



DIREITO À EDUCAÇÃO COMO MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DESAFIOS DE SUA CONCRETIZAÇÃO DIANTE DA ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS

RIGHT TO EDUCATION AS EXISTENTIAL MINIMUM AND THE CHALLENGES OF THEIR CONCEPTS BEFORE THE SHORT OF PUBLIC RESOURCES

¹Tiago Soares Vicente

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a obrigatoriedade da prestação do direito à educação básica, garantido pela Constituição de 1988. Com base em conhecimentos de Direito Constitucional, Financeiro e Teoria dos Direitos Fundamentais, parte-se da previsão legal e constitucional, passando pela caracterização como direito fundamental e mínimo existencial. Depois citam-se formas previstas na Constituição de exigibilidade do direito à educação, como o uso de ações judiciais. Analisam-se os desafios de natureza orçamentária e financeira para a concretização do direito à educação. Por fim, ressalta-se a importância da atuação responsável do Poder Público para a efetividade do Direito à Educação.

Palavras-Chave: Efetividade do direito à educação, Mínimo existencial, Disponibilidade de recursos públicos, Reserva do Possível, Direitos fundamentais.

Abstract

The objective of this study is to demonstrate the compulsory provision of the right to basic education, guaranteed by the 1988 Constitution. Based on knowledge of Constitutional, Financial, part of the legal and constitutional provision, passing through the characterization as fundamental right and existential minimum. Then there are cited forms provided in the Constitution of enforceability of the right to education, such as the use of lawsuits. The budgetary and financial challenges for realizing the right to education are analyzed. Finally, the importance of responsible action of the Public Power for the effectiveness of the Right to Education is emphasized.

Keywords: Effectiveness of the right to education, Minimum existential, Availability of public resources, Reserve of the Possible, Fundamental rights.

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes, UNIT – Aracajú – SE, (Brasil). Professor da Universidade Estadual de Alagoas, UNEAL – AL, (Brasil). E-mail: tiagosvicente@hotmail.com.



INTRODUÇÃO

O direito à educação é consagrado pela Constituição Federal de 1988 como Direito Fundamental, Social, Prestacional e Subjetivo Público. A educação é proclamada como direito de todos (Art. 205), sendo garantido não apenas o ensino público e gratuito, mas também recursos como material didático escolar, transporte, alimentação para permanência do aluno na escola, oferta de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio aos que demonstrarem insuficiência de recursos (quando houver falta de vagas na rede pública), além da repartição de competências quanto às ações destinadas à oferta de ensino pelas diferentes pessoas jurídicas estatais (Art. 211), oferta de ensino noturno regular, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, educação infantil na forma de creches e pré-escolas e criação do piso salarial para os professores.

O presente trabalho tem por escopo analisar a efetividade do direito à educação, sua caracterização como mínimo existencial e as dificuldades para sua concretização diante da ausência de recursos financeiros e orçamentários. O direito à educação básica² é considerado uma parcela indissociável de uma existência digna daqueles que vivem em território brasileiro, integrando o mínimo existencial.

O direito à educação na condição de direito social se enquadra entre os direitos fundamentais de segunda geração, que são também os direitos culturais e econômicos, aqueles que obrigam ao Estado a fazer (prestação positiva) em benefício daqueles que necessitem desses direitos.

As prestações positivas para a proteção dos direitos sociais implicam sempre despesa para ente público, e a escassez de recursos públicos tem se estabelecido (juntamente com a vontade política) como o principal obstáculo para a criação e execução de políticas públicas que visam à efetividade do direito à educação.

² É importante ressaltar que a Constituição considerava apenas o Ensino Fundamental como obrigatório e gratuito. Porém, com o advento da Emenda Constitucional n.º 59/2009, a educação básica passou a ser prevista como obrigatória e gratuita das crianças e adolescentes dos 4(quatro) aos 17(dezessete) anos. Segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (Lei n.º 9.394/96), artigo 21, a educação básica é formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. A Emenda 59 também determinou que a obrigatoriedade e gratuidade se dará de forma progressiva até o ano de 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação. Assim, neste trabalho será utilizada a expressão “Educação Básica”.



