

INTRODUÇÃO

O direito à educação, resguardado tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no plano internacional, é indiscutivelmente um direito fundamental. No caso do Brasil, especificamente, diversos dispositivos legais asseguram aos brasileiros o acesso à educação. Embora positivado, na prática, constata-se uma ineficácia destes diplomas legais, pois é possível verificar que milhares de pessoas em nosso país não possuem este direito plenamente atendido, sobretudo, em razão da omissão do Poder Público.

A fim de ilustrar o exposto, será feita uma análise quantitativa de um estudo realizado em agosto de 2012 pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), que é uma instituição da Organização das Nações Unidas (ONU) cujo objetivo é proteger os direitos e promover o desenvolvimento das crianças. Neste estudo identificou-se a existência de mais de três milhões de crianças fora da escola no Brasil.

Dessa forma, o objeto do presente trabalho é tentar demonstrar, através de uma metodologia interdisciplinar e de uma pesquisa teórica, os fundamentos filosóficos para justificar a exigibilidade judicial do direito à educação, tomando-se como base as Teorias da Justiça de John Rawls e Ronald Dworkin.

Note-se, pois, que não se pretende discutir questões que usualmente se colocam quando se trata de controle jurisdicional de políticas públicas, tais como, separação de Poderes, caráter programático das normas de direitos fundamentais etc. Na verdade, a discussão ora travada é anterior a tudo isso, já que o dever moral (de distribuição justa dos direitos e encargos na sociedade) precede ao normativo, referindo-se aos objetivos que justificam a própria existência do Estado.

1 DELIMITANDO A DISCUSSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) instituiu, notadamente, em seu art. 6º, um rol de direitos sociais, considerados de segunda geração (ou dimensão), os quais necessitam da atuação positiva do estado para a sua devida efetivação¹.

¹ Acerca das gerações de Direitos Humanos escreve Ferreira Filho: “A primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*”. (FERREIRA FILHO. 2012, p. 75). Ainda neste sentido, acerca das dimensões ou gerações de direitos fundamentais recomenda-se a leitura de Bonavides (2014, p. 570 e ss).

Em outras palavras, para a observância desses direitos, caberá ao Poder Público a prática de prestações materiais consistentes, no mais das vezes, em políticas públicas que possam atender a integralidade do corpo social.

De acordo com doutrina abalizada sobre o assunto, os Direitos Sociais surgiram no período pós-segunda grande guerra, num contexto de extrema desigualdade, em que o amparo e proteção dos mais pobres e oprimidos necessitava de atuação positiva dos Estados (CUNHA JR., 2009, p. 715).

A partir de então, passaram a ser consagrados nos textos constitucionais os direitos sociais do indivíduo, ocasionando, por consequência, um dever de prestação estatal.

A esse respeito, seguem as palavras de Cunha Júnior, para quem:

Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitem realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais. (CUNHA JR., 2009, p. 715).

Dentre os direitos previstos no art. 6º da CF/88 destaca-se o direito à educação, que se entende ser primordial para o pleno desenvolvimento de determinado corpo social.

Na verdade, seria desnecessário discorrer acerca da essencialidade deste direito, o que já foi feito por diversos outros autores, bastando que se compreenda, para o entendimento da ideia exposta neste trabalho, que o Direito à Educação compõe o núcleo mínimo de direitos que devem ser conferidos e efetivados, sem os quais jamais se poderá falar em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, a despeito do exposto no parágrafo anterior, é flagrante a omissão do Poder Público no atendimento a este direito fundamental.

Em agosto de 2012, em último estudo abrangente sobre o assunto, a UNICEF, órgão ligado à ONU, divulgou que no Brasil existiam cerca de 3,8 milhões de crianças fora das escolas².

² Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_24119.htm. Acesso: 03 jun. 2016.

Neste mesmo relatório ficou evidente a desigualdade de acesso e permanência na escola quando comparamos determinados grupos sociais.

