

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: CONCEITOS, LIMITES E GARANTIAS

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO EDUCATION: CONCEPTS, LIMITS AND GARANTEES

Ana Elisabeth Bastos de Miranda

Doutora em Educação (Universidade de Harvard, EUA); professora do Departamento de Estudos Especializados e do Programa de Pós-graduação em Educação na FACED-UFC; graduada em Direito.

Resumo

Este artigo analisa a constitucionalização do direito à educação, considerando alguns dos seus conceitos, limites e garantias fundamentais. A análise contempla os seguintes aspectos: 1. Conceituação do direito à educação como direito fundamental social e como direito subjetivo negativo e positivo; 2. Discussão sobre os limites fáticos (orçamentários) impostos sobre o direito à educação pela reserva do possível; e 3. Apresentação da garantias materiais do direito à educação definidas por um "mínimo existencial", intangível, direta e imediatamente exigível judicialmente, versus um "núcleo essencial" mais ampliado desse direito.

Palavras-chave: Constitucionalização; Direito à Educação; Limites e Garantias.

Abstract

This paper analyzes the constitutionalization of the right to education, considering some of its fundamental concepts, limits and guarantees. The analysis contemplates the following aspects: 1. Conceptualization of the right to education as a fundamental social right and as a negative and positive subjective right; 2. Discussion about the factual (budgetary) limits imposed on the right of education by the possible reserve; and 3. Presentation of the material guarantees of the right to education defined by the "existential minimum", intangible, directly and immediately demandable juridically, versus a more amplified "essential nucleus" of this right.

Key-words: Constitutionalization; Right to Education; Limits and Guarantees.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 surge no contexto da redemocratização e da reconstitucionalização do país, realizadas sob a égide do neoconstitucionalismo gestado na Europa do pós-2ª guerra mundial e comprometido com a concretização dos direitos fundamentais. Essa Constituição nasce assim com o objetivo de implementar no país um sistema efetivo de garantias de direitos fundamentais, particularmente de direitos fundamentais sociais, em contraposição às promessas políticas vagas das Constituições anteriores. Entretanto, contrariamente ao pretendido no plano formal, essa efetividade não se concretizou imediatamente, particularmente para os direitos fundamentais sociais, que requerem prestações positivas por parte do Estado. É no contexto da "crise de efetividade" dessas garantias constitucionais que se desenvolve o movimento de constitucionalização crescente do Direito no Brasil, caracterizado pela "irradiação dos valores constitucionais para todo o sistema jurídico".¹ Tal constitucionalização visa dar efetividade (eficácia social) ao sistema de garantias constitucionais dos direitos fundamentais sociais. A discussão sobre a repercussão dessa constitucionalização sobre o direito à educação merece destaque particular dada a baixa efetividade das normas que disciplinam esse direito, evidenciada pela ausência de investimentos e incentivos educacionais adequados para assegurar a universalização do acesso a uma educação de qualidade.

Analisando as Constituições Federais anteriores à Constituição de 1988, observa-se que a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário para todos só foi introduzida pela Constituição de 1934. A gratuidade indiscriminada naquela Constituição sofreu restrição na Constituição de 1937, atingindo apenas aqueles que comprovassem insuficiência financeira e estendendo-se para os outros graus de ensino. Essas restrições foram incorporadas pelas Constituições de 46 e de 67/69. A partir da Constituição de 1934, o direito à educação surge como dever do Estado, mas sempre de forma subsidiária em relação à família e à sociedade; somente com a Constituição de 67/69, o direito à educação constitui-se realmente como dever do Estado. A partir da Constituição de 1934, o direito ao ensino primário integral torna-se gratuito e obrigatório, adquirindo status de direito público subjetivo, mas nenhuma das Constituições anteriores à Constituição de 1988 estabelece instrumentos garantidores da efetivação desse direito.² A Constituição de 1988 é a primeira a definir uma normatização ampla do direito à educação, estabelecendo que esse di-

reito é, prioritariamente, um dever do Estado e, apenas subsidiariamente, um dever também da família e da sociedade, conforme prescreve o artigo 205: *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* Além de estabelecer a educação como um direito de todos, atribuindo ao ensino fundamental o status de direito público subjetivo, inova ao estabelecer também garantias para a sua efetivação.