Inicialmente o artigo trata da educação como direito fundamental, social e prestacional, reconhecido constitucionalmente. Em seguida, são expostas as teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, relacionando-as com o objeto deste trabalho, conceituando o direito à educação de crianças e adolescentes como integrante do mínimo existencial. Depois é discutido a questão da Judicialização da Política diante da exigibilidade do direito à educação, do mínimo existencial. Por fim, discutem-se os argumentos acerca obrigatoriedade do cumprimento de decisões judiciais que determinam prestações positivas e a problemática da indisponibilidade/insuficiência de recursos para cumprimento destas decisões.

O presente trabalho foi produzido mediante revisão bibliográfica como método de pesquisa e coleta de informações, tendo sido utilizada obras de autores com reconhecida atuação no campo do direito constitucional e/ou financeiro, como Luiz Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Ingo Sarlet, dentre outros.

1. EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como o “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo” (SARLET, 2010, p. 34), sendo indispensável para o sistema jurídico no Estado de Direito, incluídos, assim, entre as normas constitucionais. Mas será que as normas constitucionais que reconhecem esses direitos são plenamente eficazes, aplicáveis de imediato e exigíveis judicialmente caso não sejam prestados pelo Poder Público?

As normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa. Para José Afonso da Silva (2007), todas as normas constitucionais possuem eficácia e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. O mesmo classifica as normas constitucionais como: normas de eficácia plena (que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua aplicação imediata e independem de lei posterior para sua aplicação); normas de eficácia contida (que receberam normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos que lhe podem reduzir a eficácia e aplicabilidade); e normas de eficácia limitada (que não receberam



do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, mas deixou ao legislador infraconstitucional a tarefa de complementar as matérias nelas traçadas).

Outras classificações de normas constitucionais podem ser citadas, como quanto ao *modo de incidência*, que podem ser normas de integração e normas de mera aplicação; quanto ao *modo de fruição*, normas concessivas de poderes jurídicos, normas concessiva de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Luís Roberto Barroso (2009) classifica as normas materialmente constitucionais como: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. Estas últimas seriam normas nas quais o constituinte firmou princípios que devem ser perquiridos pela Administração Pública.

Parte da doutrina entende que o direito à educação básica está inserido no texto constitucional como norma programática, na qual a norma não tem força vinculante para sua imediata aplicação, pois a norma programática apenas traça princípios a serem cumpridos pelo Poder Público. Ocorre que o parágrafo 1º do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, seja qual for este direito, e dentre esses direitos está incluso o direito à educação básica.

Tal aplicação imediata refere-se à força vinculante que possuem as normas de direitos fundamentais, podendo ser diretamente aplicáveis pelos poderes constituídos, tendo reconhecida sua eficácia máxima e imediata, mesmo àqueles direitos previstos em normas de eficácia limitada possuem aplicação imediata.

A Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ela própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão, disfunção para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes. (BARROSO, 2009, p. 108)

SILVA (2008, p. 467) diz que o parágrafo 1º do Artigo 5º “não é, pois, só a garantia dos direito políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos”.

Por disposição expressa do parágrafo único do artigo 208, da Constituição Federal de 1988, o direito à educação básica é um direito público subjetivo, ou seja, pode ser demandado



judicialmente por aqueles que são titulares do direito à educação básica, a saber, a criança e o adolescente.

É também um direito social e prestacional, tendo que ser prestado pelo Poder Público em favor da coletividade, porque instrumento necessário ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

O direito à educação como direito prestacional exige do Poder Público políticas públicas educacionais. Políticas públicas referem-se a “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados” (OLIVEIRA, 2010, p. 257). Estas por sua vez demandam despesas, que devem ser satisfeitas pelos recursos disponíveis no orçamento público da Administração Pública.

