



JANAINA PAULA DOS SANTOS BERARDI

CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS À
SAÚDE E EDUCAÇÃO.

PITANGA – PARANÁ
2019

JANAINA PAULA DOS SANTOS BERARDI

CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS À
SAÚDE E EDUCAÇÃO.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito às Faculdades do Centro do Paraná - UCP, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Rodolfo Carvalho Neves dos Santos

PITANGA – PARANÁ
2019

B483c Berardi, Janaina Paula dos Santos.
Constitucionalização simbólica e a judicialização dos
direitos à saúde e educação / Janaina Paula dos
Santos Berardi, 2019
49 f.

Orientador: Rodolfo Carvalho Neves dos Santos
Monografia (Graduação)–Faculdades do Centro
do Paraná,
Pitanga, 2019

1. Constitucionalização. 2. Judicialização.
I. Faculdades do Centro do Paraná. II. Título.
Feita pelo bibliotecário Eduardo Ramanauskas
CRB9 -1813

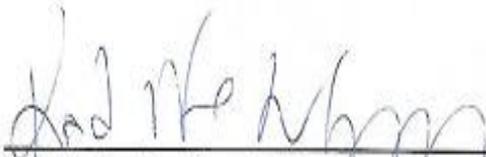
FACULDADE DE ENSINO SUPERIOR DO CENTRO DO PARANÁ

TERMO DE APROVAÇÃO

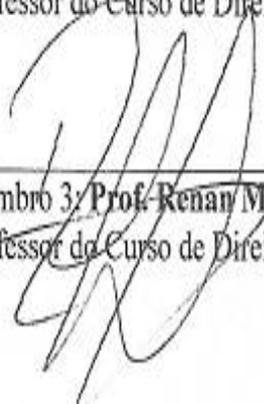
JANAINA PAULA DOS SANTOS BERARDI

**“CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A JUDICIALIZAÇÃO DOS
DIREITOS À SAÚDE E EDUCAÇÃO”**

Trabalho de Curso aprovado com nota 10 (dez) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade do Centro do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:


Orientador (Presidente): **Prof. Rodolfo Carvalho Neves dos Santos**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná


Membro 2: **Prof. Angelita Caroliny Vilela Salvador**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná


Membro 3: **Prof. Renan Matheus Mendes**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná

Dedico este trabalho ao meu pai e minha
mãe, pessoas essenciais em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por nunca me abandonar nos momentos difíceis e a minha família, em especial meu pai Nelson, minha mãe Zelia, minha irmã Jéssica e minha prima Maria Luiza por toda força e apoio durante cinco anos de faculdade.

Minha gratidão à minhas amigas Bruna e Michelly as quais foram essenciais e tornaram menos árdua a caminhada e aos amigos que se tornaram mais próximos, Luiz Orlando, Felipe, Camila e Viviane principalmente pelas palavras de motivação e conforto.

Gratidão ao meu orientador Prof^o Rodolfo pelos ensinamentos e paciência e a todos os professores que fizeram parte da minha vida acadêmica pelos conhecimentos teóricos, práticos e éticos.

BERARDI, Janaina Paula dos santos. SANTOS, Rodolfo Carvalho Neves dos. **Constitucionalização Simbólica e a Judicialização dos direitos à saúde e educação**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso Bacharel em Direito – Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná, Pitanga, 2019.

RESUMO

O problema da Constitucionalização simbólica que, por sua vez, interfere na efetividade dos direitos, torna imprescindível a discussão sobre o tema, especialmente no que diz respeito à inefetividade dos direitos à saúde e educação que atualmente trazem diversos problemas à sociedade, os quais, por sua vez afetam o desenvolvimento do país ou de uma região. A discussão engloba os processos de uma constitucionalização que implicam na inefetividade do direito à saúde e educação e os problemas que surgem a partir desta inefetividade. A judicialização então é última forma de satisfação e efetividade dos direitos e, apesar das críticas de alguns autores quanto à necessidade de uma demanda judicial, esta é o único e último instrumento que possibilita a prestação e materialização dos direitos a fim de evitar a supressão destes. Realizadas pesquisas bibliográficas, em torno da Constituição buscou-se demonstrar como se manifesta essa Constitucionalização simbólica, os problemas decorrentes desta e a solução por meio da judicialização.

Palavras-chave: Constitucionalização simbólica. judicialização. saúde. educação.

BERARDI, Janaina Paula dos santos. SANTOS, Rodolfo Carvalho Neves dos. **Constitucionalização Simbólica e a Judicialização dos direitos à saúde e educação**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso Bacharel em Direito – Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná, Pitanga, 2019.

ABSTRACT

The problem of symbolic constitutionalization, which, in turn, interferes with the effectiveness of rights, makes it essential to discuss the issue, especially with regard to the ineffectiveness of health and education rights that currently bring various problems to society, which, for in turn affect the development of the country or region. The discussion encompasses the processes of constitutionalization that imply the ineffectiveness of the right to health and education and the problems that arise from this ineffectiveness. Judicialization, then, is the last form of satisfaction and effectiveness of rights and, despite the criticism of some authors regarding the need for a judicial demand, this is the only and last instrument that enables the rendering and materialization of rights in order to avoid the suppression of these rights. . Bibliographic researches were carried out around the Constitution. We sought to demonstrate how this symbolic Constitutionalization is manifested, the problems arising from it and the solution through judicialization.

Keywords: Symbolic constitutionalization. judicialization. cheers. education.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1	Justificativa	9
1.1.1	Problema de pesquisa	9
1.2	Objetivos	10
1.2.1	Objetivo geral	10
1.2.2	Objetivos específicos	10
2	FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	11
2.1	A Constitucionalização Simbólica	11
2.2	A restrição à efetividade do direito à saúde e educação	21
2.2.1	Ineficácia do direito à saúde decorrente do simbolismo constitucional	22
2.2.2	Ineficácia do direito a educação decorrente do simbolismo constitucional	27
2.3	A Judicialização como garantia do direito à saúde e educação	34
2.3.1	A Judicialização do direito à saúde	37
2.3.2	A Judicialização do direito à educação	40
3	MÉTODO	43
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
	REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

1.1 Justificativa

O presente trabalho tem a finalidade de apresentar e apontar reflexões sobre o tema Constitucionalização simbólica, apresentar soluções quanto a efetividade do direito à saúde e educação. A realidade atual do país traz conflitos determinantes para que não seja ignorado qualquer debate sobre a situação, qual seja, a inefetividade, ausência de meios que possibilitem o texto ser garantia dos direitos sociais previstos no artigo 6º, especialmente no que tange ao direito à saúde e a educação. O simbolismo aqui tratado procura evidenciar a inefetividade da Constituição brasileira de 1988 que, mesmo possuindo expressos os direitos sociais, mesmo estando no ápice do ordenamento e classificada como rigorosa dispõe de regras e princípios ludibriadores, deixando a desejar quando se trata da sua concretização.

Os problemas sociais enfrentados atualmente e advindos de tempos atrás, políticos, ideológicos, econômicos, necessitam de um aprofundamento para chegar ao menos à questão, aos motivos que tornam o documento mais importante do país, ser na verdade um símbolo, e os meios pelos quais os direitos serão concretizados, este que garante a todos a igualdade, principalmente o desenvolvimento e não o retrocesso e a justiça, são estes os fatores mais importantes a garantir a sociedade justa e igualitária e o desejo de uma país desenvolvido, já que possui recursos. Os direitos sociais, especialmente no que diz respeito a saúde e educação correspondem as garantias determinantes para o desenvolvimento. Desta forma, diante da inércia dos poderes legislativo e executivo, é apresentado o judiciário como última forma de satisfação.

1.1.1 Problema de pesquisa

Quais são os fatores decorrentes do simbolismo constitucional que ocasionam judicialização dos direitos à saúde e educação?

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo geral

Demonstrar os fatores que restringem a efetividade da Constituição Federal, os quais causam a judicialização dos direitos à saúde e educação.

1.2.2 Objetivos específicos

- Demonstrar Constitucionalização simbólica como causa da ineficácia dos direitos.
- Delimitar os problemas atuais decorrentes do simbolismo constitucional que restringem a efetividade do direito à saúde e a educação.
- Apresentar Judicialização como garantia do direito à saúde e educação.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Neste capítulo será abordado o tema da constitucionalização simbólica como causa da ineficácia dos direitos sociais à saúde e educação. Inicialmente é importante destacar a distinção do que consiste uma legislação simbólica e uma constitucionalização simbólica, expondo como ocorre, as supostas estratégias e posteriormente, será abordado o tema da constitucionalização simbólica que como confirmação de um valor social possui as mesmas características de uma legislação simbólica, porém, é mais abrangente já que tratam-se de normas constitucionais que disciplinam várias matérias. A expedição do texto normativo de uma legislação e do texto constitucional acaba tendo um desvio de finalidade, como, por exemplo, a confirmação de determinados valores sociais de determinado grupo, que faz com que seja secundária a efetivação e aplicabilidade do conteúdo da norma. Serão analisadas, também, as demais causas e conseqüências da função simbólica, o que ocasiona a ausência de efetividade dos direitos sociais a saúde e educação, pois a finalidade inicial quando disciplinada alguma matéria na legislação ou na Constituição não é a de realizar estes.

De acordo com Kindermann, citado por Neves, uma legislação simbólica pode consistir na ampliação da confiança do cidadão no governo, ou no Estado, desta forma, são elaborados diplomas legislativos a fim de que estes apenas satisfaçam os desejos dos cidadãos com a mera previsão do texto, sem que haja a efetiva realização e aplicação do que contém na norma. A partir daí, uma situação surge, o período eleitoral torna-se uma ferramenta para expor uma possível atuação legislativa se futuramente ocorrer a eleição daquele que irá atuar. Ocorre que, haverá somente uma previsão legislativa, sem qualquer efetividade, há outra finalidade e não a aplicabilidade da lei que é a de, por intermédio desta estratégia tornar possível uma eleição, tendo por conseqüência então uma legislação-álibi para benefício dos governantes (KINDERMANN, 1988 apud NEVES 1994).

É possível identificar que o “simbólico” expressado consiste então na situação de que, quando apesar de haver normas a serem cumpridas, as finalidades destas não são concretizadas e há a mera previsão sem qualquer observância. Apesar de

não haver esta aplicabilidade, acredita-se que estão sendo colocadas em prática e atendidas as suas finalidades, sendo assim:

O problema da utilização do simbólico pelo sujeito leva a questão da relação do simbólico como o imaginário. Concebido o imaginário como algo “inventado” sustenta-se, então, que ele deve utilizar o simbólico para “existir”. (CASTORIADES, 1991 apud NEVES, 1994, p. 19).