Assim, enquanto que 30,67% das crianças brancas têm idade superior à recomendada para os anos finais do ensino fundamental, entre as crianças negras esse percentual chega a 50,43%.

Da mesma forma, nas famílias com renda *per capita* de até $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, o percentual de crianças em idade superior ao considerado ideal ao término do ensino fundamental é de 62,02%. Já nas famílias com renda *per capita* superior a 02 salários mínimos, esse percentual é de 11,52%.

Por tudo isso, é evidente a necessidade de medidas que concretizem o direito à educação, em razão da omissão e/ou ineficiência das políticas públicas nesta área, pelo que entendemos ser plenamente possível a exigibilidade judicial do direito à educação, ou seja, a possibilidade de o indivíduo ingressar na via judiciária reclamando uma conduta positiva por parte do Poder Público, a fim de lhe assegurar o atendimento a este seu direito fundamental.

Neste sentido, entra em cena a discussão a respeito da Jurisdição Constitucional, que no dizer de Marques (1966, p. 216): “[...] objetiva efetivar a ordem jurídica e impor, através do Poder Judiciário, o cumprimento das normas que, por exigência do direito vigente, devem regular as mais diversas situações jurídicas”.

Acerca do tema, observa Zavascki (2014, p. 10) que se comete inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissões a ela contrários.

Por sua vez, Miranda afirma que:

[...] constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido. Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir de dedução imediata. Do modo pré-sugerido, resultam de confronto de um comportamento, de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento se arroga em face de cada norma constitucional. (MIRANDA. 1988, p. 273)

É certo que a temática relativa ao controle jurisdicional de políticas públicas geralmente envolve discussão em torno de questões como a violação ao princípio da separação de poderes, reserva do possível, mínimo existencial etc³.

Com efeito, não trataremos de enfrentar estas questões no presente trabalho, não apenas em decorrência da sua limitação espacial, mas, sobretudo, por entendermos que já há arcabouço doutrinário suficiente para superar estas discussões, sempre no sentido da possibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas.

Na verdade, o objeto de investigação do presente artigo repousa na demonstração das bases filosóficas que justificam a existência de um dever por parte do Estado de prestar, de maneira plena, os direitos sociais, notadamente o direito à educação, o que abre espaço, aí sim, para o eventual ingresso no Poder Judiciário.

Assim, observe-se, pois, que a discussão ora travada é anterior ao que usualmente se discute neste tipo de debate, já que o dever moral (de distribuição justa de direitos e encargos na sociedade) precede e independe ao normativo (modelo de separação de poderes no texto constitucional, vinculação do Estado às leis orçamentárias, etc.), referindo-se aos objetivos que justificam a própria existência do Estado.

Neste viés, analisaremos o modelo de justiça distributiva defendida por John Rawls e Ronald Dworkin, dois dos maiores filósofos contemporâneos, cujos ensinamentos servem de base para as discussões atuais de filosofia política.

É importante elucidar que desde Aristóteles (2000, p. 103-127) já se falava em Justiça Distributiva, porém, a concepção atual foi drasticamente reformulada por John Rawls, cuja teoria da justiça é considerada um marco para a concepção atual de distribuição de bens e encargos dentro de sociedade.

Fleischacker elenca cinco premissas essenciais da moderna concepção de justiça distributiva. São elas:

³ A esse respeito, seguem as palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo G. Branco: Embora os direitos sociais, assim como os direitos e as liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, de formulação de políticas públicas para se tornar exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financiamento possível. (BRANCO; MENDES. 2012, p. 677-678).

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada. (FLEISCHACKER, 2006, p. 12).

Ao propor uma distribuição equânime dos chamados bens *primários*, considerando, ademais, ser atribuição do Estado realizar esta distribuição, Rawls rompeu com a tradição clássica do liberalismo, assentada na propriedade privada e na meritocracia, motivo pelo qual denominou sua teoria de *Justiça como Equidade*.