Para a doutrina³, os direitos sociais prestacionais são direitos subjetivos a prestações, mas têm certos limites de eficácia, porque o Poder Público tem recursos escassos e não teria como cumprir com todos os direitos sociais previstos no texto constitucional. Surge, portanto, um grande conflito entre a obrigatoriedade de concretização dos direitos fundamentais e a escassez de recursos financeiros capazes de realizar todos os direitos sociais. Esta escassez de recursos públicos é a maior expressão da teoria da reserva do possível, que condiciona a execução das políticas à disponibilidade de recursos financeiros.

2. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento público instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais. Isto porque o orçamento público é o instrumento de planejamento e execução das finanças públicas, nele estão descritos as receitas e as despesas do Estado. Assim, o gasto precisa estar previsto em orçamento, mas a sua mera previsão orçamentária, por si só, não garante a sua realização. O

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações *in* **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. TIMM, Luciano Benetti & SARLET, Ingo Wolfgang (org.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27.



Poder Público tem que decidir gastar, ou seja, tem que executar o orçamento, isto é uma decisão política e financeira, visto que os recursos podem não ser suficientes para arcar com todas as despesas previstas, sendo gastos muitas vezes em atividade não essenciais do Estado.

A doutrina da reserva do possível é invocada pela Administração com o intuito de se esquivar do cumprimento de um direito fundamental, sob a alegação da inexistência ou indisponibilidade de recursos públicos. Alguns casos realmente o Poder Público fica impossibilitado da realização do gasto, comprovando a ausência do recurso, não apenas alegando. Mas a doutrina é muito mais usada como falácia, sendo uma tentativa do Poder Público de exonerar-se de uma obrigação, sob mera alegação, sem nenhuma base documental e comprobatória.

A reserva do possível surgiu num julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus*. No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva, no caso aumento do número de vagas na universidade, encontrava-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional, da sociedade. No Brasil, a jurisprudência tem reconhecido relativamente a reserva do possível, desde que haja comprovação do justo motivo pela qual não houve a aplicabilidade dos recursos devidos à política pública.

Considerando que o Poder Público não pode arcar com todos os direitos sociais diante da escassez de recursos, alguns doutrinadores sustentam que existem alguns desses direitos que não estariam condicionados à disponibilidade de recursos públicos e/ou de reserva orçamentária. Esses direitos são chamados de mínimo existencial.

O mínimo existencial tem na doutrina de John Rawls o seu principal marco teórico. Rawls formulou um procedimento equitativo de oportunidades, que conduziria a um resultado mais justo ou menos injusto, garantindo para cada homem, um conjunto mínimo de condições materiais para sua existência, vez que é diferente a situação socioeconômica de cada cidadão.



No Brasil, o professor Ricardo Lobo Torres foi um dos primeiros a escrever acerca do mínimo existencial. Este, reconhecendo a impossibilidade econômica do Estado de prestar todos os direitos sociais previstos na Constituição, alega que existem direitos sociais que são tão necessários à sociedade que o Estado não pode se esquivar de realizá-los, pois se tratam de um mínimo necessário à vivência digna humana.

O mínimo existencial não tem conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 2011, p. 69)

A definição do conteúdo ou de quais seriam os direitos que são caracterizados como mínimo existencial é bem diversificada. Vejamos.

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: **a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça**. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. (BARCELLOS, 2011, p. 258, grifo nosso).

Ora, **o acesso à moradia** adequada é um direito social indissociável do mínimo existencial. Sem ele, a sobrevivência e a qualidade de vida digna ficam seriamente ameaçadas. O Estado tem o dever de adimplir as prestações necessárias a assegurar as condições básicas de habitação contidas nas diretrizes internacionais e na legislação brasileira. (SARMENTO, 2011, p. 158, grifo nosso).