Direito à educação: direito fundamental social

A Constituição de 1988 estabelece, explicitamente no art. 6º, que o direito à educação é o primeiro dos direitos fundamentais sociais. Diferentemente dos direitos fundamentais civis e políticos (direitos de liberdade), que requerem apenas prestações negativas do Estado e não dependem de regulamentação legislativa adicional, os direitos fundamentais sociais (direitos de igualdade) requerem prestações positivas do Estado e, geralmente, dependem de regulamentação legislativa adicional. Segundo a lição de Bobbio, comentando a falta de efetividade das normas de direitos fundamentais sociais:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver [...]: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos *de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto,* com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. [...] O campo dos direitos do homem [...] aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma

vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem e permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o "programa" é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de "direito"?³

A efetividade do direito à educação encontra obstáculo inicial na indeterminabilidade típica das normas de direitos fundamentais sociais, que requerem, muitas vezes, uma complementação legislativa. Entretanto, uma definição do núcleo essencial desse direito, que não se confunde com o conteúdo mínimo, é necessária para garantir a sua implementação. O núcleo essencial do direito à educação deve abranger a amplitude de conteúdo, ou seja, a amplitude de sentido atribuído a ele pela Constituição.

Conforme André Ramos Tavares,⁴ o conteúdo mínimo do direito à educação encontra-se no próprio art 6º: enquanto direito social, o direito à educação é, em primeiro lugar, direito de igualdade de acesso à educação, principalmente de acesso à educação fundamental. Esse conteúdo mínimo, dado no art. 6º, é ampliado pelos arts. 205 a 214, particularmente pelos artigos que estabelecem: (i) os objetivos da educação - art. 205: *A educação será promovida [...] visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* (ii) os conteúdos mínimos da educação - art. 210: *Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais;* e (iii) os fins sociais da educação - art. 214: *A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à: V- promoção humanística, científica e tecnológica do País.*

Esse conteúdo ampliado do direito à educação deve ser efetivado com base nos princípios orientadores do ensino, previstos no art. 206:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I-igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II-liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III-pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas;
- IV-gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V-valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI-gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII-garantia de padrão de qualidade;
- VIII-piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

A partir dos artigos citados, pode-se definir o direito à educação como o acesso a uma formação ampla que: (i) abrange o desenvolvimento pleno da pessoa, a capacitação para a cidadania e a competência para o trabalho; (ii) baseia-se em conteúdos mínimos (base comum e cultural plural) visando à promoção do desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico do país; e (iii) orienta-se pelos princípios de igualdade, de liberdade, de pluralismo, de gratuidade do ensino público, de valorização dos profissionais do ensino, de gestão democrática, de qualidade e de remuneração adequada. Ao incorporar ao conteúdo mínimo do direito à educação essas referências a objetivos pessoais, conteúdos mínimos, fins sociais e princípios orientadores, a Constituição estabelece esse conteúdo ampliado, ele próprio, como um direito fundamental:

Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.⁵

O conteúdo do direito à educação também é determinado pelas disposições nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil e que, após a Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário), são incorporados automaticamente ao ordenamento com estatuto constitucional (art. 5º, §3º). Mesmo os trata-

dos e convenções sobre direitos humanos aprovados antes da EC nº 45/04 têm merecido o mesmo estatuto constitucional, com base na tese da recepção. A título de exemplo, pode-se observar que o conteúdo do direito à educação, conforme definido pela Constituição Federal de 1988, foi profundamente influenciado pelo Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução nº 2.200A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, sendo aprovado no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/91, e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 591, de 6/7/92. Esse Pacto dispõe, no art. 13:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente (...).

A articulação entre o art. 6º, os arts. 205 a 214 e os dispositivos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não esgota o conteúdo possível do direito à educação, mas permite definir um núcleo essencial desse direito que amplia consideravelmente o núcleo mínimo, definido apenas pelo acesso à educação. A definição desse núcleo essencial é indispensável para garantir a implementação do direito à educação e assegurar para ele a tutela jurisdicional.