Neves apresenta a ideia de que uma legislação simbólica representa uma valoração social, e que é destinada a confirmação destes valores sendo suficiente a mera existência de um texto normativo. Corroborando com o autor, identifica-se que uma legislação simbólica pode decorrer desta confirmação de determinados valores sociais, que, por sua vez, são promessas legislativas que utilizam-se da publicação de uma legislação como meio para se sobressair e obter um reconhecimento a partir destes valores tidos como atendidos, e que futuramente não será realizado, havendo um desvio da sua finalidade, como será demonstrado adiante.

Uma legislação simbólica pode consistir, ainda, numa valoração social, a qual pressupõe uma “vitória legislativa”, ou seja, trata-se de buscar e realizar uma tipologia legislativa permitindo ou proibindo tais condutas de acordo com um valor social almejado por determinado grupo ou pessoa, posta em segundo plano a aplicação da legislação. (NEVES, 1994, p. 34).

Os envolvidos, diante da necessidade destes de expor sua “preocupação”, e o reconhecimento do seu papel com tal valor social se dispõem a buscar a expedição do texto normativo a fim de que este satisfaça o interesse particular envolvido, desta forma, sendo secundária a eficácia do referido texto, sendo então, suficiente apenas a mera publicação e disponibilidade deste. (NEVES, 1994, p. 34).

Um grande exemplo do que se trata uma legislação simbólica é o que ocorreu nos Estados Unidos, quando o principal interesse ao elaborar uma lei era o de adquirir “maior respeito social” por parte dos defensores da respectiva legislação, o interesse aqui não estava direcionado para a eficácia de tal norma, convertendo-se então a lei em um símbolo de status. Tratava-se da “lei seca” a qual referia-se ao consumo de bebidas alcoólicas. Esta legislação serviu então apenas para aqueles que obtivessem a vitória quanto ao seu posicionamento, satisfazendo o desejo de um determinado grupo que almejava tal expedição do texto normativo, isto é, para aqueles que se beneficiaram utilizando como instrumento de vitória acabaram alcançando os seus próprios interesses, tendo apenas a finalidade de obter um

“respeito social” e por consequência afirmar a derrota daqueles que se posicionavam contrariamente tornando-os perdedores e fracassados, sendo secundária a importância de efeitos positivos quanto à efetivação. (GUSFIELD, 1986 apud NEVES 1994, p. 35).

Neto propõe a diferenciação da legislação simbólica e constitucionalização simbólica, como já exposto, a constitucionalização é mais abrangente, pois as matérias constitucionais não tratam de apenas um âmbito específico mas do ordenamento jurídico como um todo. Propõe também que uma constitucionalização simbólica desempenha um papel político-ideológico, o qual será suficiente por tratar-se de uma ideologia, e que por ser supostamente atendida esta ideologia mesmo que sem qualquer efetividade da norma, torna-se irrelevante a eficácia diante da satisfação já alcançada, em decorrência disso implica no simbolismo da Constituição que deixa em segundo plano a materialização do seu conteúdo.

Uma constitucionalização simbólica não é o mesmo que a legislação simbólica, uma vez que essa afeta somente um âmbito específico, de modo parcial. A constitucionalização simbólica abrange o ordenamento jurídico como um todo. Esta maior abrangência gera uma ampliação do sistema político perante o jurídico, interferindo e prejudicando todo o ordenamento, já que a Constituição é a base deste, como será visto adiante (NETO, 2008, p. 186).

Superada a conceituação do que consiste uma legislação simbólica, onde a principal distinção do que é uma constitucionalização simbólica é o fato que de esta última é mais abrangente do que uma legislação, pois a legislação prejudica determinado âmbito específico, diferente da constitucionalização simbólica que abrange várias matérias. Adiante veremos que a constitucionalização simbólica vem do problema da “teoria dos atos de fala” que também pode decorrer da finalidade de confirmação de determinados valores sociais de um grupo específico, como ocorre em uma legislação dentre outras finalidades que acabam retirando o papel de uma Constituição.

A constitucionalização é o conjunto da atividade constituinte e a concretização do conteúdo desta, desenvolve-se uma norma com a presunção de que esta será efetiva. Uma constitucionalização simbólica pode decorrer do problema da teoria dos “atos de fala”, a teoria dos atos de fala refere-se a ausência de força ilocucional do texto. Trata-se do fracasso quanto a “força ilocucional” do mesmo, pressupõe-se que há um fracasso e impossibilidade de materialização do conteúdo, em razão da

insuficiência da força ilocucional do texto ocorre a ausência de concretização do seu conteúdo, trata-se de uma “promessa inautêntica”, incerta e que não pode ser realizada, ou seja, a qual não será concretizada. (SEARLE, 1973 apud NEVES 1994 p. 104).

O problema da teoria dos atos de fala refere-se à promessa feita que não pode ser realizada, é um meio para obter uma vantagem, outra vantagem que não a materialização do conteúdo da Constituição, a ausência de materialização ocasiona a falta da força ilocucional do texto. Sendo assim, pressupõe-se que por meio desta estratégia surgem os desvios de finalidades que consistem em deixar de lado, destinando-se a outros objetivos, pondo em segundo plano o real papel de uma Constituição.

Na recepção habermasiana, a “teoria dos atos de fala” foi reinterpretada a partir do modelo da pragmática universal, com a pretensão de formular as regras universalmente válidas do entendimento intersubjetivo (agir comunicativo) e discurso racional (ética do discurso). (HABERMAS, 1986 apud NEVES 1994 p. 104).

Uma Constituição Simbólica pode ser classificada levando-se em conta a sua forma de manifestação, podendo então ser destinada a corroboração de determinados valores sociais na ausência da relevância normativo-jurídica, teria a finalidade de dar atenção e confirmar determinados valores e crenças de grupos específicos, sendo ausente, desta forma a sua relevância normativo-jurídica e também a aplicabilidade (BRYDE, 1987 apud NEVES 1994, p. 92).

Assim como na legislação simbólica, a Constituição simbólica é assim porque pode ser destinada a corroboração de valores sociais, seria destinada a satisfazer objetivos de um determinado grupo com a confirmação de valores sociais destes a fim de realizá-los, e como há o desvio do seu papel, implica no simbolismo da Constituição. Além disso, pode decorrer do papel político desempenhado que acaba sendo um papel ideológico somente sem dar relevância à concretização, também uma Constituição como forma de compromisso dilatatório onde as responsabilidades quanto à efetivação são transferidas para o futuro, como será abordado a seguir.

A constitucionalização simbólica apresenta-se em dois sentidos, negativo e positivo, considera-se que esta depende de diversos fatores para se chegar à concretização, depende de contribuições de outros sistemas sociais, sem os quais não é possível realizar-se de acordo com a realidade atual, o sentido positivo consiste no “papel político ideológico” desempenhado, trata-se de um ideal almejado. Sendo

que este papel depende do sentido negativo, uma vez que há ausência de concretização, esta ausência representa o seu sentido negativo, porém, são atendidas as expectativas populares com a previsão dos direitos, mas sem a aplicabilidade, constituindo, deste modo, um papel ideológico, apresentado um modelo sem que haja modificações, os quais dependeriam de outra realidade e não aquela já existente (NETO, 2008, p. 189).

Nesse sentido, dentre os outros diversos motivos para que uma Constituição desempenhe uma função simbólica, assim pode ser em razão de finalidades ideológicas, as quais possuem maior relevância do que propriamente a concretização normativa do texto Constitucional:

Mas a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não se refere apenas a retórica “legitimadora” dos governantes (em sentido amplo). Também no discurso político dos críticos do sistema de dominação, a invocação aos valores proclamados no texto constitucional desempenha relevante papel simbólico. Por exemplo, a retórica político social dos “direitos humanos”, paradoxalmente, é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional (NEVES, 1994 p. 161).

Já uma constituição como forma de compromisso dilatatório ¹diz respeito ao retardamento de determinado compromisso, este tem a finalidade de satisfazer as “exigências contraditórias”, porém com uma obscuridade, surge uma dúvida quanto ao principal aspecto a ser tratado, permitindo então o acesso ao respectivo conteúdo sem a devida compreensão implicando desta forma numa função simbólica. A constitucionalização como álibi para os governantes serve apenas como favorecimento de determinada elite dirigente com interesses próprios, não havendo desta forma qualquer modificação em relação a concretização constitucional. (SCHIMITT, 1970 apud NEVES 1994 p. 93).

Schmitt citado por Neves propõe que além de uma constitucionalização simbólica decorrer da confirmação de determinados valores sociais, também pode vir a tornar-se assim como uma forma de compromisso dilatatório o qual implicará numa função simbólica, há uma obscuridade do que vem a ser tratado na Constituição e por conta disso o adiamento daquele compromisso por ser inaplicável de acordo com esta “incerteza”, também aborda a constitucionalização como álibi para os governantes. A

¹ A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Neste caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidos através do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então, no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.

função simbólica surge então em razão de tornar-se um mero instrumento de satisfação de interesses particulares de determinados grupos para que os “governantes se sobressaiam”. Como a finalidade é esta a constituição terá uma função simbólica.

Diante do exposto, verifica-se que uma constitucionalização simbólica ocorre principalmente porque há um desvio de finalidade das matérias disciplinadas, sendo que a sua principal finalidade é a de servir como mero instrumento de elevação da uma imagem por intermédio da confirmação de valores sociais, também, uma constitucionalização simbólica pode decorrer do retardamento de um compromisso, há a ideia de que de acordo com a realidade uma norma constitucional não é aplicável e só seria se houvesse outra realidade e não aquela já existente.

Nessa medida, o balanço geral dos efeitos que a legislação simbólica pode produzir na sociedade é o seguinte: (1) "confirmar valores sociais", no sentido de convencer pessoas e grupos da consistência das posições que saem "vencedoras", ou de conduzir as instituições sociais a darem apoio à previsão normativa, ainda que falte força normativa ao texto legal, ou de distinguir, com "status oficial", quais posições têm legitimação e dominação pública, e quais são desviantes; (2) descarregar o sistema político de pressões sociais concretas, no sentido de apresentar as instituições do Estado como merecedoras da confiança pública, ou de dar algum respaldo eleitoral a políticos e legisladores; (3) adiar a solução de conflitos para um futuro incerto, sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes – o que, bastante obviamente, implica a manutenção intocada do estado de coisas (DANTAS, 2016, p. 88).

A função simbólica da Constituição brasileira de 1988 traz várias situações, os problemas enfrentados pelos cidadãos serão abordados no segundo capítulo. Há outros objetivos com a expedição de uma norma, como visto anteriormente, já que há a insuficiente concretização do texto Constitucional.

Na realidade da Constituição Brasileira de 1988 o simbolismo decorre da falta de “concretização normativo-jurídica do texto constitucional”, converte-se a culpa de uma forma generalizada para sociedade com o argumento de que esta é “desorganizada”, discrepante e acaba retirando desta forma a responsabilidade do Estado e descarregando-se para a sociedade. (FERRAZ, 1989 apud NEVES 1994, p. 161).