A educação básica constitui um mínimo existencial, um direito público subjetivo, exigível judicialmente, necessário à vivência digna humana, principalmente quando tratar-se de educação da criança e do adolescente, que são portadores de proteção integral e prioridade absoluta.



3. A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

O artigo 208 da Constituição Federal de 1988, §1º, preceitua que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Isso quer dizer que

O direito à educação básica tornou-se tão importante quanto o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, todos evidenciados pelo *caput* do artigo 5º da Carta Magna, tendo como consequência a possibilidade de demanda independentemente de qualquer política pública que o evidencie. (LIMA, 2003, p. 29)

Assim, a sociedade tem o direito de Ação. Para garantir o acesso ao sistema de ensino, a sociedade pode fazer uso de instrumentos jurídicos, tais como o Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública.

O Artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, lei n.º 9.394/1996:

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.

(...)

§ 3º Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

Os remédios constitucionais visam garantir os direitos fundamentais frente aos abusos de autoridade, às omissões legislativas, e às lesões e ameaças de lesão a direitos.

A Ação Civil Pública é o principal instrumento processual utilizado para a efetivação do direito à educação básica. Destina-se à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Portanto qualquer direito coletivo ou difuso, indisponível, de relevante interessante social e de importância na tutela coletiva pode ser objeto da Ação Civil Pública.



A legitimação para as ações de responsabilidade civil por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente está regulada no inciso V do artigo 201⁴ e no artigo 210⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente. O objeto dessas ações civis públicas está elencado no artigo 208⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O direito à educação básica da população infanto-juvenil é preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente visando o pleno desenvolvimento da criança como pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Desde a mais tenra idade, a educação se faz presente na vida dos indivíduos, quando os pais começam a ensinar aos filhos o que julgarem ser certo, a maneira adequada a se comportar e respeitar as pessoas. Porém, em um determinado momento da vida, a criança também deve começar a adquirir conhecimentos relacionados a algumas áreas específicas do saber e é a partir daí que entra o papel da escola na continuidade do processo de desenvolvimento humano.

Portanto, onde houver oferta irregular ou não oferta do serviço de educação da criança e do adolescente, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e as associações legalmente habilitadas poderão propor ação civil pública.

Judicialização da política ocorre quando os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um direito e um interesse político.

⁴ Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...) V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

⁵ Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios; III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

⁶ 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 cinco 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. IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes; X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção.



Na análise de Barroso (2008) as principais causas que deram origem a este processo de judicialização da política no Brasil seriam: a) a redemocratização do país, trazendo maior equilíbrio às forças políticas, através das garantias dadas à magistratura e expansão do Ministério Público, e que possibilitaram um enfrentamento mais equitativo junto aos demais poderes; b) a constitucionalização abrangente, tendência mundial que inseriu na Constituição brasileira matérias antes deixadas somente voltadas ao político; c) o modelo adotado pelo Brasil no controle de constitucionalidade, combinando o controle incidental e difuso (modelo americano) e o controle abstrato e o concentrado (modelo austríaco), o primeiro por via incidental nos processos sob jurisdição ordinária e o segundo por via das ações constitucionais próprias.

Importante destacar a distinção conceitual entre a judicialização da política e o ativismo judicial.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2008, p. 06)

Como visto, o Judiciário deve atuar diante do não cumprimento, pelo Executivo ou Legislativo, de uma obrigação constitucional. Não cabe ao Judiciário, naquele momento, uma análise de sua competência na repartição dos poderes, pois sua interferência é necessária para a efetivação do direito à educação básica, que é mínimo existencial, bem como para aquilo que a Constituição Federal declarou como fundamental para a sociedade brasileira.



4. DECISÕES JUDICIAIS E (IN)DISPONIBILIDADE DE RECURSOS

As decisões judiciais que legitimam e obrigam a prestação de direito pelo Poder Público são chamadas de sentenças aditivas⁷. Tais decisões reconhecem que o Estado deve cumprir uma prestação (positiva) garantida constitucionalmente. No entanto, referidas decisões também esbarram na problemática da disponibilidade de recursos, da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação de poderes e pela discricionariedade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária ou escassez de recursos.