Direito à educação: direito subjetivo negativo vs. positivo

Segundo Sarlet, a caracterização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos refere-se à "noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)."⁶ A expressão "direito público subjetivo" é rejeitada por esse autor, porque "além de anacrônica e superada, não se revela afinada com a realidade constitucional pátria, uma vez que atrelada a uma concepção positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado típica do liberalismo."⁷ José Afonso da Silva também rejeita essa expressão, pelas mesmas razões, propondo a sua resignificação:

Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão "direitos individuais", à concepção individualista do homem; por isso também se tornara insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais. *Direito subjetivo* conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo. Nesse sentido, seu exercício, ou não, depende da simples vontade do titular, que deles pode dispor como melhor lhe parecer, até mesmo renunciá-los ou transferi-los, além de serem prescritíveis, situações essas incompatíveis com os direitos fundamentais do homem. Cunhou-se, depois, a expressão direitos públicos subjetivos para exprimir a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, visando colocar os direitos fundamentais no campo do direito Positivo.

[...]

Entendida como *autolimitação* estatal em benefício de determinadas esferas privadas, tal categoria acha-se superada pela própria dinâmica econômico-social do nosso tempo, em que o desfrute de

qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos. Pois, [...] tudo aquilo que, para a ideologia liberal, aparecia como direitos públicos subjetivos, ou como esferas de atividade privada contraposta à atividade pública, ou como liberdades limitadoras do poder, passa a ser considerado, sob o prisma do Estado Democrático de Direito superador da involução do Estado Social de Direito, de momentos do exercício do próprio poder, a este coexistencial e não a ele contraposto.⁸

Essa rejeição remete às origens desse instituto na doutrina jurídica alemã, no século XIX, no contexto do Estado liberal, voltado para a efetividade de direitos subjetivos individuais que requerem apenas prestações negativas (deveres de abstenção) do Estado ou de particulares. Na sua concepção original, esse instituto implica uma relação necessária entre violação, pretensão e sanção: o titular de um direito subjetivo individual, diante da violação desse direito, adquire uma pretensão judicial contra o devedor, cujo descumprimento acarreta uma sanção. Esse instituto sofreu, entretanto, uma evolução. Na primeira metade do século XX, no contexto do Estado social, voltado para a efetividade dos direitos sociais, que requerem prestações positivas (deveres de ação) do Estado, esse instituto passa a ser aplicado contra o Estado, para constrangê-lo judicialmente a executar as políticas públicas necessárias à efetividade desses direitos. A aplicabilidade desse instituto nesse novo contexto foi questionada, porém, por alguns doutrinadores, em razão da impossibilidade de sanção contra o Estado em caso de descumprimento das prestações positivas devidas. A Constituição Federal de 1988 ilustra a insustentabilidade desse questionamento, particularmente em relação ao direito à educação fundamental, uma vez que a violação da obrigatoriedade de prestação estatal desse direito importa em responsabilização da autoridade responsável.

Conforme enfatiza Garcia,⁹ a consagração dos direitos fundamentais sociais implica, por decorrência lógica, no estabelecimento de deveres do Estado. Direitos fundamentais sociais podem, portanto, ser considerados direitos subjetivos, embora produzam um feixe complexo de posições subjetivas, dependendo da forma de positivação, do conteúdo e do alcance das normas constitucionais em que estão inseridos.¹⁰ Os direitos subjetivos, embora concebidos originalmente numa perspectiva individualista, podem, ao ser transplantados para o plano dos direitos fundamentais sociais, passar a ser concebidos como posições de titularidade individual ou coletiva, sem que isso implique numa alteração substancial

da sua essência - enquanto direitos subjetivos, continuam a referir-se aos direitos dos titulares das posições subjetivas de, em razão de uma violação de deveres jurídicos, deduzir a sua pretensão em juízo. Porém, as possibilidades de exigibilidade judicial dos diferentes direitos fundamentais sociais serão distintas em razão da natureza distinta desses direitos.

Os deveres do Estado com a educação são apresentados na Constituição de 1988, de forma concentrada, no art. 208:

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- atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis 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".