Acaba sendo transferida a concretização do texto para um futuro incerto e distante, o qual se torna irrealizável dentro do contexto em que se encontra, utilizando-se deste argumento. Diferencia-se, no entanto, de uma constituição programática sendo esta a promessa de uma realização futura da constituição

juntamente com a justiça social, uma constitucionalização simbólica diferencia-se por não ser realizável de acordo com o atual contexto jurídico-social, a qual é insuficiente de concretização do texto (FERRAZ, 1989 apud NEVES 1994, p. 161).

Quando emitidas e dispostas legislações simbólicas, sem qualquer relevância normativo-jurídica, decorre destas não somente o risco a elementos da sociedade, ou seja, compromete-se também, a sua realidade constitucional, ocorrendo a insuficiência normativa a partir da sua emissão, sendo que deveria concretizar-se a partir desta. Sendo assim, existe uma realidade que não é capaz de se amoldar ao texto normativo, constituindo apenas um papel ideológico, já que as necessidades e condições são completamente diversas das que já existem, sendo insuficiente a adequação de acordo com os problemas sociais atuais (RODRIGUES, 2011, p. 152).

Rodrigues ao fazer referência à função simbólica de uma Constituição, diz que em razão desta função acaba sendo comprometida a realidade constitucional, é colocada em risco a normatividade a partir da sua emissão, uma vez que esta é incapaz de ajustar-se a realidade e incapaz de resolver os problemas existentes.

Não se trata, portanto, de justificar a inexistência de eficácia normativa ou a própria debilidade da concretização normativa do texto constitucional pelas suas regras programáticas. Primeiro, porque a própria noção de programa depende, para se efetivar, de um feixe de condições materiais e possibilidades estruturais. Outro é o caso da constitucionalização simbólica: as regras programáticas, nesta conjuntura, não correspondem às tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional. Conseqüentemente, a realização do conteúdo programático de tais normas implicaria em modificação real da sociedade, o que não é desejado. Por conta das ingerências políticas e econômicas no campo jurídico, a ação dos agentes estatais é geralmente orientada no sentido oposto ao do aparente programa (RODRIGUES, 2011, p. 156).

O autor afirma também que o problema ocorre mais em países que estão em fase de desenvolvimento e que implicam em dois problemas sendo eles o da subintegração e o da sobreintegração.

De acordo com Rodrigues (2011, p. 158) o problema da constitucionalização simbólica tem significativa incidência em países em processo de desenvolvimento, atingindo o desenvolvimento econômico principalmente. Surge então, o problema da “subintegração” e o da “sobreintegração” os quais geram desigualdades sociais.

A subintegração consiste na dependência da maioria dos cidadãos dos sistemas jurídico, político e econômico e dos seus critérios para acesso a estes,

ocorre que há a impossibilidade de estabelecer vínculos as prestações materiais destes entes, justamente por haver requisitos para que seja possibilitado o acesso a eles e por conta desses critérios implica em assimetrias e exclusão (RODRIGUES, 2011, p. 158).

Por outro lado, a sobreintegração ocorre quando é possibilitado o acesso a direitos à uma pequena porcentagem da sociedade, a qual, não possui limitações para o acesso aos benefícios. Verifica-se, assim, que as disposições normativas dos textos são direcionadas a determinados interesses políticos camuflados, fazendo ampliar a relevância somente quanto ao vínculo entre a Constituição, as instituições públicas, órgãos estatais e seus agentes, quando deveria ser conduzido e direcionado a concretização dos direitos fundamentais (RODRIGUES, 2011, p. 158)

Esta função simbólica gera também a hipertrofia do sistema político sob o jurídico que, de acordo com Neto, desequilibra o poder político e o poder jurídico o que faz com que seja ampliada as desigualdades com a “periferização do centro”.

A hipertrofia do sistema político perante o jurídico gera o problema da “periferização do centro”, trata-se da relevância dada as desigualdades sociais e econômicas. Atualmente, ocorre um desequilíbrio entre o sistema político e jurídico, sendo que estes estão interligados. O sistema jurídico é limitado pela Constituição, já o sistema político é limitado pelo sistema jurídico, quando ocorre o desequilíbrio entre os dois poderes surge uma sociedade periférica (NETO, 2008, p. 189).

A periferização do centro gera a ampliação das desigualdades que por sua vez, enaltece a exclusão e problemas econômicos, isso porque a Constituição acaba perdendo a sua função normativa, ademais acaba servindo como mero instrumento para interesses particulares, o que a torna incapaz de se concretizar com as suas reais finalidades.

Percebe-se que os países periféricos possuem uma Constituição não normativa, tendo características instrumentalistas e nominalistas, porque servem como meio para a consecução de fins dos dominantes do poder, e porque, agora no caso das nominalistas, possuem em seu texto a garantia de determinados direitos que não se concretizam. Portanto, a Constituição se apresenta como simbólica como álibi (NETO, 2008, P. 190).

De acordo com (NETO, 2008, P. 190), quando há o desequilíbrio entre os dois sistemas, havendo a ausência da concretização constitucional das garantias

fundamentais, a limitação do sistema político e conseqüentemente a ampliação deste, surge então uma sociedade periférica.

Sendo assim, a periferização do centro que decorre da constitucionalização simbólica ocorre quando há um desequilíbrio entre o poder político e o jurídico, pois o jurídico é o principal limitador do poder político, dessa forma, quando há este desequilíbrio em consequência da constitucionalização simbólica o poder jurídico acaba perdendo o controle, o que faz com que seja afastada a normatividade da Constituição.

É importante destacar também como a constitucionalização simbólica implica na inefetividade dos direitos sociais a partir da irresponsabilidade por parte das autoridades com as suas devidas atribuições e competências, há a inércia destas e decorrente disto, vários problemas sem resolução que acabam chegando até o judiciário, como será abordado no terceiro capítulo.

Os direitos sociais previstos no texto constitucional dependem de uma conduta administrativa e política de extrema responsabilidade, seja por meio de criação de leis, por parte do legislativo, projetos, políticas públicas, implementação de órgãos por meio da atividade administrativa do Estado a fim de realizar a imediata eficácia dos direitos. De acordo com o artigo 6º da Constituição Federal:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal como garantias fundamentais tem a finalidade de atender as necessidades básicas dos indivíduos, surge, então, uma expectativa quanto a estes direitos que tratam-se do mínimo existencial de uma pessoa, direito a saúde, educação, moradia, alimentação, direito ao trabalho. Diante disso, tratando de elementos básicos para a existência, vê-se necessário o atendimento imediato a estas necessidades (FARIA, ITO & COSTA, 2016, p. 97).

De acordo com Dantas (2016, p. 89) o processo de concretização do texto constitucional se submete a uma desvalorização, implicando na ausência da relevância e atenção dos órgãos estatais, decorrente disto, ocorre uma frustração em razão da necessidade de concretização da Constituição referente à aplicação dentro do contexto em que se encontra socialmente e quanto aos procedimentos a

serem utilizados, desta forma, torna-se irrealizável de acordo com a realidade, surgindo a impossibilidade de adequação das normas quanto a possibilidade de inserção, sendo que “configura-se um clivagem entre o texto constitucional includente e uma realidade constitucional extremamente excludente”, isto é, o texto constitucional é supostamente inclusivo, porém, a aplicabilidade do texto é que enaltece as desigualdades com a sua realidade excludente.

Sendo assim, os direitos sociais disciplinados na Constituição são normas que deveriam ser realizadas através de políticas públicas, programas de governo, por meio do Poder Executivo e por meio do Poder legislativo. Ocorre que, em razão da Constitucionalização Simbólica, há a instituição de outros objetivos, os quais, como demonstrado anteriormente extraem de forma crucial o real papel de uma Constituição, ocasionado a supressão de direitos que como será visto no terceiro capítulo só serão concretizados por meio da judicialização.

De acordo com Caldeira (2010, p. 2044), há muitos problemas relacionados ao simbolismo. O problema da “má governança” que prejudica os direitos sociais e que decorre do mau uso do dinheiro público, a destinação incorreta deste possibilita a evidenciação das situações enfrentadas diariamente, decorrente disto, sem a necessidade de aprofundamentos é perceptível que qualquer indivíduo pode se deparar e se encontrar inserido em tal situação. A discricionariedade que deve ser aplicada diante das situações de conveniência e oportunidade acaba sendo aplicada sem a observância destes dois requisitos quando esta atribuição for cabível de aplicação, esta “atribuição” ao poder público vem sendo usada como artifícios para outras finalidades. Diante de uma necessidade para a concretização dos direitos constitucionais inerentes a aqueles que necessitam destes, o problema da má governança é que restringe a aplicação das garantias, as normas do texto Constitucional ditas como garantias fundamentais e com aplicabilidade imediata deixam a desejar quando necessitam de aplicação.

Estão previstos na Constituição no seu artigo 37, os princípios da Administração Pública, os quais referem-se às prestações positivas do Estado de forma assertiva a garantir a concretização dos direitos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Previstos constitucionalmente estes princípios, especialmente no que tange ao princípio da eficiência e legalidade seriam determinantes para a materialização dos direitos à saúde e educação, pois, se assim o fizesse a administração pública não haveriam os diversos problemas enfrentados atualmente em razão da inefetividade das normas constitucionais. O que deveriam possibilitar a concretização por meio de programas de governo, políticas públicas e principalmente se houvesse observância ao ordenamento jurídico leva ao judiciário para resolução.

Para a efetivação, é imprescindível o serviço público de qualidade prestado com a finalidade de atingir o interesse social, a atividade administrativa possui atribuições, competências específicas para que justifique a existência do estado, a atividade do estado depende das pessoas que necessitam do serviço público, e, assim sendo, as pessoas também dependem da atividade estatal com serviço público de qualidade de acordo com a competência e atribuição específica de cada autoridade. Portanto, depende da ação do estado por meio dos seus agentes e da atividade administrativa para atingir o princípio da eficiência (MORAIS, s.d p. 4).

Em decorrência da função simbólica de uma Constituição esta se torna um mero instrumento para que sejam atingidos determinados outros objetivos que extraem a finalidade de uma Constituição que, como visto ocasiona a supressão de direitos. Os poderes executivo e legislativo se tornam inertes quanto a sua atuação para que sejam materializados. No próximo capítulo serão tratados os principais problemas envolvendo o direito à saúde e educação que são as causas e consequências desta função simbólica já demonstrada.

2.2 A restrição à efetividade do direito à saúde e educação

Em decorrência de uma Constitucionalização simbólica há a inefetividade dos direitos disciplinados na Constituição, como exposto no primeiro capítulo, há um desvio de finalidade que retira o real papel de uma Constituição, sendo assim, surgem diversas situações que são as respostas e causas de uma constitucionalização simbólica.