Atualmente, em decorrência de posicionamento da jurisprudência, a teoria da reserva do possível tem sido afastada como panaceia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. É que as decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.

Nesse sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal, que apesar de ter tido objeto prejudicado, serve como fonte doutrinária:

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

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder

⁷ Segundo Fernando Scaff (2010), sentença aditiva é aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado.



resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁸

Assim, a reserva do possível não é invocada apenas diante da ausência comprovada de recursos públicos, mas na maioria das vezes é invocada como falácia pelo Poder Público, com o escopo de se esquivar do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Realmente, no caso brasileiro, o Estado tem poucos recursos, arrecada pouco e gasta muito. Apesar dos muitos tributos, a arrecadação não tem sido feita da maneira correta e eficiente. O problema talvez resida no fato de que os pobres (àqueles que realmente necessitam das políticas públicas) pagam muito impostos e os ricos arcam muito pouco do que poderiam arcar. Uma maneira de solucionar isso seria uma rígida política de tributação, incidindo principalmente sobre o imposto de renda e de propriedade. Assim poderíamos ter uma justa arrecadação. Além disso, temos a mancha na política brasileira, a famosa corrupção, que é responsável por desvios de enormes montantes de recursos públicos que deveria ser destinados a setores essenciais, como merenda escolar.

Mas existem direitos que não se vinculam à disponibilidade de recursos, nem à reserva do possível. Esses direitos são o mínimo existencial, comentado anteriormente. Mesmo não dependendo de disponibilidade orçamentária, tais direitos são frequentemente condicionados à disponibilidade de recursos, sendo alegado mesmo diante de uma sentença judicial. Para alguns doutrinadores, o Judiciário não pode intervir no planejamento da Administração.

Veja-se o que diz Régis Fernandes de Oliveira acerca da decisão judicial que determina a prestação de algum direito:

Descabe ao Judiciário decisão de tal quilate. No entanto, se o fizer, determinando, por exemplo, a construção de moradias, creches, etc., e transitada em julgado a decisão, coisa não cabe ao Prefeito que cumprir a ordem. Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. Esclarecerá à autoridade judicial a impossibilidade de cumprimento imediato da decisão com trânsito em julgado, diante da falta de previsão orçamentária, e obrigar-se-á a incluir na futura lei orçamentária recursos para o cumprimento da decisão. (OLIVEIRA, 2010, p. 104)

Gastar é uma decisão política, na qual o administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas, o orçamento

⁸ STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04.



público. Oliveira (2010) afirma que o poder público pode se esquivar de cumprir a ordem judicial diante da falta de previsão orçamentária e diante da explicação ampla e convincente acerca da impossibilidade do cumprimento, adiando para o próximo exercício orçamentário a sua realização. Tal posicionamento é válido diante de determinadas decisões judiciais, que se encerram por extrapolar o limite da razoabilidade. Contudo, não se pode admitir tal posicionamento diante de um direito mínimo, necessário à vida digna do ser humano.

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, **o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo**, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.). (TORRES, 2011, p. 74, grifo nosso)

O cumprimento de decisão judicial de entrega da prestação positiva de um direito deve ser cumprida imediatamente, pois o mínimo existencial não se encontra sob a discricionariedade administrativa. Quando o Judiciário obriga, *v. g.*, o Poder Público a garantir vaga de uma criança na escola pública ou ao pagamento de bolsa de estudos, ele está atuando para a garantia do mínimo existencial, para que o ente administrativo cumpra os objetivos e princípios pelos quais são regidos. Talvez seja prudente o governo que destina regularmente uma parcela no seu orçamento para pagamentos de condenações judiciais e cumprimento de prestações positivas.