O direito à educação está positivado na Constituição Federal de 1988 predominantemente em normas programáticas – normas consideradas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, por dependerem de regulamentação legislativa adicional para produzir todos os seus efeitos.¹¹ Não obstante, a doutrina jurídica reconhece que

mesmo as normas programáticas estão aptas a produzir alguns efeitos imediatos vinculantes. Esses efeitos em relação ao direito à educação são, por exemplo: (i) a revogação de atos normativos anteriores, colidentes com o conteúdo das normas de direito à educação, independentemente da declaração de sua inconstitucionalidade; (ii) a vinculação do legislador à concretização do direito à educação; (iii) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores à Constituição contrários ao conteúdo das normas de direito à educação; (iv) a utilização do direito à educação programático como parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (v) a produção pelas normas de direito à educação de posições subjetivas; e (vi) a proibição do retrocesso social (proibição da abolição pelo legislador das posições jurídicas concretizadas), em relação ao direito à educação, de modo que o direito à educação concretizado torna-se um direito de defesa.¹² Com relação às posições subjetivas negativas, produzidas pelas normas de direito à educação, estas decorrem diretamente desses efeitos imediatos vinculantes. Os titulares do direito à educação, diante de qualquer inobservância desses efeitos pelo Estado, podem deduzir a sua pretensão perante o Estado em juízo.

20

Com relação às posições subjetivas positivas, produzidas pelas normas de direito à educação, a Constituição de 1988 apresenta um tratamento diferenciado entre as normas de direito ao ensino fundamental e as demais normas de direito à educação. Conforme já mencionado, prescreve no artigo 208 que *o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurado, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria*. As normas de direito ao ensino fundamental produzem posições subjetivas positivas caracterizadas como "direitos públicos subjetivos", conforme estabelece no artigo 208, § 1º: *O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*. Ao atribuir ao direito ao ensino fundamental a natureza de "direito público subjetivo", este passa a vincular a Administração Pública ao dever de oferta regular do ensino obrigatório, seja o titular do direito à educação individual ou coletivo. A própria obrigatoriedade e a gratuidade desse direito determinam a produção dessa posição de "direito público subjetivo". Para enfatizar o sentido diferenciado que atribui à educação fundamental, a Constituição estabelece explicitamente a conseqüência para o descumprimento do dever estatal associado a esse direito subjetivo, no art. 208, § 2º: *O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente*. A Cons-

tituição prevê assim que, diante da inobservância do dever público de ofertar a educação fundamental, o titular poderá deduzir sua pretensão perante o Estado em juízo, ficando este sujeito a uma sanção explícita pela não-efetivação do direito à educação fundamental. Isto representou um grande avanço na proteção desse direito.

Como destaca Garcia,¹³ para reforçar que as normas relativas ao direito ao ensino fundamental não devem ser interpretadas como meras exortações, não vinculantes do Poder Executivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) assegura, no artigo 208, a exigibilidade judicial desses direitos:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I- do ensino obrigatório;

II- de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III- de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV- de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V- de programas suplementares de oferta de material didático escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI- de serviço de assistência social visando à proteção, à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII- de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII- de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei".

Diferentemente da proteção diferenciada dada às normas relativas ao direito ao ensino fundamental, as demais normas de direito à educação produzem posições subjetivas positivas, mas somente no sentido de promover a maximização possível na sua efetivação ou, no caso eventual

da sua não-efetivação, motivar do Estado uma recusa necessariamente fundamentada.¹⁴

Limites fático-orçamentários: a reserva do possível

A "reserva do possível" refere-se à limitação fático-orçamentária, frequentemente alegada pelo Estado, para não se responsabilizar pelo descumprimento das políticas públicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais, particularmente dos direitos sociais. Esse conceito encontra respaldo, segundo Andreas Krell,¹⁵ na doutrina de Canotilho que entende que o nível de efetivação dos direitos sociais está sempre condicionado pelo limite da "reserva do possível", na dependência do volume de recursos econômicos que pode ser mobilizado para essa finalidade. "Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais."¹⁶ Essa interpretação da "reserva do possível" é, entretanto, uma falácia, "fruto de um direito constitucional comparado equivocado":¹⁷

Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.¹⁸

A "falácia da "reserva do possível"" reside na transposição equivocada de um conceito jurisprudencial alemão para a doutrina constitucional brasileira, em completa desconsideração ainda das diferenças nas situações sociais das duas realidades. Na jurisprudência constitucional alemã, o argumento da "reserva do possível" refere-se à tese de que os direitos a prestações positivas "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade" – o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha teria recusado a tese de que o Estado seria obrigado a criar vagas nas universidades públicas suficientes para atender a todos os candidatos. No Brasil, esse argumento foi convertido por alguns doutrinadores (e.g., Gustavo Amaral) na tese da

negação categórica da "competência dos juízes ("não legitimados pelo voto") a dispor sobre medidas de políticas que exigem gastos orçamentários."¹⁹ Para evitar a completa omissão estatal em relação aos direitos sociais, sob a alegação da "reserva do possível", essa posição doutrinária recomenda que o Estado justifique, judicialmente, o seu descumprimento das normas constitucionais de direitos sociais; sendo ponderada essa justificativa, o Judiciário não pode se substituir ao Executivo, sob pena de afrontar o princípio da separação de poderes.²⁰

A aparente razoabilidade do argumento brasileiro da "reserva do possível" desconsidera que, no Brasil, assim como em outros países periféricos, marcados pela exclusão social, a questão crucial é justamente "analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja "o possível" na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos."²¹ A facilidade de "justificação" dos entes públicos (federais, estaduais e municipais), por sua omissão no cumprimento das normas constitucionais de direitos sociais, pode facilmente conduzir a um nefasto relativismo na efetivação desses direitos.

Olsen denuncia, na mesma linha de Krell, que o conceito de "reserva do possível", originariamente concebido como "condição de realidade", sofre uma deturpação ideológica:

A justicialidade dos direitos fundamentais sociais foi ainda mais comprometida a partir da aplicação da reserva do possível, que enquanto condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou por ser ideologicamente comprometida, a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos. A própria noção de escassez de recursos tem sido apresentada como um dogma insuperável, de modo que a questão referente à disponibilidade muitas vezes não é apreciada em sua concepção original: aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado para a satisfação do direito.²²

Olsen faz uma diferenciação importante entre "inexistência de recursos" e "escolha alocativa de recursos". Essa diferenciação é encoberta pela ideologização neoliberal do conceito de "reserva do possível", privilegiando os valores econômicos sobre os jurídicos. Antes de se falar de "inexistência de recursos", é preciso investigar se a previsão orçamentária foi realizada em conformidade com as normas constitucionais. "A reserva do possível surge como um excelente escudo para a ineficácia dos direi-

tos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito – ainda que houvesse "vontade política" – face à escassez dos recursos.²³ A "escassez dos recursos" para os direitos sociais é apresentada como um dado natural e não como reflexo social de uma decisão política que direciona os recursos para outros fins.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos faz uma diferenciação entre "reserva do possível fática", definida como "estado de exaustão de recursos", e a "reserva do possível jurídica", definida como "ausência de autorização orçamentária para determinado gasto".²⁴ Observa que, como a obtenção e o dispêndio dos recursos estão amplamente regulamentados na Constituição, tanto no limite formal da previsão orçamentária, como nos limites materiais dos objetivos econômicos, sociais e culturais a serem atendidos, essas formas da "reserva do possível" precisam ser investigadas quanto ao atendimento dos objetivos constitucionais. Conclui que, como os recursos são limitados, é necessário assegurar que recursos previstos para os objetivos sociais sejam de fato alocados para esses fins:

24

Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromissos internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o direito das crianças e também o Pacto de São José de Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos.²⁵

Conforme o juiz federal Giovanni Bigolin,²⁶ a limitação dos recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, quer a sua aplicação esteja na competência do legislador, do administrador ou do judiciário. A questão da legitimidade ou não da alegação da "reserva do possível" deve ser pensada a partir de uma perspectiva de repartição de competências: do reconhecimento ou não de uma "reserva de competência parlamentar" para a decisão sobre a aplicação de recursos públicos; da possibilidade ou não do administrador poder alegar a

"reserva do possível" perante o Judiciário para negar a entrega da prestação social postulada; e da possibilidade ou não do Judiciário poder intervir na atuação dos outros poderes para assegurar a efetividade dos direitos sociais.

