretamente, sendo que diversos destes ataques são, inclusive, contra cláusulas pétreas.

Diante dessa nova realidade, necessário se fez o alargamento da atuação do Supremo Tribunal Federal, a qual é considerada como uma técnica garantista que

procura a eficácia dos direitos sociais, clamada pela atual sociedade, diante dos novos padrões democráticos e institucionais no Estado Democrático de Direito, sendo que, para tanto, foram oferecidos vários mecanismos processuais na Constituição da República Federativa que foram restritos, devido ao modelo liberal da separação dos poderes. (COPEZZI, 2015).

A grande pergunta é, pode o Supremo Tribunal Federal, como Corte constitucional ou até mesmo o Poder Judiciário em geral, avançar no âmbito de atuação dos demais poderes, determinando que estes adotem ações que deveriam ser realizadas originariamente através de sua competência, justificando sua conduta por ser o garantidor dos direitos fundamentais?

Para a teoria procedimentalista, essa intervenção representa um grande temor, o que é a defesa totalmente oposta pelos substancialistas, considerando que, quando se defende os princípios constitucionais, não se faz política, e sim defende a jurisdição da Constituição. (STRECK, 2006, p. 23).

No sentido procedimentalista, Streck e Andrade *apud* Habermas (2003, p. 297) criticam a invasão da política e da sociedade pelo Direito, de modo a tentar impedir o gigantismo ou politização do Poder Judiciário. Criticam, ainda, a “jurisprudência de valores”, no sentido de que a orientação que se norteia por valores, desconhece o pluralismo das democracias contemporâneas, de forma que a Justiça Constitucional deve limitar-se à compreensão procedimental da Constituição da República Federativa – protegendo o processo de criação democrática –, e não ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais.

Defendendo o substancialismo constitucional, Streck e Andrade (2003, p. 11-12) destacam que, embora Habermas trabalhe com base no Estado Democrático de Direito, o mesmo não reconhece a devida diferença entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Social do Direito, ignorando a grande inovação daquele, que é a revalorização do jurídico, o qual serve para o resgate das promessas da modernidade.

Necessário grifar que é exatamente esse *plus*, essa inovação, que faz surgir os grandes argumentos acerca da defesa da normatividade da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo defendida a vinculação do Estado e cidadãos às normas promulgadas.



Destacam, ainda, que o Estado Democrático de Direito é visto como um novo paradigma, criando uma nova legitimidade no campo do direito constitucional e da ciência política, transformando o direito em face da crise do Estado Social, que não garante com efetividade as políticas públicas previstas constitucionalmente. (STRECK; ANDRADE, 2003, p. 12).

Rebatendo a argumentação acima exposta, de que o Poder Judiciário não pode invadir a esfera política, se manifestam os autores substancialistas, entre eles Di Pietro e Copetti, os quais afirmam que:

Mesmo as questões políticas não se podem excluir a apreciação judicial, especialmente quando ocorra lesão a direitos constitucionais, uma vez que, no Estado Constitucional, não há espaço senão para governos limitados. (COPETTI, 2006).

Portanto, há que se considerar que toda forma de poder desarraigada das diretrizes propostas pelas normas constitucionais, é uma forma de poder ilegítimo e arbitrário. Por tais razões, a estruturação de um Estado cioso das políticas públicas, exige que se concedam ao Poder Judiciário tais prerrogativas, contribuindo para o êxito na prevenção das injustiças e ditames antidemocráticos, como também no intuito de lutar pela implementação efetivas dessas referidas políticas públicas, tão necessárias ao acontecer do Estado Democrático de Direito.

## **5 EM DEFESA DO SUBSTANCIALISMO**

Em defesa da teoria substancialista, afirma-se que os fatores da tese procedimentalista se afastam do Brasil, devido à sua realidade periférica, onde, embora a Constituição da República Federativa do Brasil dê primazia à inclusão social, ainda existem muitas pessoas vivendo na miséria, devendo existir um órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional em uma nova inserção nos poderes do Estado, transcendendo os balanços e contrapesos, atuando de forma mais ativa, levando em conta que os direitos fundamentais-sociais têm precedência mesmo contra os textos

legislativos produzidos pela maioria. Sendo assim, o procedimentalismo pode, na maioria das vezes, favorecer manutenção dos privilégios e desigualdades. (STRECK, 2006, p. 35).

Ademais, o Poder Judiciário não invade a esfera de outros poderes, em verdade, o Estado, através do Poder Judiciário, seja por juízes ou ministros do Supremo Tribunal Federal, define quais são as condições básicas que devem ser implementadas para que haja o efetivo exercício dos direitos fundamentais, isso sem se tratar de exigir o cumprimento de tais direitos ou desenvolver interpretação ou integração, mas sim de impor a criação de condições que possibilitem a fruição de tais direitos. (TAVARES, 2006).