Posteriormente, esse mesmo ideal foi aprimorado por Ronald Dworkin, através da sua teoria denominada de *Igualdade de Recursos*, exposta em uma de suas principais obras, *A Virtude Soberana*.

Dessa feita, a análise desses dois filósofos se mostra essencial para a compreensão do dever estatal de conferir o atendimento pleno do direito à educação a todos os indivíduos, consoante será demonstrado nos itens II e III deste trabalho.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

No tópico precedente, ressaltamos a essencialidade e o caráter fundamental do direito à educação, o qual compõe o núcleo mínimo de direitos que devem ser conferidos ao indivíduo, a fim de satisfazer plenamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Convém, agora, demonstrar de que forma a assertiva acima encontra respaldo na filosofia de John Rawls, exposta em seu livro mais importante, intitulado *Uma Teoria da Justiça*, o que poderá servir de base argumentativa para a exigibilidade judicial desse direito.

Em primeiro lugar, importa destacar que, antes mesmo de apresentar efetivamente sua teoria, Rawls tenta desconstruir uma importante corrente político-filosófica ainda muito utilizada pelos governos atuais, chamada de *Utilitarismo*.

Segundo Kymlicka (2006, p.11.), “O Utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”.

Para os utilitaristas, o Estado deverá promover o bem-estar da coletividade levando em consideração o chamado *cálculo de maximização do bem*, pelo qual são observadas as preferências de cada pessoa, cabendo ao Poder Público optar por aquela que satisfaz o maior número possível de indivíduos.

O inconveniente desta teoria, segundo Kymlicka, seria o fato de que “[...] as preferências de algumas pessoas não serão satisfeitas se estiverem em conflito com o que maximiza a utilidade de maneira geral. Isso é infeliz”. (KYMLICKA. 2006, p.11.)

Dito de outra forma, o *Utilitarismo* peca por não se preocupar em atender ao bem-estar de todos os indivíduos, bastando que seja satisfeito o maior número possível de pessoas.

Linhas atrás, informamos que essa corrente doutrinária é muito utilizada pelos governos atuais. Para ilustrar essa assertiva, valemo-nos das palavras de Brito Filho, o qual, tratando sobre o *Utilitarismo* e relacionando-o com o direito à educação, assim dispõe:

Lançando mão de um exemplo que também sempre utilizo, é o que acontece, por exemplo, quando um governo afirma, de forma triunfante, que a medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, que é um direito indispensável do ser humano, atingindo essa exclusão, via de regra, as mais necessitadas. (BRITO FILHO. 2015, p. 23).

Rawls, por outro lado, entende que uma teoria da justiça adequada não pode aceitar que alguns indivíduos sejam sobrepujados por outros, cabendo ao Estado a distribuição igualitária dos chamados *bens primário*, a fim de que todos os indivíduos possam alcançar o seu plano de vida.

Na verdade, a base do pensamento rawlsiano exposto acima provém da filosofia kantiana, pela qual o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, jamais como meio para que outros indivíduos alcancem seus objetivos.

Dessa forma, medidas como a ilustrada acima, em que um governo se sente orgulhoso por garantir 90% das crianças dentro das escolas não podem ser aceitas como uma postura política justa, posto que seria obrigação do ente estatal garantir que 100% das pessoas tivessem acesso a este direito fundamental.

A linha de raciocínio exposta acima já seria suficiente para fundamentar o ingresso de um indivíduo na via judiciária, a fim de exigir do Estado o cumprimento do seu direito à Educação.

Nada obstante, para o fechamento da ideia proposta no presente tópico, necessário que adentremos mais a fundo no pensamento de Rawls, o que será feito a partir de agora.

Rawls (2008, p. 4) começa a explicar a sua teoria afirmando que “[...] a justiça é a virtude primeiro das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

Ainda, segundo Rawls:

Por mais elegante e econômico que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. (RAWLS. 2008, p. 4)

A partir dessa premissa, Rawls começa a delinear a sua teoria, expondo quais os princípios de justiça que devem reger a atuação das instituições sociais básicas no momento da distribuição dos bens e encargos dentro da sociedade.