O mínimo existencial não se expõe a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública. A Administração só pode avaliar e escolher o cumprimento do mínimo, não cabendo outra opção quando necessária for uma ponderação de direitos, prestações positivas.

O Poder Público não pode deixar de promover o direito à educação básica da criança e do adolescente com alegação de que não há previsão orçamentária da despesa, pois as crianças têm constitucionalmente proteção integral, não tendo a Administração a opção de não prestar (cumprir) o direito constitucional da criança à educação básica.

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO



MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.-

Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- **não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.**

- **Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.⁹ (grifo nosso)

O direito à educação básica, além da sua não vinculação à discricionariedade administrativa e de ter na criança um sujeito dotado de proteção integral, na qualidade de pessoa em pleno desenvolvimento, tem também na criança um sujeito dotado de prioridade absoluta, nisto compreendendo a prioridade na formulação de políticas públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos. Importante salientar também a criação dos fundos de apoio e manutenção da educação e do ensino básico, que vincula um percentual da arrecadação dos entes federativos para o desenvolvimento da educação básica.

⁹ STF – Recurso Extraordinário: RE 436996 SP. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 26/10/2005. Publicação: DJ 07/11/2005 PP-00037 RDDP n. 34, 2006, p. 188-193.



CONCLUSÃO

Pretendemos investigar os desafios para concretização do direito à educação básica enquanto mínimo existencial diante dos recursos públicos cada vez mais escassos. Partindo de tudo acima desenvolvido, infere-se que a educação básica é um direito necessário à vivência digna humana, principalmente das crianças e adolescentes, que são pessoas em desenvolvimento, e que as cláusulas e obstáculos financeiros não podem servir para a sua não concretização, visto que o mínimo existencial não está condicionado à previsão orçamentária.

O Poder Judiciário e o Ministério Público devem intervir diante das ações e omissões que afrontam e desrespeitam os princípios e as normas constitucionais, que estabelecem uma prestação positiva para o Estado, no sentido de garantir o direito à educação básica, o direito à educação de crianças e adolescentes, cumprindo assim o Judiciário o seu papel de guardião da Constituição (Supremo Tribunal Federal) e do ordenamento jurídico, e o Ministério Público o sua competência de fiscal da lei e de protetor das crianças e adolescentes e dos direitos coletivos e difusos sociais.

Tamanha a importância desse direito fundamental social na ordem jurídica brasileira não se pode desvinculá-lo dos fundamentos e objetivos da República, previstos na Carta Magna. A dignidade da pessoa humana, certamente princípio maior do neoconstitucionalismo, deve pautar o Direito público, interna e internacionalmente. O direito à educação tem estreita ligação com uma vida digna, parte do mínimo existencial.

O direito à educação é fundamental, prestacional e subjetivo público. A efetividade do Direito à Educação junto à sociedade é primordial para o alcance da justiça social. A Constituição de 1988 exige uma educação plena e de qualidade. A legislação infraconstitucional complementa o instrumental normativo para alcançar esse direito público subjetivo de todos os brasileiros.

A sociedade deve cobrar corretas políticas educacionais por parte dos governos, para que não seja necessária a intervenção do Judiciário para o cumprimento de mandamento constitucional. Toda a comunidade deve clamar por vagas na escola, por infraestrutura adequada ao aprendizado pleno e por qualidade no ensino. A cidadania depende da educação, e a educação depende dela. Enfim, a prestação de educação plena é urgente para o desenvolvimento do Brasil.



REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2008. 29 p.

Disponível em:

<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 12 agosto 2016.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, George. Direito à habitação adequada: o desafio da efetividade e o discurso no Judiciário *in* **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos.** SILVA, Artur Stamford (org.). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível *in* **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** TIMM, Luciano Benetti & SARLET, Ingo Wolfgang (org.). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 18 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária *in* **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** TIMM, Luciano Benetti & SARLET, Ingo Wolfgang (org.). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.