Neste capítulo serão tratadas as principais situações envolvendo os direitos sociais à saúde e educação disciplinados no artigo 6º da Constituição Federal de

1988 que, por sua vez, são inefetivos. Serão analisados os problemas atuais e como se manifesta essa inefetividade por conta da inércia do Poder Executivo e Legislativo, os quais, por sua vez acabam deixando em segundo plano a eficácia de uma Constituição.

2.2.1 Ineficácia do direito à saúde decorrente do simbolismo constitucional

Para tratar do direito à saúde é importante destacar a sua distinção quando este estiver abrangendo a coletividade, bem como, o direito à saúde como direito individual. O que será tratado aqui será o direito à saúde como um direito coletivo o qual depende do Estado para materializar-se.

O conceito de direito à saúde compreendido como um direito individual “privilegia a liberdade”, trata-se de possibilitar o bem-estar e não permitir quaisquer restrições a partir da busca para concretizá-lo, bem como, por intermédio de normas compulsórias, como por exemplo, relacionadas à vacinação, o cuidado com o meio ambiente, cuidado com alimentos e situações relacionadas às condições de trabalho, e além disso, prevenções e tratamentos referindo-se ao direito a saúde como um direito individual. No que diz respeito ao direito a saúde como direito coletivo este depende do Estado para que seja assegurado à sociedade como um todo, devendo este dispor dos seus meios e instrumentos para concretizá-lo, dando preferência à coletividade (DALLARI, 1988 p. 59).

Para que seja concretizado o direito à saúde envolve além da tarefa de discipliná-lo na Constituição de forma a estruturar os poderes de forma estratégica, o comprometimento e responsabilidade de todos os envolvidos para que por intermédio de políticas governamentais, e principalmente por meio do Sistema Único de Saúde sejam disponibilizados medicamentos, tratamentos dentre outros meios.

Há uma grande dificuldade para se chegar à efetividade do direito à saúde, considerando os seus significados e a sua amplitude. Envolve a tarefa dos constituintes, o que corresponde a uma árdua tarefa. Essa atribuição aos constituintes exige a necessidade de delimitá-lo e discipliná-lo na Constituição de forma estratégica devendo organizar os poderes estatais e a sociedade para que seja assegurado. Além disso, depende do comprometimento de todos os profissionais envolvidos com a finalidade de materializar este direito, não sendo

suficiente somente a sua mera declaração, ou seja, a sua disposição em um documento sem comprometimento por parte de todos os responsáveis (DALLARI, 1988 p. 60).

De acordo com Leal (2016, p. 5) a partir do século XX a fim de realizar o bem estar, abrangendo além de prevenções de doenças ou agravos destas, e a possibilidade da estabilização do atendimento decorrente de complicações posteriores, surge a institucionalização do direito pela Organização Mundial da Saúde.

Desta forma, verifica-se que por ser um direito social depende exclusivamente de dispêndios financeiros do Estado, ou seja, dentro da reserva do possível, pressupõe-se que a capacidade do estado de arcar com os custos a fim de realizar o direito à saúde só existirá enquanto há disponibilidade de dinheiro nos cofres públicos. (LEAL, 2016, p. 5).

Além de estar presente no artigo 6º como um direito social, desta forma, sendo exigível do Estado a sua prestação positiva, o artigo 194 da Constituição trata da seguridade social sendo o direito à saúde abrangido por esta:

Artigo 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (BRASIL, 1988).

Previsto Constitucionalmente como um direito social no artigo 6º e também abrangido pela seguridade social, atribui ao Estado o dever de concretizá-lo seja por meio de políticas públicas, programas de governo cabendo ao Executivo, também ao legislativo por meio de leis, para que utilizem dos meios que dispõem para oferecer tratamentos, medicamentos, além da necessidade de ações para prevenir doenças e condições para que seja mantida a saúde.

O direito à saúde como um dever prestacional do Estado previsto na Constituição de 1988 e com o Sistema Único de Saúde abrange além das ações para prevenção de doenças a realização do bem estar dos indivíduos. O Sistema consiste em organizar e implementar hierarquicamente a rede atendendo à complexidades e particularidades presentes no meio social, tendo como parâmetro os princípios da universalidade, integralidade e equidade. Tratando-se o princípio da integralidade de proteção à saúde e bem estar, desta forma, sendo o princípio que exige o atendimento integral de todas as necessidades e além de prevenções,

recuperação, reabilitação para que seja materializado o direito (ALMEIDA, 2013, p. 2).

O Sistema Único de saúde tem a finalidade de atender às demandas de saúde pública do Brasil, sendo assim, Almeida diz que de forma estratégica o SUS deve se organizar observando os princípios da universalidade, integralidade e equidade nas prestações.

Ocorre que, esse sistema é dependente de produtos e serviços do mercado privado, isso porque, este último é mais organizado estrategicamente e porque os instrumentos próprios do Estado são incapazes de regular de forma efetiva o Sistema. Apesar dos melhores instrumentos oferecidos pelo mercado, o direito à saúde resta prejudicado, pois não se submete as regras constitucionais e não são utilizados como base os mesmos parâmetros como se fossem exclusivamente utilizados por meio de recursos públicos, ademais amplia as desigualdades, pois determinadas regiões possuem mais recursos, como será visto adiante.

Essa relação com o mercado impõe ao governo a necessidade de arcar com os custos dos serviços e produtos, o que amplia demasiadamente as desigualdades, pois se determinada região é mais “rica”, ou seja, possui mais recursos que outra haverá uma maior concentração desses serviços e produtos do mercado nesta região que faz com que sejam ampliadas ainda mais as assimetrias na sociedade.

Durante as duas primeiras décadas a Reforma Sanitária não foi capaz de transformar a realidade prévia em termos da estrutura de insumos e oferta, nem das características de organização dos serviços. Uma vez que a produção de medicamentos, equipamentos hospitalares e outros insumos é fundamentalmente realizada por empresas multinacionais, o governo tem sido incapaz de controlar tanto as condições de oferta quanto aos preços destes produtos. Como os leitos hospitalares para o SUS são predominantemente ofertados pelo setor privado contratado, a distribuição de hospitais e recursos humanos é altamente concentrada nas regiões urbanas mais ricas do país (FLEURY, OUVÉNEY, 2006, p. 80).

O Sistema Único de Saúde apesar de tratar-se de um sistema público, possui boa parte de seus recursos do sistema econômico demandado ao mercado privado, dependendo de insumos e serviços deste, isto em razão da política anteriormente estabelecida com o modelo médico-sanitário, que deu preferência a compra de produtos e serviços privados porque oferecem melhores tecnologias e estratégias (FLEURY, OUVÉNEY, 2006, p. 80).

Apesar das melhores tecnologias e a organização do mercado, a necessidade da relação do Sistema Único de Saúde com o mercado prejudica a saúde pública de

diversas formas, seja na integralidade da prestação, seja ampliando as desigualdades e exclusão, também é afetado pelo fato de que os princípios que regem o direito a saúde não são os mesmos daqueles estabelecidos na Constituição de 1988 nos quais a saúde é um fim público.

Quanto à integralidade da assistência, os desafios referem-se tanto à integração dos diversos serviços contratados pelo Estado no âmbito do SUS, quanto à hierarquização destes por níveis de complexidade, uma vez que a qualidade da provisão não depende única e exclusivamente do desenvolvimento isolado de cada unidade. A existência de diversos provedores contratados relacionados à uma política setorial específica, cada qual especializado em um aspecto da assistência, implica na insuficiência da garantia quanto à relação causal entre o desempenho individual dos provedores contratados e o resultado geral em termos de bem-estar dos cidadãos (FLEURY, 2006. P. 81).

Assim, se os produtos e serviços do Sistema Único de Saúde estão condicionados ao fornecimento pelo mercado privado, não possuem aqueles mesmos parâmetros e princípios daqueles previstos na Constituição de 1988 onde o direito a saúde é considerado um fim público (FLEURY, OUVÉRY, 2006, p. 81).

Diante do exposto, verifica-se que a busca de serviços e produtos no mercado para atender as necessidades da população gera desafios para a gestão do Sistema Único de Saúde, seja na prestação integral, seja no respeito à igualdade dos direitos relacionados à saúde pública. Os desafios acabam sendo ampliados quando há a necessidade de maior atenção às regiões com maior nível de complexidade tecnológicas. Trata-se das diferenças regionais onde há o direcionamento de maior quantidade de recursos às regiões com maior grau de urbanização as quais possuem mais recursos (FLEURY, OUVÉRY, 2006, p. 81).

Sendo assim, a capacidade do Estado de arcar com o Sistema Único de saúde fica condicionada à demanda ao mercado privado para o fornecimento de medicamentos e serviços e por conta disso acaba se submetendo aos interesses privados, os quais não possuem os mesmos fins. Isso ocorre porque a condução do Sistema Único de saúde por parte do Estado e seus próprios instrumentos é incapaz desenvolver mecanismos regulatórios efetivos, em razão disso o direito acaba sendo prejudicado. (FLEURY, OUVÉRY, 2006, p. 81).

Além desta relação com o mercado, há outros problemas para se chegar à efetividade, uma vez que cabe ao executivo nacional implementar e dirigir as políticas relacionadas à saúde, portanto o Ministério da Saúde deve realizar estas políticas atendendo a pontos estratégicos dentro das possibilidades e recursos,

ocorre que o excessivo direcionamento a determinados lugares ou regiões acaba por prejudicar o desenvolvimento quanto a política mais abrangente do sistema nacional.

A ação do Legislativo no período de implantação do SUS expressa, por um lado, uma agenda em total conformidade com as demandas do Executivo. O Legislativo nesses últimos vinte anos tem sido o principal vocalizador das políticas definidas pelo Ministério da Saúde, mesmo naquelas que, de alguma forma, se contrapõem aos princípios e garantias do direito à saúde. Noutra perspectiva, o Legislativo também expressa uma fragmentação acentuada, com um movimento predominante de atendimento a demandas legítimas, porém específicas de determinados grupos. Tais demandas ganham espaço e se transformam em leis pontuais à medida que as diretrizes da Constituição e da leis não se concretizam completamente. Por outro lado, geram contradições em relação a uma concepção mais abrangente e universal do direito (BAPTISTA, MACHADO E LIMA, 2009).

De acordo com Baptista, Machado e Lima (2009) observa-se que o Ministério da Saúde vem deixando de atuar prejudicando a universalidade e integralidade do direito a saúde.

Apesar de o direito a saúde estar positivado e definido como direito fundamental, não é concretizado, percebe-se então que atualmente não vem sendo devidamente efetivado pelos meios previstos, quais sejam, políticas públicas, sendo os principais instrumentos para que seja alcançado. Acaba sendo limitado, desta forma, o reconhecimento do direito e o acesso a todos de maneira igualitária o que vem desenvolvendo diversos problemas na sociedade (GRANADO, LUCION, 2016, p. 12).