Segundo Rawls, a escolha desses princípios se daria a partir de uma situação hipotética, em que os membros representativos dos diversos grupos que compõem uma determinada sociedade se encontrariam reunidos para discutir e elegê-los.

A essa condição inicial de eleição dos princípios de justiça, Rawls denomina de “posição original”.

Importante destacar que, segundo o autor, para que os referidos princípios sejam escolhidos de maneira justa, ou seja, sem a interferência de interesses pessoais ou de determinado grupo dominante, os membros dessa eleição devem ficar cobertos pelo chamado “véu de ignorância”, situação em que as pessoas desconhecem as suas próprias condições pessoais, incluindo sexo, raça, posição social, situação econômica, etc.

A propósito, é em virtude dessa situação de igualdade dos indivíduos na posição original que a teoria de Rawls é conhecida como *Justiça como Equidade*, ou seja, pelo fato de não haver diferenciação entre as pessoas no momento de escolher a forma com que os bens e encargos seriam distribuídos na sociedade.

Pois bem, utilizando do procedimento exposto acima, segundo Rawls, seriam eleitos dois princípios de justiça, cujas versões finais seriam as seguintes.

Primeiro Princípio:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos. (RAWLS. 2008, p. 376)

Segundo Princípio:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS. 2008, p. 100)

Importa destacar que Rawls coloca os aludidos princípios em ordem léxica, de modo que o primeiro precede o segundo.

O primeiro princípio reflete a importância da liberdade na teoria política de Rawls, sendo certo que essas liberdades devem ser iguais entre as pessoas, admitindo-se a sua restrição apenas se for em benefício do próprio sistema total de liberdades.

O segundo princípio, como visto, se divide em dois: (a) o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e (b) o princípio da diferença.

O princípio da igualdade equitativa de oportunidades tem por objetivo garantir que todos tenham acesso, de forma equitativa, aos cargos e posições disponíveis. (RAWLS. 2008, p. 102)

Já o princípio da diferença está ligado diretamente aos chamados bens primários, na medida em que possibilita uma distribuição equitativa dos mesmos, admitindo-se situações de desigualdade na sociedade somente se puderem acarretar benefício para todos, sobretudo, aos menos favorecidos. (RAWLS. 2008, p. 184)

Neste mesmo sentido, segundo Vita (1993):

Note-se que o princípio da diferença traduz uma concepção de igualdade de recursos ou de “bens primários” – tais como direitos e liberdades básicas, renda, riqueza e posições de responsabilidade em instituições econômicas e políticas – e não uma concepção de igualdade de resultados e de bem-estar. Em uma concepção de

igualdade de recursos, trata-se de assegurar uma distribuição *equitativa* (não necessariamente igual) de recursos escassos e somente admitir desigualdades que sejam aceitáveis segundo um critério de justiça.

Verificado, portanto, que o princípio da diferença assegura uma distribuição equitativa de bens primários, de modo que nenhuma pessoa poderá ficar desprovida de um mínimo de recursos que lhe proporcione uma vida digna, convém, agora, destacar o que seriam esses bens primários.

Conforme extraído da própria obra de Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, esses bens primários seriam coisas que todos os indivíduos racionais presumivelmente querem, ou seja, são bens que normalmente têm utilidade, sejam quais forem os planos racionais de vida das pessoas.

Relacionando a doutrina filosófica de Rawls com o sistema jurídico contemporâneo, podemos identificar esses bens primários, no plano internacional, como os direitos humanos e, no plano interno, como os direitos fundamentais. Neste sentido, entende Brito Filho. Vejamos:

A quem principalmente cabe garantir os bens primários está claro, pelo que, no caso do Brasil, seriam os entes públicos, nos diversos níveis da federação, nos termos estabelecidos pela Constituição da República.