Compete precipuamente ao legislador a decisão sobre a aplicação dos recursos materiais na elaboração da lei orçamentária, mas é possível estabelecer um limite à liberdade de conformação do legislador no sentido de preservar a garantia do "mínimo existencial". Do mesmo modo, compete ao administrador a alegação do limite da "reserva do possível" para restringir direitos sociais judicialmente, mas desde que preservado o "mínimo existencial", contra o qual só pode ser alegado o "limite real de escassez". Em todo caso, compete ao Judiciário a efetivação dos direitos sociais, preservando os princípios da Constituição, por meio da proporcionalidade. Segundo Garcia,²⁷ no caso de impossibilidade jurídica de efetivação dos direitos sociais, não por ausência de receita, mas por ausência de previsão orçamentária, revelando o descompasso entre a lei orçamentária e os valores da dignidade humana, deve prevalecer o entendimento que afasta a legalidade estrita a favor da observância do "mínimo existencial".

Garantias materiais: mínimo existencial vs. núcleo essencial

O "mínimo existencial" refere-se ao padrão mínimo de efetividade das normas constitucionais dos direitos fundamentais sociais. Constitui um limite para a "reserva do possível", à medida que não pode ser desconsiderado pelo Estado, mesmo que venha a alegar a "reserva do possível". Segundo Andreas Krell,²⁸ a teoria do "mínimo existencial" ou "mínimo social" é fruto da doutrina jurídica alemã, pós-2ª Guerra Mundial, no contexto da organização do Estado Social:

A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um "mínimo de existência" do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da "ajuda social" (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um mínimo vital.

A teoria do "mínimo existencial" tem por função: (1) definir um "conteúdo mínimo", intangível, de direitos sociais básicos (direitos de igualdade) para uma vida humana digna: alimentação básica, atendimento eficiente de saúde, educação fundamental, garantia de moradia e renda mínima; (2) atribuir ao indivíduo um direito subjetivo positivo contra o Estado para que lhe seja assegurado esse "conteúdo mínimo", direta e imediatamente exigível, independentemente de qualquer complementação legislativa; (3) radicar a intangibilidade desse "conteúdo mínimo" na dignidade da pessoa humana, tornando-o imune a qualquer limite ou restrição estatal; e (4) condicionar o exercício dos direitos de cidadania (direitos de liberdade) à plena efetividade desse "conteúdo mínimo".

O conceito de "mínimo existencial" está estreitamente associado ao conceito de "núcleo essencial" da norma de direito fundamental social. Ambos foram desenvolvidos, inicialmente na doutrina jurídica alemã, tendo por objetivo alcançar efetividade para os direitos sociais, protegendo-os contra limites e restrições estatais indevidas. A "fundamentalidade" dos direitos sociais, tanto em sentido formal (supremacia constitucional), quanto em sentido material (supremacia axiológica), não lhes garante natureza absoluta, exceção ao direito de não ser torturado e não ser submetido a tratamento desumano ou degradante.²⁹ Os direitos fundamentais sociais, exatamente por requererem prestações positivas do Estado, encontram-se numa situação particular de vulnerabilidade. Para efetivar a sua proteção, torna-se assim necessário realizar a tarefa metódica de definir precisamente os contornos restritivos do seu conteúdo.

O conceito de "núcleo essencial" corresponde ao conteúdo mínimo intangível, intocável, de um direito fundamental social. A difícil delimitação desse núcleo tem sido objeto de uma controvérsia teórica. A teoria absoluta concebe o "núcleo essencial" como um núcleo absoluto, universal, fixo, permanente, intangível em quaisquer hipóteses, e determinado por uma restrição/cisão interna, inerente ao próprio direito fundamental, que pode ser cindido internamente em uma parte essencial (sempre protegida de restrições) e uma parte não essencial (apenas eventualmente protegida de restrições). Já a teoria relativa concebe o "núcleo essencial" como um núcleo relativo, histórico, dinâmico e variável, intangível apenas quando considerado em relação a um determinado caso concreto, e determinado por uma restrição externa, estatal, a partir de uma autorização constitucional explícita (direta ou legal) ou implícita (imaneente), e que requer necessariamente uma justificação; sendo a autorização constitucional implícita ("limites imanentes"), a justificação resulta sempre de

uma ponderação dos direitos colidentes no caso em questão. Canotilho discute essa delimitação relativa na sua "metódica da restrição de direitos."³⁰ Vale ressaltar que essa controvérsia teórica relativa ao "núcleo essencial" aplica-se igualmente à delimitação do "mínimo existencial".