As diversas situações que envolvem a inefetividade do direito à saúde referem-se à ausência de medicamentos, ausência de disponibilidade de tratamentos, precariedade dos hospitais com falta de vagas, insuficiência de recursos para contratação de profissionais para situações de emergência dentre outros problemas que causam a supressão desse direito.

Diferente dos direitos individuais, que implicam na abstenção ou ações por parte do Estado, o direito a saúde envolvido pelos direitos sociais necessitam de um dever de prestações e agir do Estado, de uma organização por parte deste buscando a realização de políticas públicas para que seja realizado. No entanto, é possível verificar que quando fala-se em direitos a ser concretizados, necessitando de uma tarefa imposta ao Estado e apesar de comportar “a mesma estrutura lógica-normativa das demais regras definidoras de direitos” encontram-se sem eficácia sem

a devido direcionamento e atenção por meio de ações estatais. (YARYD, 2009, p. 40).

Deste modo, não basta apenas ter como objetivo e a previsão de direitos em uma Constituição, é necessária a atuação responsável da administração pública:

Conclui-se, pois, que não basta cumprir a lei, simplesmente na friezta do seu texto. É preciso atendê-la na sua letra e no seu espírito, razão pela qual a administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente ao bem comum, supremo e único objetivo de toda a ação administrativa. (YARYD, 2009, p. 46).

O problema da saúde no Brasil é revestido pela ausência de implementação das políticas necessárias para se enfrentar as desigualdades e exclusões sociais presentes atualmente, o ideal seria dar preferência ao interesse público de um modo geral e organizar as estruturas dos serviços de saúde, o que não vem sendo feito (YARYD, 2009, p. 47).

A dificuldade para se chegar a materialização do direito surge de várias situações que por incapacidade do estado, irresponsabilidade e inércia da administração pública gera desigualdades e o atendimento parcial da prestação o que gera o desrespeito ao princípio da integralidade, por conta dessas limitações resta acesso ao judiciário, isto é, a necessidade de uma demanda judicial para materialização se torna a única solução.

2.2.2 Ineficácia do direito a educação decorrente do simbolismo constitucional

Bem com o direito à saúde, o direito à educação é um direito social que exige do Estado uma prestação positiva, isto é, o Estado deve agir para que seja concretizado, para isto, deve haver a atuação responsável deste, uma vez que a educação é determinante para o futuro profissional de qualquer cidadão e o desenvolvimento da sociedade.

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, lei nº 9. 394, de 20 de dezembro de 1996).

O direito a educação surgiu no ápice da segunda dimensão dos direitos fundamentais, o qual é abrangido pelos direitos sociais, tratando-se dos direitos civis

e políticos e abarcado pelo princípio da igualdade e liberdade. Refere-se aos direitos positivados os quais impõem ao Estado o seu dever prestacional exigindo deste a promoção do bem-estar social com a realização da Justiça social. O direito a educação então é encontrado no artigo 6º abrangido pelos direitos sociais (FERRARO, 2008, p. 276).

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

O processo educacional é imprescindível e determinante para o desenvolvimento do país, é o meio pelo qual reduz as desigualdades e as formas de exclusão, portanto, é evidente que cabe ao Estado mediante políticas públicas realizar programas e por em prática a fim de que seja efetivado (TERRA, TRINDADE e MASSIERER, 2014, p. 17).

Assim sendo, trata-se do meio pelo qual os indivíduos constroem o futuro profissional, é a base que sustenta toda e qualquer possibilidade de desenvolvimento de uma região, do país, cabendo ao Estado mediante a realização de políticas públicas e programas de governo atuar de forma responsável respeitando as leis e a Constituição para oferecimento do ensino de qualidade.

Além da necessidade de uma estrutura adequada para a efetivação do direito a educação, a partir da ideia de direitos humanos, tem-se o direito a educação de forma efetiva quando há a possibilidade de acesso às escolas sem qualquer discriminação e, no que diz respeito aos direitos humanos devem ser respeitados no decorrer do processo educacional tendo a educação como o meio para se alcançar os direitos fundamentais. Se atendidos estes aspectos referindo-se à materialização do direito, esta englobaria o ensino de qualidade com a implementação de políticas voltadas para educação e, quanto ao resultado obtido na qualidade no aprendizado de conteúdos aplicados e a sua relevância no meio social, no entanto, mesmo sendo observados todos os aspectos os quais elevam para a educação de qualidade, se não sobre o enfoque dos direitos humanos este não se realiza (XIMENES, 2014, p. 1040).

É preciso enxergar o direito à educação como condições que atendam aos direitos humanos, além da necessidade do estabelecimento de condições favoráveis para o ensino, ou seja, uma estrutura que seja capaz de oferecer ensino de

qualidade e a valorização deste, seria necessário valorizar ainda os profissionais envolvidos, e ter como base a qualidade do ensino efetivamente, e não somente avaliações por meio de métodos quantitativos o que refere-se a mais um problema da inefetividade do direito a educação como será abordado ao final do capítulo.

A conseqüência da inércia dos poderes, legislativo, executivo e judiciário, em se tratando de concretização das normas constitucionais gera muitos problemas, situações a serem resolvidas para que sejam garantidos os direitos. Um desses problemas está ligado ao direito à educação, considerando as irregularidades encontradas nas escolas públicas principalmente, professores desqualificados, mal remunerados e desvalorizados, falta de estrutura adequada, ausência de materiais didáticos nas bibliotecas, problemas em laboratórios de informática e a precariedade nos transportes escolares. O direito à educação é basilar para a estruturação de uma região, de um estado, do país, é determinante para o futuro, também que é dever do estado realizar programas de incentivo, ter como parâmetros o investimento nas escolas e a valorização dos professores com o dever de consolidar o direito fundamental à educação (BARUFFI, 2013).

Decorre da inércia dos poderes, a desvalorização dos profissionais envolvidos, bem como, ausência de infraestutura adequada para que seja possibilitado um ensino de qualidade. Outro fator relacionado à inefetividade refere-se à exclusão a partir da possibilidade de pagar por uma educação que ofereça qualidade do ensino, no entanto, o acesso só é possível à aqueles que tem recursos para adiquiri-la, como será visto adiante.

Com a abrangência e ampliação do acesso à educação atualmente, ampliou-se também a responsabilidade quanto aos educadores e a redução das responsabilidades quanto a outros agentes sociais, já que um professor deve apresentar e disponibilizar um ensino e aprendizagem de qualidade e deve ainda, trazer metodologias a fim de facilitar a o desenvolvimento da aprendizagem, deve atender as necessidades especiais aos alunos que necessitam e ainda desempenhar um papel psicológico, de orientador social, superando desafios com estratégias direcionadas à coletividade. Ocorre que, apesar do aumento de suas responsabilidades o professor continua tendo a mesma formação, capacitação, não alterando nada, o que não é capaz de atender as novas demandas do sistema educacional, já que a sua capacitação profissional não é ampliada, tornando assim mais complexa a realização das atividades educacionais e da aprendizagem,

considerando todas as dificuldades enfrentadas nas escolas. (ALMEIDA, 2004, p. 168).

Além da ausência da devida capacitação profissional dos professores, somado a isso, ainda há a insuficiência de recursos financeiros destinados à educação, com condições precárias para o ensino, ausência de infraestrutura adequada, gerando diversos problemas a ser enfrentados no contexto escolar. Quanto aos professores, estes devem conviver com a desvalorização social da sua profissão e um baixo nível salarial, além disso, a infraestrutura em situações precárias das escolas, ocasionando um prejuízo para o trabalho dos professores e o ensino dos alunos. Isso tudo gera a impossibilidade da realização por parte dos professores de um trabalho de qualidade prejudicando a aprendizagem e favorecendo o desapontamento e sentimento de fracasso dos educadores (ALMEIDA, 2004, p. 168).

Com a abrangência do sistema educacional ampliou-se também as responsabilidades dos profissionais, ocorre que apesar disso, a capacitação destes não é capaz de se amoldar às novas e maiores responsabilidades no ambiente educacional, o que ocasiona a redução da qualidade do ensino.

Todos esses fatores apontam a necessidade de se mudar radicalmente a escola, o que significa mudar as práticas dos professores. Várias iniciativas já foram implementadas e outras tantas estão em curso, acompanhando uma tendência reformista, que é internacional. Nesse processo também tem sido produzidos muitos estudos sobre as mudanças, focando os elementos responsáveis pelo sucesso ou pelo fracasso das mesmas. Muitos deles evidenciam que os professores jogam papel determinante no desenvolvimento e no êxito dessas transformações, pois são eles, em última instância, que decidem se querem mudar suas práticas ou não. (ALMEIDA, 2004, p. 169).

Dentre os diversos problemas relacionados ao direito à educação, outro deles refere-se à exclusão, à desigualdade já implementada, idealizada dentro da comunidade escolar. O ideal emancipador e igualitário que deveria estar presente nas escolas é reduzido e desvalorizado, as atividades escolares que deveriam produzir o significado do direito à educação acabam por confirmar as desigualdades sociais enaltecendo determinados valores de classes que possuem o poder político e econômico, ampliando ainda mais a exclusão e desvalorizando o real papel da educação que deveria consistir no acesso, permanência e na qualidade do ensino. (ARAUJO, 2011, p. 10).

Outra situação envolvendo o direito à educação consiste na ampliação da exclusão no processo educacional, isso ocorre porque a qualidade do ensino é reduzida.

Primeiramente pela dificuldade de acesso, quando não havia acesso à educação obrigatória para a maioria dos brasileiros; depois, quando houve a ampliação do acesso por volta dos anos 1970, pelos mecanismos que levavam à reprovação de grande contingente de alunos que superavam a barreira do ingresso na etapa obrigatória de escolarização e; atualmente, com a quase universalização da oferta da etapa obrigatória de escolarização, o direito à educação vem sendo mitigado com a baixa qualidade do ensino oferecido pelas escolas, que faz com que muitos alunos percorram todas as séries do ensino fundamental, mas não se apropriem do instrumental mínimo para o exercício da cidadania num contexto em que o letramento é condição mínima para inserção social. (ARAUJO, 2011, p. 10)

Por conta da baixa qualidade do ensino há também assimetrias neste processo, considerando que uma pequena parcela pode ter acesso a este ensino de qualidade, os quais podem adquiri-la, o que faz que o direito à educação se converta em uma mercadoria.

A crise do sistema educacional é um tema de maior preocupação em todo o mundo. A educação como bem público é o princípio que direciona as bases e os sentidos desta, trata-se do dever do Estado e o seu reconhecimento como um direito social, o que teria a finalidade de coibir qualquer reconhecimento do direito como uma mercadoria, a qual pode ser adquirida, não sendo acessível a todos, condicionada a possibilidade de “comprá-la”, somente para aqueles que se vêem inseridos dentro desta possibilidade. Em decorrência disso, seu papel democrático se torna falho, restringido o seu acesso, uma vez que um país como o Brasil possui uma pequena parcela da população com condições econômicas de arcar com os gastos direcionados à educação, sendo que a população de baixa teria condições de pagar por uma educação baixo nível. Diante disso, quando a finalidade deste direito passa a ser produto, deixa de ser direito, uma vez que a “educação-mercadoria tem compromisso com o lucro do empresário que a vende. A educação-bem público tem compromisso com a sociedade e a nação” (SOBRINHO, 2010, p. 1224).