Faltaria, no entanto, indicar quais seriam os bens primários? Creio que não, pois são eles, no plano global os direitos humanos e, no plano interno de cada Estado, os direitos fundamentais. (BRITO FILHO. 2015, p. 66).

Dessa forma, resta plenamente demonstrado que, a partir da constatação de que os bens primários podem ser relacionados com os direitos fundamentais, todos os indivíduos são titulares dessa parcela mínima de direitos, necessários para a promoção de uma vida minimamente digna, sendo função do Estado (ou das instituições sociais básicas) assegurar uma distribuição justa dos bens sociais que contemple essa prerrogativa.

Assim, estando o direito à educação dentro desse rol básico de direitos essenciais, o não cumprimento do dever fundamental do Estado em provê-lo ensejará o direito do indivíduo em reclamá-lo judicialmente, independentemente de quaisquer outras questões de cunho positivo-normativo que se possa apresentar como obstáculo (caráter programático das normas de direitos sociais, limitação de atuação dos agentes

públicos ao previsto em leis orçamentárias etc.), já que a questão de fundo se apresenta como um dever moral do Estado para com seus membros.

A propósito, a respeito da necessidade de promoção do direito à educação, independentemente das contingências sociais e dos arcabouços que regem as instituições econômicas e jurídicas da sociedade, assim dispõe o próprio Rawls em sua obra clássica:

Os elementos desse arcabouço que já nos são bem conhecidos (arranjos de livre mercado dentro das instituições políticas e jurídicas que regem as tendências gerais dos acontecimentos econômicos), porém talvez valha a pena recordar a importância de se evitar o acúmulo excessivo de propriedades e riqueza e de se manterem oportunidades iguais de educação para todos. As oportunidades de adquirir cultura e qualificações não devem depender da classe social e, portanto, o sistema educacional, seja ele público ou privado, deve destinar-se a demolir as barreiras entre as classes. (RAWLS, 2008. p. 88).

Dessa feita, resta devidamente comprovado que a exigibilidade judicial do direito à educação encontra respaldo filosófico na teoria da justiça de Rawls.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO E A IGUALDADE DE RECURSOS DE RONALD DWORKIN

Compreendida a *Justiça como Equidade* de John Rawls, podemos afirmar que a teoria da justiça de Ronald Dworkin pode ser considerada como uma evolução, ou complemento, do pensamento rawlsiano.

De fato, há muitos pontos em comum entre as duas teorias, notadamente, pelo fato de pretenderem uma distribuição equânime dos bens sociais entre os indivíduos, daí serem considerados como os maiores expoentes do *liberalismo igualitário*, também chamado de *liberalismo de princípios*.

Nada obstante, também são de fácil constatação os diversos pontos que os afastam. De todo modo, o objetivo central deste capítulo é demonstrar que, mesmo sob a análise da teoria da justiça de Ronald Dworkin, também poderemos concluir pela existência de um dever estatal em promover o direito à educação, o que igualmente poderá servir de base argumentativa para eventual propositura de ação judicial que tenha como objeto o atendimento desse direito.

Com efeito, consoante observamos em sua obra *A Virtude Soberana*, Dworkin começa a apresentar a sua teoria de *Igualdade de Recursos*, da mesma forma que Rawls,

partindo de um cenário hipotético, em que um grupo de náufragos chega a uma ilha deserta.

Neste momento, esses náufragos se veem com a missão de dividir os recursos constantes na ilha.

Inicialmente, de acordo com a narrativa de Dworkin, esses imigrantes imaginam que a melhor forma de dividir os bens da ilha seria reparti-los em porções iguais e conferir um pacote de recursos para cada indivíduo.