A relação entre "mínimo existencial" e "núcleo essencial" não é de identificação total, mas de identificação parcial, podendo ser representada pela relação entre dois círculos concêntricos: o círculo interno, menor, correspondendo ao "mínimo existencial", e o círculo externo, maior, correspondendo ao "núcleo essencial". O "mínimo existencial" corresponde, segundo Barcellos, a um "subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – e *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado."³¹ Como o "núcleo essencial" corresponde ele próprio a um mínimo, pode-se pensar o "mínimo existencial" como o mínimo (núcleo) de um mínimo.

É importante manter a diferenciação entre "mínimo existencial" e "núcleo essencial". A própria Constituição de 1988 não autoriza a interpretação da identificação total entre "núcleo essencial" e "mínimo existencial", que pode conduzir a uma visão reducionista dos direitos fundamentais sociais: "Além da fundamentalidade formal reconhecida aos direitos sociais, não se pode deixar de observar que sua fundamentalidade material extravasa o conteúdo do mínimo existencial. Assim, preocupou-se o constituinte com a dignidade da pessoa humana (como um todo, e não em sua versão minimalista)[...]."³² Entretanto, é importante destacar que a identificação parcial entre "núcleo essencial" e "mínimo existencial", pode acarretar conseqüências positivas para a proteção do "núcleo essencial", com a maior efetividade do "mínimo existencial" transmitindo-se ao "núcleo essencial": o "núcleo essencial" adquire uma subjetividade maior, positiva, podendo ser exigível direta e imediatamente, sem necessidade da intermediação legislativa.³³

A perspectiva absoluta do "mínimo existencial" é questionável, porque pode gerar arbitrariedade jurídica, uma vez que o seu conteúdo não pode ser determinado de forma totalmente abstrata, sendo inafastável a ponderação. A perspectiva relativa do "mínimo existencial" é mais defensável uma vez que, sendo histórica e geograficamente variável, este só pode ser realmente determinado no caso concreto, por meio da ponderação de princípios, bens e interesses contrapostos, ou seja, por meio da argumentação. Entretanto, a título de preservar o valor contido na ideia de um núcleo fixo, direta e imediatamente exigível, é possível conceber

um "mínimo existencial" irredutível, relacionado com o reconhecimento histórico e cultural sobre a definição das necessidades humanas básicas. Esse mínimo seria composto por um conteúdo definido, homogêneo, com tendência à universalidade (necessidades vitais) e um conteúdo indefinido (necessidades culturais). O problema nessa proposta conciliadora reside no fato de a dimensão universal ser sempre controversa, havendo os que acreditam que pode ser abstratamente aferida e os que acreditam que ela só pode ser aferida a partir das condições concretas da existência humana.³⁴

A grande validade do "mínimo existencial" reside na sua imediata exigibilidade judicial. Nenhuma restrição estatal pode ser alegada contra ele, nem mesmo a "reserva do possível", a não ser que devidamente justificada, por meio da ponderação, para a proteção de direitos colidentes no caso concreto. Na perspectiva relativa, o "mínimo existencial" é entendido assim como um princípio, susceptível de ponderação, que só é definido no caso concreto. Entretanto, buscando mecanismos de proteção das prestações materiais, Barcellos formula uma concepção rígida de "mínimo existencial", no sentido de que, uma vez definido no caso concreto, este se converte em verdadeira regra para esse caso concreto, insusceptível de qualquer ponderação. Em outras palavras, uma vez definido no caso concreto, qualquer restrição desse mínimo deve ser entendida como violação de uma regra, e não mais como violação de um princípio, evidenciando assim toda restrição como ilegítima e inconstitucional.³⁵

A intangibilidade do "mínimo existencial", radicada no valor da dignidade da pessoa humana, conforme reconhecido no Estado Social e Democrático de Direito, está relacionada a outro princípio fundamental: o princípio da "proibição do retrocesso social", desenvolvido também na jurisprudência européia, particularmente na Alemanha e em Portugal. Segundo Miozzo, "a formulação da cláusula da vedação do retrocesso pressupõe um Estado Social já realizado. Ou seja, parte da idéia de que o dever positivo de concretizar os direitos fundamentais, imposto pela Constituição já tenha sido cumprido, exurgindo daí uma garantia de preservação das conquistas atingidas."³⁶ Canotilho refere-se a esse princípio nos seguintes termos:

[...] as normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de caráter positivo têm pelo menos uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, im-

plicando uma "proibição de retrocesso", visto que, uma vez dada satisfação ao direito este "transforma-se", nessa medida, em um "direito negativo" ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de tentar contra ele.³⁷

Para Miozzo, esse conceito está presente na Constituição Federal de 1988 não só no sentido limitador, como no princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1), mas também no sentido dirigente: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] garantir o desenvolvimento nacional;* (art. 3º, inciso II). A ideia de desenvolvimento ou progresso inclui necessariamente o progresso jurídico, no sentido da concretização dos direitos fundamentais.³⁸

Em relação à educação, pode-se observar que o "mínimo existencial" refere-se à igualdade de acesso ao ensino fundamental. Já o "núcleo essencial" consiste num conceito ampliado do direito à educação que abrange: (i) o desenvolvimento pleno da pessoa, a capacitação para a cidadania e a competência para o trabalho; (ii) conteúdos mínimos de ensino (base comum e cultural plural) visando à promoção do desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico do país; e (iii) a orientação por princípios de igualdade, de liberdade, de pluralismo, de gratuidade do ensino público, de valorização dos profissionais do ensino, de gestão democrática, de qualidade e de remuneração adequada. A proteção diferenciada do "mínimo existencial", ou seja, da igualdade de acesso ao ensino fundamental representa um avanço, mais ainda insuficiente para garantir a efetividade do direito à educação. É necessário, a partir de uma perspectiva relativa, histórica, dinâmica do "mínimo existencial", defender a incorporação progressiva neste dos conteúdos do "núcleo essencial". Considerando-se os citados objetivos do desenvolvimento pleno da pessoa, da capacitação para a cidadania e da qualificação para o trabalho, o "núcleo essencial" do direito à educação não pode ficar restrito apenas ao ensino fundamental, mas deve necessariamente abranger toda a educação básica: a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Nesse sentido, na luta pelo direito à educação no Brasil, observa-se a ampliação crescente da proteção ao direito à educação básica, por meio de diversos diplomas legais, como a LDB (Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996) e o Plano Nacional de Educação (Lei 10.172 de 9 de janeiro de 2001). Embora não explicitada na Constituição de 1988, mas fundamentada no princípio constitucional do universalismo dos direitos

fundamentais, a universalização do direito à educação básica de qualidade se constitui como direito de cidadania e dever do Estado.

Notas

- 1 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 217.
- 2 POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2005.
- 3 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72-77.
- 4 TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 775.
- 5 Ibid., p. 775.
- 6 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 162.
- 7 Ibid., p. 161-162.
- 8 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 176-177.
- 9 GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In GARCIA, Emerson. (Org.). A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004, p. 181.
- 10 SARLET, op. cit., p. 163.
- 11 SILVA, Jose Afonso da Silva. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83-86.
- 12 SARLET, op. cit., p. 290-293.
- 13 GARCIA, op. cit., p. 170.
- 14 SARLET, op. cit., p. 264.
- 15 KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

- 16 Ibid., p. 51.
- 17 Ibid., p. 51.
- 18 Ibid., p. 52.
- 19 Ibid., p. 52.
- 20 Ibid., p. 52.
- 21 Ibid., p. 53.
- 22 OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 336-337.
- 23 Ibid., p. 222.
- 24 BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262-263.
- 25 BARCELLOS, 2008, op. cit., p. 268-269.
- 26 BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Revista de Doutrina da 4ª Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região - EMAGIS, 2004, p. 10.
- 27 GARCIA, op. cit., p. 190.
- 28 KRELL, op. cit., p. 60.
- 29 FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. Direitos fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.
- 30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1275-1277.
- 31 BARCELLOS, 2002 apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 346.
- 32 OLSEN, op. cit., p. 351.
- 33 Ibid., p. 353.
- 34 Ibid., p. 355.
- 35 Ibid., p. 357.
- 36 MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil.

- Prêmio AJURIS Direitos Humanos 2005, 1ª Edição, Menção Honrosa, 2005, p. 3.
- 37 CANOTILHO & MOREIRA, 1991 apud MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. Prêmio AJURIS Direitos Humanos 2005, 1ª Edição, Menção Honrosa, p. 10-11.
- 38 *Ibid.*, p. 4.

Enviado para publicação: 13.05.2010
Aceito para publicação: 25.08.2010