Por conta desta exclusão ocorre a falha no processo educacional, uma vez que a exclusão desencadeia diversos problemas:

A exclusão educacional é um fenômeno que apresenta múltiplos problemas, que vão desde o analfabetismo, as evasões, a repetência, as carências econômicas e culturais familiares, os preconceitos, a falta de vagas, a

escassa formação de parte dos professores, as precárias condições de escolarização de muitos jovens, até a falta de perspectivas de futuros bons empregos. (SOBRINHO, 2010, p. 1230).

A sociedade escolhe então interesses e valores da população com uma melhor condição econômica, para que somente estes inseridos nesta condição representem e sejam referência para o restante. Diante disso as desigualdades e desequilíbrio social convertem-se em uma normalidade, “se definem os espaços naturais de cada um”. Como consequência disso, no decorrer da trajetória estudantil ocorre a “autoexclusão”, ou seja, surge a ideia de que não é anormal o contexto em que está inserido da exclusão e a desigualdade já produzida pela sociedade e pelo Estado. Absorvem a ideia de que não possuem pleno direito de acesso a educação, optam por frequentar cursos mais acessíveis, sem reconhecimento e desvalorizados, os quais embora de mais fácil acesso não garante empregos mais valorizados e salários melhores. (SOBRINHO, 2010, p. 1230).

Não diz respeito somente da precariedade nas informações quanto a uma vida universitária determinante para a formação e o futuro dos cidadãos e o seu profissionalismo e a precariedade do sistema educacional durante a formação destes, surge uma ideologia pautada na naturalidade da desigualdade educacional enrijecida, natural, sem contestações. A exclusão passa a fazer parte da sociedade e as desigualdades decorrentes da baixa qualidade do ensino e a autoexclusão. (SOBRINHO, 2010, p. 1230).

Um sistema educativo que reforça os preconceitos e amplia a marginalização social não pode ser de qualidade, do ponto de vista dos princípios de bem público e equidade. Uma sociedade que nega a oferta de educação de qualidade para todos é uma sociedade injusta e democraticamente pouco desenvolvida. A educação de qualidade pouco reservada a uma pequena elite pode interessar a alguns aspectos do mercado mais exigente e requer tecnologias de ponta e conhecimento de refinado desenvolvimento, mas não ajuda a promover a justiça social. (SOBRINHO, 2010, p. 1231).

O sistema educacional, em detrimento da vida dos estudantes, das escolas, dos professores está altamente prejudicada em razão das fragilidades e descomprometimento das políticas direcionadas à educação. Em razão disso causa “limites e desconfortos bastante fortes às ações dos que aí convivem” ocasionando uma crise interna e deslegitimando a finalidade da escola, explicitando as outras finalidades, como a desigualdade e exclusão da população rompendo as finalidades da esfera escolar (ALMEIDA, 2004, p. 166).

A restrição à efetividade do direito à educação é percebida ainda, na busca da qualidade da educação, a qual pode ter um papel controverso, uma vez que dentre os métodos para o alcance da qualidade, aqueles quantitativos de avaliação conferem a capacidade para a competitividade a qual não é determinante para o alcance da qualidade do ensino. Este método, na verdade, não busca qualidade, o processamento e o efetivo conhecimento adquirido, trata-se da busca por um resultado quantitativo somente, conferindo valor ao produto final e desvalorizando o contexto em que fora produzido, direcionado à ideologias políticas já produzidas e, objetivos já apresentados como metas já predispostas, conduzido previamente à uma determinada disposição econômica, sendo que a realização está condicionada ao âmbito de mercado. Uma vez que quem decide sobre os resultados trata-se de quem define as metas e objetivos, os sujeitos “avaliados” são os próprios objetos de concentração de resultados e avaliações com limitações quantitativas (AZEVEDO 2007, p. 8).

A avaliação quantitativa, tecnocrática, centrada na avaliação de produtos, ignora o processo, coisifica o conhecimento, quantifica, tem a pretensão de mensurá-lo, padronizá-lo, compará-lo em escalas competitivas. A averiguação do produto final identifica a centralidade dos problemas na gestão, induzindo a capacitação dos “incapazes”, o treinamento e o adestramento por meio de programas preestabelecidos, estandardizados, vinculados a determinadas competências e habilidades. A avaliação quantitativa articula-se a resultados com a lógica do treinamento, e como desconhece ou não valoriza a complexidade dos processos das ações educacionais, igualmente não percebe a atualização edu- estudos avançados 21 (60), 2007 cativa na sua dimensão de formação como elemento intrínseco à construção do conhecimento, para além do treinamento de habilidades. Nessa perspectiva, os maus resultados de uma avaliação são resolvidos com “choque de gestão”, capacitação e com mensuração periódica de resultados, assegurando também o controle da aplicação descentralizada de decisões políticas centralizadas. (AZEVEDO, 2007, p. 8).

Este método quantitativo de avaliação da qualidade da educação é disposto como uma forma democrática, ocorre que, acaba por converter um direito em mercadoria, retirando-se a responsabilidade do Estado sendo depositada na sociedade. Assim, se os resultados são negativos, são definidos somente como sinais da produção e desempenho do mercado, para que futuramente possam ser aprimorados então os métodos e técnicas referentes à eficiência destes, deturpando o conhecimento efetivo, uma vez que “treinam-se e capacitam-se os incapazes”. E novamente reinicia-se a busca por resultados pelo método quantitativo em

decorrência da não-aprendizagem, e a educação transforma-se em reprovação e abandono, adeptos à exclusão (AZEVEDO, 2007, p. 9).

A desvalorização dos profissionais envolvidos, a exclusão já implementada desde o início do processo educacional e a ausência da destinação de recursos suficientes para que seja garantido o ensino de qualidade é o que restringe a efetivação do direito à educação. Isso ocorre porque é posta em segundo plano a materialização do direito, há uma irrelevância e falta de comprometimento por parte do Estado, sendo assim, o meio pelo qual pode ser efetivado encontra-se na judicialização que será abordada no próximo capítulo.

2.3 A Judicialização como garantia do direito à saúde e educação

Neste capítulo será demonstrado o fenômeno da judicialização como garantia dos direitos sociais à saúde e educação, que, por sua vez se mostram ineficazes em decorrência da inércia de outras instâncias políticas quando não efetivados em consequência da constitucionalização simbólica, como já demonstrado no primeiro capítulo.

A judicialização ocorre quando acabam por ser transferidas ao poder judiciário as demandas sociais que deveriam ser resolvidas por outras instituições com as suas devidas atribuições e competências, as quais deveriam possibilitar inicialmente a resolução através do Poder Legislativo e Executivo, e a administração pública em geral (BARROSO, 2012, p. 3).

Este fenômeno decorre de várias causas podendo ser abrangidas inclusive pelo modelo institucional brasileiro implementado, sendo que as principais causas referem-se à redemocratização do país o que foi mais intensificado com a Constituição de 1988, a constitucionalização abrangente ampliando as matérias abrangidas pela Constituição e também ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que é realizado pela via incidental e direta, as quais serão analisadas adiante (BARROSO, 2012, p. 3).

De acordo com Barroso (2012, p. 3) a redemocratização do país a partir da promulgação da constituição de 1988 fortaleceu o Poder Judiciário, isso porque, o Judiciário ganhou o conceito de um poder político e a atribuição de garantir a realização da constituição e das leis, podendo ainda divergir de outros poderes a fim

de fazer valer estas. Ademais, com a redemocratização houve um fortalecimento da cidadania e a convicção dos cidadãos para a busca por direitos e justiça na sociedade brasileira por intermédio do Poder Judiciário. O Ministério Público também passou a ter maior relevância, deixando de limitar-se à apenas a esfera penal e abrangendo as demais áreas, a Defensoria Pública também ampliou-se e ganhou maior relevância.

Diante do exposto, é possível identificar que a redemocratização do país a partir da constituição de 1988 contribuiu para a instituição da judicialização, principalmente em razão do fortalecimento do Poder Judiciário na busca de concretização dos direitos, sendo assim, é importante destacar as demais causas abordadas pelo autor que contribuíram concomitantemente para a judicialização.

A outra causa para a ocorrência do fenômeno da judicialização é o da constituição abrangente, uma vez que esta tornou-se mais abrangente, ampliando e incluindo matérias que anteriormente não estavam inseridas, a ampliação das matérias foi mais intensificada com a constituição de 1988. Pressupõe-se que, esta abrangência envolvendo “um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público” é inserido e disciplinado na Constituição, e que, com isso surge também a possibilidade da concretização por terem sido transformados em uma pretensão jurídica, convertendo-se uma norma jurídica e assim, podendo ser requerida por meio de uma ação judicial (BARROSO, 2012, p. 3).

Além da redemocratização do país com a Constituição de 1988, e com o sistema de controle de constitucionalidade, houve também a ampliação das matérias disciplinas na Constituição, as quais anteriormente não possuíam o status de norma jurídica, as quais consistiam em um determinado fim público e a partir da constituição abrangente estas tornaram normas jurídicas podendo ser demandas judicialmente, como por exemplo:

Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2012 p. 4).

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade também foi um dos motivos determinantes para a ocorrência do fenômeno da judicialização. O controle de constitucionalidade é realizado quando uma lei ou ato normativo viola norma constitucional, e se declarada a inconstitucionalidade deve deixar de ser aplicada. O

controle pode ser realizado pela via incidental por intermédio de qualquer juiz ou tribunal quando este deparar-se com a inconstitucionalidade de uma lei, o qual segue o modelo americano de controle, ou ainda pela via principal quando há ações diretas interpostas no Supremo Tribunal Federal diretamente, este modelo de ação direta foi inspirado no modelo europeu de controle (BARROSO, 2012, p. 4).

Sendo assim, em razão da abrangência das possibilidades de realização do controle de constitucionalidade especialmente pelo rol do artigo 103 da Constituição que prevê os legitimados a propor uma ação a fim de que seja decidido pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade também contribuiu para o aumento das demandas judiciais ocasionando a judicialização.

Pretende-se, com o exposto primeiramente demonstrar as causas que permitem o fenômeno da judicialização. Outro importante fator sobre o tema é o de ressaltar a diferença entre a judicialização e o ativismo judicial, visto que este último ocorre de uma forma mais proativa, podendo ser conceituado como uma intervenção, e a judicialização ocorre de maneira naturalizada, pois trata-se do único meio quando os demais instrumentos se mostram ineficazes, sendo cabível ao judiciário encontrar a resolução, sendo assim:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 6).