Rapidamente, percebe-se que esse formato de divisão não se mostra adequado, posto que, não é difícil imaginar que nem todos os recursos constantes na ilha existem na mesma quantidade de imigrantes ou, ainda, que nem todos ficarão satisfeitos com os recursos que receberiam, haja vista que alguns podem preferir mais de um mesmo bem, em detrimento de outros que não lhes trariam qualquer serventia – para ilustrar essa situação, Dworkin utiliza o exemplo da distribuição de ovos de tarambola e clarete pré-filoxera. Nesse cenário, se uma pessoa detestasse essas iguarias, ficaria extremamente decepcionada, ainda que os recursos tenham sido divididos igualmente entre todos os indivíduos.

Para resolver o impasse, Dworkin propõe que a melhor forma de distribuição dos recursos existentes na ilha seria por meio de um leilão hipotético, no qual os indivíduos receberiam uma mesma quantidade de conchas para trocarem pelos bens ali presentes, sendo que, ao final do processo, cada imigrante fiaria com o pacote de bens que desejasse.

Importa destacar que, segundo propõe Dworkin, para que a processo em questão seja justo, o leilão somente será igualitário se ao final deste procedimento a divisão passar pelo chamado “teste da cobiça”, hipótese em que nenhum imigrante invejará o pacote de recurso de outro.

Neste sentido, ressalte-se que, diferentemente do exposto na teoria de Rawls, em que, conforme vimos anteriormente, os princípios da justiça e os bens primários são escolhidos em um cenário de completo desconhecimento acerca da situação particular de cada pessoa (véu da ignorância), na teoria de Dworkin, cada indivíduo escolhe o seu pacote de recursos tendo plena ciência das suas características pessoais, bem como seus talentos e seu plano de vida.

A justiça na teoria de Dworkin estaria no fato de que todos teriam as mesmas oportunidades (conchas utilizadas no leilão) no processo de aquisição de recursos.

Ressaltando o exposto acima, Gargarella (2008, p. 66) nos ensina que “[a] terceira ideia fundamental da igualdade liberal – acrescenta Dworkin – é um complemento da segunda. O liberalismo igualitário insiste não só que a justiça é uma questão de recursos, como uma questão de recursos iguais”.

Dworkin admite a existência de desigualdades, porém, não quanto à possibilidade de aquisição de recursos. As desigualdades surgiriam a partir da utilização, segundo as escolhas e os talentos individuais, dos recursos igualmente distribuídos, e poderiam vir a ser compensadas, em momento posterior à distribuição inicial.

Dito de outra forma, o cerne da teoria de Dworkin estaria na igualdade de oportunidades conferida a todos os indivíduos no momento da distribuição dos recursos sociais, de modo que seriam aceitáveis as desigualdades sociais provenientes das escolhas que cada um tivesse feito naquele momento.

O importante, segundo Dworkin, não seria conceder a todos o mesmo pacote de recursos (bens primários), consoante defendido por Rawls, porém, a verdadeira justiça distributiva consistiria em conferir a todos as mesmas oportunidades de aquisição dos recursos necessários ao cumprimento do seu plano de vida.

Passado este ponto a limpo, convém, agora, destacar quais seriam esses recursos a que Dworkin se refere em sua teoria.

Na obra em que apresenta a sua teoria, *A Virtude Soberana*, Dworkin chega a dizer que “[...] a igualdade de recursos é uma questão de igualdade de quaisquer recursos que os indivíduos possam privadamente”. (DWORKIN. 2013, p. 79).

Se considerarmos literalmente a assertiva acima, talvez, a teoria de Dworkin não fosse possível de ser aplicada no mundo real, afinal, seria desarrazoado imaginar que todos devem ter as mesmas oportunidades para adquirir quaisquer recursos que pretendam obter.

Por conta disso, adotamos a corrente que identifica e limita os recursos mencionados por Dworkin aos direitos fundamentais.