Tal atuação é imposta como medida necessária, eis que se não há cumprimento das normas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário deve criar as condições para que os cidadãos possam usufruí-las, sendo necessárias, às vezes, algumas imposições aos outros poderes, para que os mesmos cumpram os ditames constitucionais.

Streck e Andrade fazem uma diferenciação entre o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, destacando que aquele tinha uma função promotora, estando com mais ênfase às atividades do Poder Executivo, ao passo que no Estado Democrático de Direito, fórmula utilizada em várias democracias, o direito passa a ter uma função transformadora, onde a ênfase se dá ao Poder Judiciário ou aos Tribunais Constitucionais. (2003, p. 13).

Portanto, como bem explicitam Streck e Andrade (2003, p. 18), a corrente substancialista trabalha na perspectiva de que a Constituição da República Federativa do Brasil somente estabelece as condições necessárias do agir político-estatal, pois é a explicitação do contrato social, de modo que com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, “o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional [...]”, devendo fazer a Constituição da República Federativa prevalecer contra as maiorias eventuais, de modo que “a vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimação democrática”.

Fazendo um paralelo entre o direito à educação, levando-se em conta sua grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua atual situação, percebe-se que de fato há várias políticas públicas ou normas de eficácia limitada que sempre deixam o cidadão com a expectativa daquele direito, isso quando os mesmos sabem que o têm.

Embora muitas vezes se reconheça a existência de conflitos entre as correntes nesta oportunidade trabalhadas, deve-se ter em mente que todo cidadão precisa ter garantida sua instrução básica, de modo que assim não ocorrendo, este mesmo cidadão poderá ficar impedido de fruir outros direitos, por exemplo, o direito de votar e ser votado, pois não possui a instrução fundamental.

Além disso, também como reflexo desta situação, acabará aumentando o número de desemprego e miséria, eis que um pai de família que não possui um emprego e salário digno, jamais terá possibilidade de garantir um ensino igualmente digno aos seus filhos, sendo que amiúde tal círculo vicioso acaba repetindo de gerações em gerações.

Portanto, independentemente de qualquer situação, o Estado, até por meio da atuação do Poder Judiciário – como forma de garantir os aspectos materiais/substanciais previstos na Constituição da República Federativa –, deve garantir tanto o direito à educação, como os demais direitos sociais e fundamentais, pois a Magna Carta, como meio revolucionário deve ser cumprida. As normas nela existentes devem ser postas em prática, de modo a garantir todos os preceitos previstos nela, inclusive o direito a uma vida com dignidade.

## **6 A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

No presente tópico, serão tratados alguns casos práticos decididos no Supremo Tribunal Federal, os quais demonstraram a grande importância do direito à educação, mais notadamente levando-se em consideração os aspectos substancialistas da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme se verá, é amplamente aceita a atuação do Poder Judiciário quando da omissão dos demais poderes, de modo que não chega a haver a invasão de um dos poderes nas atividades do outro, mas sim, assiste-se o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, fazendo efetivar os direitos constitucionais sociais fundamentais.

No Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 639.337, em que autou como Relator o Ministro Celso de Mello, o juízo *a quo* determinou que o Município de São Paulo matriculasse as crianças em unidades de educação infantil – creches e pré-escolas – próximas à residência ou local de trabalho dos pais. Para ele, a educação infantil não pode ficar exposta aos processos discricionários da Administração Pública, nem em razões de pragmatismo governamental, de modo que o Município deve garantir tal direito prioritariamente. (STF, 2011).

O mesmo Ministro destaca, ainda, que embora resida nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar as políticas públicas, o Poder Judiciário pode, excepcionalmente, determinar que as mesmas sejam implementadas, sempre que os órgãos responsáveis descumpram seus encargos político-jurídicos, vindo a cometer a eficácia e integridade dos direitos sociais e culturais. (STF, 2011).

Ou seja, percebe-se que no julgamento acima, acabou prevalecendo a teoria substancialista, no sentido de que embora o Poder Executivo tenha a obrigação de implementar as políticas públicas, em especial o direito à educação, o Poder Judiciário pôde, naquela situação, determinar o cumprimento do mandamento constitucional.

Tratando sobre outra situação, importante destacar o Recurso Extraordinário n. 562.779-9, em que fora Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, oportunidade em que se discutiu acerca da impossibilidade de cobrança de taxa de matrícula em estabelecimento oficial de Ensino Superior. No aspecto, foi destacado que a cobrança de taxa, naquela situação, violava diretamente o art. 206, inciso IV<sup>3</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil, eis que, embora se trate de ato burocrático, o mesmo acaba impedindo o acesso do aluno à educação superior. O Relator grifou, ainda, que as

---

<sup>3</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

disposições normativas que integram a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII da Magna Carta devem ser interpretados conforme o sentido axiológico do art. 205, norteando o sistema brasileiro de educação. (STF, 2008).