De acordo com o autor verifica-se, que, portanto, o ativismo judicial diferencia-se da judicialização, uma vez que esta última não tem uma postura muito ativista, não há uma interferência antecipada e intensificada do judiciário em relação às políticas públicas e atribuições a serem realizadas pelos outros poderes. Já o ativismo judicial busca de uma forma mais intensificada e proativa a concretização das normas constitucionais, há uma interferência e “alastramento” do judiciário sob o Poder Executivo e Legislativo:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 6)

Para o enfrentamento do tema da judicialização como garantia dos direitos sociais à saúde e educação é imprescindível demonstrar as principais causas e principalmente que o fenômeno não pode ser confundido com o ativismo judicial o que foi abordado anteriormente, superado isso, será verificado como o direito a saúde e educação são efetivados por meio da judicialização, já que este é o último instrumento para garantia dos direitos sociais, para que não ocorra a supressão dos direitos. Preliminarmente, serão analisadas duas teorias que abrangem o acesso ao judiciário propostas por Souza e Gomes, tratando inicialmente do direito a saúde e a relação com o judiciário a partir da necessidade de propor uma ação e uma breve discussão acerca da necessidade de não prejudicar a coletividade quando for cabível ao judiciário decidir.

2.3.1 A Judicialização do direito à saúde

O direito a saúde como dever do Estado encontra-se disciplinado no artigo 196 da Constituição federal, que impõe o dever ao Estado de garantir e promover este, sendo um direito de todos. O que será demonstrado é que, apesar de estar disciplinado na Constituição para que o Estado realize por meio de políticas públicas, sociais e econômicas, não o é, sendo necessário a busca no judiciário a fim de evitar a supressão desse direito.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

De acordo com Freitas e Vecchia (2010, p. 2) o direito à saúde tutelado pela Constituição Federal no seu artigo 196 representa dois sentidos de acordo com a possibilidade de concretização destes, sendo eles, a imposição ao Estado e também

a sociedade para que estes se contenham a fim de não realizar qualquer ato que prejudique ou limite este direito, ou seja, deve haver uma abstenção. Por outro lado, há também a imposição ao estado no seu dever prestacional, o qual deve ocupar-se de conservar, recuperar e promover o direito à saúde. O que ocorre é uma situação de descumprimento desse mandamento Constitucional, especialmente no que tange ao direito a saúde, há um abandono por parte do Estado e até mesmo a recusa para efetivação.

De acordo com as autoras o direito a saúde além de estar expresso na Constituição como um direito de todos, deve ser realizado atendendo-se aos critérios de abstenção e ação, havendo a abstenção do estado e qualquer indivíduo a fim de não colocar em risco a saúde, e por meio da ação e o dever prestacional do Estado garantir de forma impositiva se necessário com instrumentos capazes de recuperar a saúde, promover e conservar.

Em consequência do descomprometimento por parte do Estado é que chega ao Poder Judiciário a necessidade de uma imposição de disponibilidade de um medicamento ou tratamento por intermédio de uma decisão judicial, e assim cabe a este decidir a fim de não suprimir o direito a saúde. A partir da inércia do Estado em garantir, o Judiciário torna-se o único e último materializador do que está previsto como uma garantia na Constituição. Assim, por meio desta decisão deve o judiciário cautelosamente deliberar atendendo-se aos critérios de igualdade, de forma que não prejudique a coletividade, como será visto adiante.

Para Souza e Gomes (2019, p. 220) o direito a saúde é um direito que compreende não somente a individualidade, mas, mas refere-se a um direito coletivo apesar da possibilidade de demandá-lo individualmente através do Poder Judiciário, ademais, o direito a saúde deve ser reconhecido como “saúde-doença”, uma vez que a busca por este é direcionada ao alcance e realização da saúde, já que está garantido na Constituição, e, portanto sendo um dever do Estado. Considerando que o direito à saúde não compreende somente a individualidade serão analisadas duas teorias a fim de explicar a necessidade de explicar as mesmas.

As duas teorias abordadas adiante referem-se a teoria do “poder subjetivo” para a garantia da saúde que trata-se da imposição ao judiciário de decisão para que seja realizada a prestação, já a segunda teoria que refere-se a teoria do “justo subjetivo”, a qual refere-se à observância e relevância da igualdade quando a

prestação deve envolver todos de forma isonômica. Os autores apontam a necessidade repensar a judicialização de forma a não prejudicar a coletividade.

O direito à saúde como poder subjetivo, seja para a busca individual ou coletiva, através do judiciário, significa que a vontade do demandante deverá ser realizada de forma compulsória, por meio do acesso à jurisdição como está previsto na Constituição no artigo 5º, inciso XXXV, com o exercício do direito de ação, isto é, caberá ao judiciário de uma forma “subsidiária” e necessária e observando-se o acesso a jurisdição garantir (SOUZA e GOMES, 2019, p. 222).

Dessa forma, surge a imposição ao judiciário de garantir o direito material subjetivo, de acordo com a expectativa do titular do direito pleiteado, seja individual ou coletivo o qual pode abranger tanto um medicamento, terapia, e demais demandas relacionadas à saúde. Portanto corroborando com a ideia do autor, verifica-se que a prestação do direito material subjetivo deverá ser realizado a partir da propositura de uma ação, para tanto a teoria do poder subjetivo contribui para o entendimento da relação entre a judicialização e a efetivação dos direitos uma vez que surge a imposição ao judiciário de decidir sobre a efetivação e, em decorrência a prestação material (SOUZA E GOMES, 2019, p. 222).

A outra teoria refere-se ao “justo subjetivo”, a qual pressupõe a necessidade de garantir a igualdade quando houver a prestação relacionada ao direito à saúde, seria uma forma de reconhecer a condição de humanidade sem quaisquer distinções, de modo a não prejudicar a coletividade com o direcionamento dos recursos a determinada pessoa de forma individual. É uma forma de garantir sem que para isso seja necessário retirar-se a prestação material que comprometeria os recursos para outras pessoas (SOUZA E GOMES, 2019, p. 223).

As duas teorias abordadas pelos autores demonstram a judicialização a partir da necessidade de uma demanda judicial para alcançar a prestação material do direito à saúde, a teoria do poder subjetivo trata desta prestação como ocorre no fenômeno da judicialização, que é a imposição ao Estado de dispêndios para a materializar o direito, a do justo subjetivo como o nome já revela pressupõe que o Estado deve garantir o direito com as devidas cautelas, de forma justa, isto é, sem exacerbações e de forma estratégica para não prejudicar a coletividade, pois, ao decidir sobre a disponibilidade de um medicamento, tratamento, entre outros, há somente a prestação destinada ao demandante sem destinar a coletividade.

Nessa ótica jurídica tendo como fundamento o justo, manifesta-se a posição mais acertada, onde o direito à saúde é apresentado como justo subjetivo, deferido a um ser em uma relação de igualdade para com os demais integrantes da coletividade em uma correlação entre o bem individual e o coletivo, entre o ser individual e a coletividade, baseada não na exclusão de um em face do outro, mas sim de simbiose onde há os aspectos, o individual e o coletivo. (SOUZA e GOMES)

Apesar da exposição de críticas por parte de alguns autores à judicialização, esta serve como único instrumento para que o direito a saúde seja alcançado quando, como já exposto, não tem a atenção dos outros entes políticos, dessa forma, serve para que não ocorra a supressão de direitos, e quando houver a necessidade da demanda pela via judicial deve ser respeitada a coletividade de forma que não seja destinado a mais para alguns e a menos para outros, sendo o justo subjetivo. Assim, busca-se de forma eficaz a efetivação e sem prejuízos aos demais indivíduos, já que não há outra forma, o judiciário não pode deixar de fazer o que lhe cabe.

2.3.2 A Judicialização do direito à educação

Assim como no direito à saúde no direito a educação, pressupõe-se que este pode ser efetivado por meio da judicialização, como visto no primeiro capítulo a finalidade do processo educacional acaba sendo retirado e as instituições com atribuições para disponibilizar este processo educacional ficam inertes, portanto, resta ao judiciário a resolução das demandas relacionadas à educação e cabendo a este decidir a fim de que seja concretizado.

Neste sentido, o artigo 205 da Constituição Federal determina que é dever do Estado, bem como da família visando o preparo dos cidadãos para o exercício de profissões e o exercício do seu papel como cidadão.

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 (BRASIL, 1988).

A judicialização da educação significa que é por intermédio do Poder Judiciário que será garantido o direito à educação, o qual, por sua vez substitui o Poder Executivo, seja ao decidir pela realização de matrículas, contratação de professores, criação de vagas dentre outras formas de garantia. Apesar da

necessidade de uma demanda judicial, é possível enxergar o lado benéfico da judicialização, pois é o meio pelo qual será evitada a supressão dos direitos, considerando a irrelevância dada a efetividade de direitos atualmente (OLIVEIRA, TEIXEIRA, 2018, p. 197).

Apesar desta necessidade e responsabilização do judiciário como último instrumento, já que o seu papel é subsidiário em relação à concretização de direitos, é o último meio para que haja a efetividade, sendo assim, é possível enxergar a judicialização como um auxílio à materialização de direitos, pois apesar de muitas vezes o judiciário não possuir conhecimento sobre determinados assuntos como aqueles que possuem, contribui para que seja evitada a inefetividade.

Desta forma, a partir de 1988, o Poder Judiciário passou a ter mais funções significativas na efetivação desse direito, inaugurou-se no Poder Judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou através de ações judiciais visando a sua garantia e efetividade. Pode-se designar este fenômeno como a JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito até mesmo para se cumprir as funções Constitucionais do Ministério Público e outras instituições legitimadas (CURY, FERREIRA, p. 3).

Ao delimitar o direito à educação como dever do Estado, a Constituição prevê os seus meios e obrigatoriedade do Estado de atuações a fim de efetivar, tais obrigações estão previstas no artigo 208 da Constituição de 1988. (CURY, FERREIRA, p.7).

Sendo assim:

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; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola (BRASIL, 1988).

Assim sendo, se tais obrigações não são cumpridas por intermédio do Poder Executivo, as quais por sua vez, previstas na Constituição e tem eficácia plena, isto é, aplicabilidade imediata, será necessário uma demanda judicial com a finalidade de responsabilização do poder público. (CURY, FERREIRA, p.7).

De acordo com Cury e Ferreira (ano, p. 24) dentre todos os diversos entraves para se chegar à efetivação do direito à educação o principal deles está ligado à qualidade do ensino, uma vez que é base para o desenvolvimento e preparação para o futuro e qualificação profissional. Trata-se do pelo qual é possibilitado o exercício da cidadania, ademais, uma pessoa que não obteve um ensino de qualidade durante o ensino fundamental sem o desenvolvimento e conhecimento adequado acerca das disciplinas, bem como a ler e a escrever não está preparado para deparar-se com uma plena qualificação e preparação para o trabalho. (CURY, FERREIRA, p. 24).