A esse respeito, vejamos o que diz Brito Filho:

Aqui aproveito a ideia que, faz tempo, retiro da visão kantiana de dignidade e que, penso, deve implicar o reconhecimento para todos os seres humanos de um mínimo de direitos que permitam preservar o maior dos tributos da pessoa, que é a sua dignidade. Sei que, com isso, em princípio, diminuo os recursos a serem divididos, considerando o pensamento de Dworkin, mas penso que circunscrevê-los (os recursos) aos que são essenciais dá a possibilidade de inserir a teoria

no mundo real. Assim, mais do que separar os recursos, como faz Dworkin, em pessoais e impessoais, opto por considerar que a distribuição deve estar limitada os recursos pessoais fundamentais. (BRITO FILHO. 2014, p. 51).

Pois bem, compreendido que a teoria de Dworkin repousa no direito de todos em possuir as mesmas oportunidades em adquirir os recursos que melhor se adequem ao seu plano de vida, sendo esses recursos identificados com os direitos fundamentais, e que o responsável pelo gerenciamento dessa distribuição é o Estado, fica evidente a constatação de que cada indivíduo tem o direito subjetivo de lhe ser conferido as mesmas condições de acesso a esta parcela de direitos mínimos que todo indivíduo faz jus (direitos fundamentais).

Assim, ainda que o sujeito não venha a fazer uso do recurso à educação, tal fato deve ocorrer em razão das suas escolhas próprias, do seu plano de vida, ou seja, em decorrência da escolha por outros recursos, inclusive o ócio, se assim preferir.

De todo modo, o que fica claro é que, na hipótese de o indivíduo preferir fazer uso da educação e este direito (recurso) lhe for negado em decorrência da omissão ou ineficiência do poder público, terá aquele o direito a exigir do Estado, na condição de gerenciador da distribuição dos bens sociais, o cumprimento do seu mister, o que pode ser feito pela via judicial.

Dessa forma, resta, também, plenamente demonstrada a possibilidade de exigibilidade judicial do direito à educação de acordo com a teoria da justiça de Ronald Dworkin.

4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAR A ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

Superando a base teórica utilizada para fundamentar o presente trabalho, convém destacar que no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição, além de reconhecer o caráter fundamental do direito à educação (art. 6º), ainda declara que o mesmo é direito de todos e dever do Estado, conforme exposto em seu art. 205.

Desta forma, é inegável a possibilidade de se exigir do Estado o cumprimento do seu mister, na hipótese de não atendimento deste direito fundamental, o que pode ser feito através do poder judiciário, mediante o exercício da garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV da CRFB/88.

Neste ponto, passamos a discutir a importância da ideia de jurisdição constitucional como instrumento para efetivação da ordem jurídica.

Convém destacar o que diz Martins (2015):

A importância da jurisdição constitucional está no fato de firmar o Poder Judiciário no cenário dos poderes de Estado, afastando a percepção vulgar de ser este Poder um mero órgão de solução de conflitos de interesses. Ou seja, o Poder Judiciário não se resume a um órgão de Estado, cuja função se esgote na prolação de sentenças. Nessa perspectiva, é necessário reconhecer ao mesmo tempo sua legítima participação no processo político e institucional do País.

E complementa citando Gonçalves (1992, p. 50): “No exercício da função jurisdicional, o Estado se materializa juridicamente, sob os mesmos fundamentos que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e executiva”.

Observe que parcela da doutrina, a exemplo de Zavascki, entende que diante dessa situação de negação (ou omissão) de direitos constitucionalmente consagrados estaríamos resguardados pela ideia de jurisdição constitucional, pois haveria uma inconstitucionalidade possível de ser controlada pelo Poder Judiciário.

Inconstitucionalidade será também o ato ou a omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender os direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. [...]. Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. (ZAVASCKI. 2014, p.11).

Veja-se, pois, que a ideia de inconstitucionalidade não está ligada apenas com a existência de leis contrárias à Carta Magna, mas a qualquer comportamento, sobretudo dos agentes públicos, que a contrariem, inclusive por meio de uma conduta omissiva.