Pelo que se denota na presente situação, mais uma vez o Poder Executivo ensejou a atuação do Poder Judiciário, eis que aquele estava cobrando uma taxa inconstitucional, ou seja, admitiu-se a atuação diante da violação ao texto constitucional que dispõe ser gratuito o ensino em estabelecimento oficial.

No Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 769.977, em que atuara como Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Distrito Federal, na pessoa do seu Procurador-Geral, alegou que o Poder Judiciário não pode intervir nas políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais, eis que viola os três poderes. (STF, 2008).

No aspecto, foi negado provimento ao agravo regimental, entendeu-se como necessária a intervenção do Poder Judiciário no centro de ensino, eis que o estabelecimento encontrava-se em condições precárias, existindo, portanto, a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em favor da efetivação das políticas públicas, as quais, na prática, garantem a efetividade dos direitos fundamentais. (STF, 2008).

No caso, percebe-se que foi permitida a atuação do Poder Judiciário justamente para garantir que o Estado garantisse não somente as “vagas” para o acesso à educação, mas que o direito à educação fosse ministrado em estabelecimento digno, em bom estado de conservação.

De modo geral, percebe-se que, ancorado na teoria substancialista, o Supremo Tribunal Federal acabou garantindo, nos casos supracitados, vagas para crianças próximas às suas residências ou próximo ao local de trabalho dos seus pais; garantiu-se efetivamente a gratuidade do ensino superior em estabelecimento oficial; e determinou-se que o Poder Executivo garantisse não apenas o acesso à educação, mas sim a ministração do direito à educação em estabelecimento de ensino digno.

Portanto, com base nos casos narrados, percebe-se, assim, que se faz extremamente necessária a atuação do Poder Judiciário, da Justiça Constitucional, sob à ótica substancialista, eis que em possíveis conflitos existentes entre a aplicabilidade imposta pelos ditames constitucionais e atuação do Poder Público, deve-se fazer

prevalecer a Constituição da República Federativa do Brasil em seu sentido material, no seu modo substancial.

## CONCLUSÃO

Após analisar o direito à educação na prática, restou demonstrada a necessidade do fornecimento de um ensino de qualidade, o qual, muitas vezes, somente pode ser alcançado através da atuação do Poder Judiciário.

Neste aspecto, começam a surgir alguns embates, pois defensores da teoria procedimentalista acabam argumentando que o Estado, adotando esta conduta através do Poder Judiciário, acaba interferindo na esfera política, ocorrendo a invasão de competência dos poderes.

Em contraponto a tal ideia, surgem debates em torno da substancialidade da Constituição da República Federativa, até no sentido de que, existindo leis positivadas em inobservância aos preceitos constitucionais, cabe ao Poder Judiciário defender o direito legítimo do prejudicado.

Imperioso é, então, constatar que ambas as teorias tratadas são indispensáveis, pois é necessário também um procedimentalismo, que garanta a segurança jurídica. Entretanto, não basta apenas tratar a parte procedimental da Magna Carta, de modo que a parte substancial mantém a vida e a dignidade de todas as pessoas, sendo que, ocorrendo alguma omissão dos Poderes Públicos na aplicação dos direitos sociais e fundamentais, enseja-se a atuação do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, conclui-se que as duas hipóteses são viáveis e indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana. Sendo que, por meio da atividade jurisprudencial, oportuniza-se um combate eficaz às condutas que atentem contra a linha ideária do substancialismo. Essa dinâmica produz um efeito que impede a abertura de fendas que possam colocar em risco a estabilidade do Estado Democrático de Direito.



**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Desembargador Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Recurso Extraordinário n. 597.285. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603776>, 2009, Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Desembargador Relator Ministro Celso de Mello. Recurso Extraordinário n. 639.337, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>, Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Desembargador Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Recurso Extraordinário n. 562.779, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578366>, Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Desembargador Relator Ministro Gilmar Mendes. Recurso Extraordinário n. 769.977, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7290858>, Acesso em: 03 mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

COPETTI, André. **A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito**. Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/214.htm>. Acesso em: 23 jul. 2015.

FACULDADE DE PATO BRANCO. **Normas para apresentação de trabalhos científicos**. Pato Branco: FADEP, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LOBATO, Anderson Cavalcante. **A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito**. São Leopoldo: Anuário do Programa de Pós-graduação em direito, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Horizontes para o Direito Administrativo**. Pelo controle das políticas públicas. Ecos de um congresso: A próxima missão. Revista de Direito do Estado. N.4, outubro/dezembro, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora LTDA, 2012.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

STRECK, Lênio Luiz, BOLZAN DE MORAES, José Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, André. **Constitucionalização do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em constituição dirigente?**. São Leopoldo: Anuário de Programa de Pós-graduação em direito, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional e suas fundamentais funções**. Disponível em:  
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2015.