A qualidade do ensino é o que determina a possibilidade de desenvolvimento do país ou de determinada região, ademais, é o que torna possível a qualidade do profissionalismo e comprometimento com o trabalho.

De acordo com Remedio e Filho (2017, p. 145), não é competência do judiciário a instituição de políticas a fim de efetivar os direitos fundamentais, especialmente no que tange ao direito à educação, pois é uma tarefa atribuída ao executivo, porém, ao se deparar com o descumprimento da função do executivo e legislativo estabelecida na Constituição, ao judiciário cabe excepcionalmente impor medidas a fim de efetivar os direitos fundamentais.

Diante disso, não há óbices a atuação do Judiciário para que este compulsoriamente implemente as políticas necessárias a concretização dos direitos fundamentais:

Com isso, não há que se falar em indevida interferência do Poder Judiciário em outros poderes. Na verdade, o Poder Executivo, que deveria implementar as políticas públicas, ao se manter omissos, justifica a intervenção do judiciário para que não torne inócuo o direito à educação previsto constitucionalmente. Dessa forma, a omissão da Administração Pública viola a Constituição Federal e, por conseguinte, cabe ao Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais, inclusive o direito à educação (REMEDIO, FILHO, ano, p. 145).

Por fim, é possível identificar que a judicialização do direito à saúde e educação diante da inércia dos outros poderes se torna a solução das situações de inefetividade que decorrem de uma Constitucionalização simbólica, apesar de alguns

autores criticarem o fenômeno em razão da separação dos poderes, não pode haver a irrelevância e restrição o judiciário a fazer o que lhe cabe de forma a evitar a supressão do direito à saúde e educação. O Judiciário se torna o último e único meio para materialização dos direitos sociais à saúde e educação, cabe a este respeitar a Constituição e as leis como instrumento de materialização dos mandamentos constitucionais.

3 MÉTODO

O método consiste no trabalho realizado com uma finalidade a ser atingida, desta forma, trata-se de “procedimentos intelectuais e técnicos adotados para se atingir o conhecimento” (GIL, 2008).

Para a realização deste trabalho foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica, com base na revisão da bibliografia encontrada em artigos científicos publicados em periódicos online, bem como consultas às legislações, sobretudo as que tangem a Constituição Federal e ao simbolismo das normas, buscando demonstrar os motivos, os problemas atuais decorrentes e para finalizar possíveis soluções para efetivar o texto Constitucional.

De acordo com Gil (2008), o desenvolvimento da pesquisa bibliográfica tem como base a utilização de material já elaborado. De acordo com Pizzani et. al. (2012) a pesquisa bibliográfica assume papel de grande importância no aprendizado, impulsionando avanços e descobertas nos diferentes campos do conhecimento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de constitucionalização de uma Constituição acaba objetivando outras finalidades, tornando assim, ausente a materialização do direitos à saúde e educação, há um desvio da finalidade de uma Constituição e decorrente disto a inefetividade de suas normas ocasionando problemas na sociedade. Sendo assim, a confirmação de um valor social, o retardamento de compromissos, entre outras interesses e causas tiram a finalidade de uma Constituição que faz com que a atuação das instâncias políticas e administração pública em geral acabe deixando em segundo plano a efetividade e ficando inerte frente à necessidade de concretização dos direitos previstos na Constituição.

Decorrente desses interesses particulares surgem várias situações relacionadas à inefetividade, dentre estas a exclusão, desigualdades e assimetrias na prestação dos direitos, uma vez que cabe ao Estado mediante atuação responsável por meio do Sistema Único de saúde materializar o direito à saúde, bem como disponibilizar condições necessárias para que haja uma educação de qualidade.

Sendo assim, por serem atendidas parcialmente as situações relacionadas às prestações materiais, demandas judiciais se tornam a único e último meio para que não sejam suprimidos os direitos, seja, possibilitando o acesso a medicamentos, tratamentos de saúde, seja para oferecer condições necessárias e dignas a fim de alcançar uma educação de qualidade e assim, possibilitar o desenvolvimento do país ou de uma região.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Izabel de. Docentes para uma educação de qualidade: uma questão de desenvolvimento profissional. **Educar em Revista**. Vol. 20, n. 24, p. 165-176, dex. 2014. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/educar/article/view/2213>> Acesso em: 26 set. 2019

ARAUJO, Gilda Cardoso de. Estado, política educacional e direito à educação no Brasil: "o problema maior é o de estudar". **Educ. rev.**, Curitiba, n. 39, p. 279-292, Apr. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602011000100018> Acesso em 27 Set 2019.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. **Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasi**: um balanço da atuação dos Poderes. 2009. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/csc/2009.v14n3/829-839/>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BARROS, Ana Lúcia da Costa. **A efetivação do controle judicial sobre os direitos sociais prestacionais**. 2015. Monografia (Especialização) – Curso de pós-graduação *lato sensu*, Escola de magistratura, Rio de Janeiro, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.

BARUFFI, Helder. **O direito à educação e eficácia**: Um olhar sobre a positivação e inovação constitucional. In: Revista Jurídica Unigram, vol. 12, nº 23, Mato Grosso do Sul: Unigram, 2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em 23 jun. 2018.

CALDEIRA, Ana Paula Cazona. **Má governança como estorvo à realização das promessas da modernidade**. In: XIX Encontro Nacional do CONDEPI. 2010. Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONDEPI. Fortaleza: IndexaDireito, 2010. 2044 a 2053.

DALLARI, Sueli Gandolf. O direito a saúde. **Revista de saúde Pública**, São Paulo. v 22, n. 10, 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008>. Acesso em: 02 jul. 2019.

DANTAS, Maria Eduarda Borba. **Constitucionalismo periférico e teoria dos sistemas sociais: Por uma interpretação pós-colonial da tese da constitucionalização simbólica.** 2016. Dissertação - Mestrado em Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/21033>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

FARIA, Daniela Lopes de; ITO, Christian Norimitsu; COSTA, Inês Moreira da. **Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional,** v. 6, p. 96 – 113, jan- jul. 2016. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3780>> 21 abr 2019.

FERRARO, Alceu Ravello. **Direito à Educação no Brasil e dívida educacional: e se o povo cobrasse?** São Paulo, v.34, n.2, p. 273-289, maio/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ep/v34n2/05.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

FLEURY, Sonia; OUVÉNEY, Assis. O sistema único de saúde brasileiro: Desafios da gestão em rede. **Rev. Portuguesa e Brasileira de Gestão**, Lisboa, v. 11, n. 2-3, p. 74-83, 2012. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-44642012000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** São Paulo: editora atlas S.A, 2008.

GRANDO, Juliana Bedin, LUCION, Maria Cristina Schneider. o direito fundamental à saúde e (des)respeito dos planos de saúde. **Revista Direito em debate.** v. 25, p. 3-22, n. 46, jul/dez. 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5410>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

SOUZA, Julio César de, GOMES, Magno Federici. A judicialização na saúde e a fronteira entre o individual e o coletivo: **considerações sobre o acesso ao sistema único de saúde sustentável.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, V. 24, n. 1, 2019. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1227>> Acesso em: 25 out. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional.** Belo Horizonte, n. 25, p. 1-256, jul/set, 2006. Disponível em:

<<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/424>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19 ed. Saraiva, 2015.

LUNA, Ana Cláudia Vergamini. **Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas limites e possibilidades**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Curso Mestrado em Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

MACIEL, Carolina Fernanda Budoia et. al. **Judicialização da Saúde: um ensaio sobre o cenário atual**. In XVII safety, Health and Environment World Congress. 2017. Portugal. XVII safety, Health and Environment World Congress. Portugal. 2017. 91 a 94.

MASTRODI, Josué; ROSMANINHO, Mariane Dantas. **O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 113-134. Julho/dezembro. 2013. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/317/333>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MORAIS, Janaina Jacolina. **Princípio da Eficiência na Administração Pública**. Disponível em < http://www.eduvaleavare.com.br/ethosjus/revista3/pdf/principio_eficiencia.pdf>. Acesso em: 27 jun 2018.

NETO, Manoel César de Alencar. **A constitucionalização simbólica: A Periferização do centro e o Estado de exceção como paradigma de Governo**. Revista Direito e Liberdade. Natal, v. 9, n. 2, p. 175 – 194 – jul/dez 2008. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/59142>>. Acesso em: 31 ago 2019.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: editora acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Rafaela Reis Azevedo de; TEIXEIRA, Beatriz de Basto. **Judicialização da educação: regime de colaboração e rede de proteção social da criança e do adolescente**. **Soc. estado.**, Brasília, v. 34, n. 1, p. 185-209, Jan. 2019. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922019000100185&lng=en&nrm=iso > Acesso em: 25 Out. 2019.

REMEDIO, José Antonio, MORAES FILHO, Eduardo Roberto Antonelli de. Judicialização das políticas públicas educacionais relativas ao ensino básico obrigatório. **Revista Thesis Juris**, 7, apr. 2018. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/135>>. Acesso em: 25 Out. 2019..

RODRIGUES, Athanis Molas. **O Direito Alternativo: A realidade Constitucional Brasileira e o processo de Constitucionalização Simbólica**. Revista do núcleo de estudos de Direito Alternativo. v.1, n. 1, p. 132-161, agosto 2011. Disponível em <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/293>>. Acesso em: 31 ago 2019.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais**. Espaço jurídico, Joçaba. v. 7, n. 2, p. 147 – 164, jul/dez. 2006. Disponível em <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/8793/4831>> . Acesso em: 26 jun. 2018.

SOBRADO DE FREITAS, Riva; DALLA VECCHIA, Felipe. Estado Democrático de Direito: Aspectos Constitucionais da Judicialização da saúde e Princípio da igualdade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 5, n. 1, abr. 2010. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7046>>. Acesso em: 25 out. 2019.

DIAS SOBRINHO, José. Democratização, qualidade e crise da educação superior: **faces da exclusão e limites da inclusão**. Educ. Soc. Campinas, v. 31, n. 113, p. 1223-1245, Dec. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302010000400010&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em 26 set. 2019.

TERRA, Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos; TRINDADE, Francine; MASSIERER, Mateus. **A (in)efetividade das políticas públicas educacionais no atual estado democrático de direito**: In: seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea VII mostra de trabalhos jurídicos científicos. 2014. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11852>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

XIMENES, Salomão Barros. **O conteúdo jurídico do princípio constitucional da garantia de padrão de qualidade do ensino**: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. v. 35, n. 129, p. 1027-1051, out/dez, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v35n129/0101-7330-es-35-129-01027.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

YARYD, Anna Trotta. **Algumas reflexões sobre as políticas de saúde no Brasil:** In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 38-48. ISBN 978-85-7982-013-7. 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-04.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.