Neste sentido, considerando que consta expresso em nossa Carta Política que a educação é um direito fundamental de todos e um dever do Estado, na hipótese de não cumprimento do seu mister por parte deste, poderá o indivíduo reclamar a sua efetivação, utilizando-se, para tanto, de outro direito igualmente fundamental, qual seja, o da inafastabilidade da jurisdição, daí se falar, portanto, em jurisdição constitucional, ou seja, a utilização da via judiciária para atender aos preceitos constantes na Constituição.

E mais, partindo das teorias da justiça de Rawls e Dworkin, pretendeu-se demonstrar no decorrer deste trabalho as bases filosóficas que justificam a existência de um dever estatal de distribuição equânime e à todos dos bens considerados essenciais

(ou primários) para o pleno desenvolvimento da uma vida digna, o que pode (e deve) ser utilizado como base argumentativa para fundamentar o pedido em demanda judicial dessa natureza, especificamente no que tange ao direito à educação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que a educação é um direito social fundamental previsto no art. 6º da CRFB/88, e que é um direito de todos e dever do Estado, é possível coadunar a ideia de jurisdição constitucional com a efetivação de tal direito.

Assim, objetivou-se por meio do presente trabalho demonstrar as premissas filosóficas que podem justificar a exigibilidade judicial do direito à educação, sendo, pois, irrelevantes as justificativas usualmente utilizadas pelo Estado para justificar a impossibilidade de intervenção judicial nessa seara.

Com efeito, consoante ressaltado acima, verificado o dever moral do Estado para com seus membros, questões de ordem normativa ou positiva, tais como, o caráter programático das normas de direitos sociais ou, ainda, a limitação de atuação do gestor ao disposto nas leis orçamentárias, não podem ser utilizadas como argumentos plausíveis para justificar o desatendimento a direitos fundamentais.

No máximo, as limitações financeiras do Estado podem ser levadas em consideração pelo magistrado como critério para verificar qual a melhor forma de condenação do ente estatal.

Neste sentido, curial trazer à baila os ensinamentos de da Cunha Júnior, em lição com a qual aderimos.

Assim, não temos a mínima dúvida de que, caso não cumprido o dever constitucional, pode o titular do direito (um menor, obviamente representado por seu representante legal) valer-se da ação judicial competente para compelir o Estado a proporcionar-lhe o desfrute daquele bem fundamental, que é gozar da educação primária gratuita, em face da inequívoca inconstitucionalidade por omissão. Também pode - e nesse caso até deve - o Ministério Público, dado o interesse coletivo aí envolvido, propor ação civil pública, logo após constatar, em inquérito civil, o descumprimento estatal do dever de assegurar o ensino fundamental gratuito. A decisão judicial, nesse autêntico e legítimo controle da omissão do poder público, consistiria numa obrigação de fazer, que pode assumir a natureza de: a) determinação de construção e funcionamento de uma escola; b) condenação do Estado em custear o menor em escola privada existente no lugar, ou; c) condenar o Estado a indenizar o menor pela omissão ilícita. (CUNHA JR., 2009, p. 727).

Destarte, consoante as opções descritas acima, poderá o magistrado, levando em consideração a situação financeira do ente estatal, o que deverá ser analisado em cada caso concreto, impor a medida adequada, a fim de resguardar e garantir o direito à educação do requerente.

O que não se pode admitir é que o Estado se utilize do princípio da reserva do possível para, pura e simplesmente, tentar se esquivar do cumprimento de suas obrigações.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001 (Coleção a obra-prima de cada autor).

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11-49.

BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário. **Revista do TRT da 8ª Região**, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008. Suplemento Especial Comemorativo.

_____. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Ações afirmativas**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca da dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008 (Coleção a obra-prima de cada autor).

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Institutos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MARTINS, Silvio. **Jurisdição Constitucional**. Lisboa. Disponível em: <http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/article/download/100/217>. Acesso em: 04 de jul. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: **Direitos Fundamentais Sociais**. CANOTILHO, JJ Gomes e outros (org) São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

VITA, Álvaro de. **Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.