

O DIREITO À EDUCAÇÃO: O CONFRONTO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE RIGHT TO EDUCATION: CONFRONTATION BETWEEN THE RESERVE FOR CONTINGENCIES AND HUMAN DIGNITY

*Elisandra Raffel Cinamadon*¹
Universidade do Vale do Itajaí

*Felipe Schmidt*²
Universidade do Vale do Itajaí

Resumo:

O objetivo deste artigo está alinhado com o que preleciona o método indutivo³, que é entender a Educação como direito fundamental social e que, intimamente ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e à vedação do retrocesso, não pode aceitar ser reduzida a uma tese denominada reserva do possível, alegada de forma generalizada pelo poder público. A Educação é muito mais do que a garantia de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões. Atrélada ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e à vedação do retrocesso, torna-se prestação material indispensável para uma vida digna, o que limita a sua reversibilidade.

Palavras-chave:

Direito à Educação. Dignidade da Pessoa Humana. Mínimo Existencial. Princípio da Vedação do Retrocesso. Reserva do Possível.

Abstract:

The purpose of this article is aligned to what the inductive method instructs, which is to understand education as a fundamental social right and that, as it is closely linked to the existential minimum, to the human dignity and to the retrocession prohibition, it cannot accept to be reduced to a thesis called reserve for contingencies, alleged in a general way by the public power. Education is much more than the guarantee of a dignified life in the face of the economic and political universe of decisions. Linked to the existential minimum, human dignity and retrocession prohibition, it becomes essential material providing for a dignified life, which limits its reversibility.

Keywords:

Right to Education. Human Dignity. Existential Minimum. Retrocession Prohibition. Reserve for Contingencies.

1 INTRODUÇÃO

A Educação é um direito social assegurado no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, mais do que isso, é um direito fundamental, não somente porque como tal se encontra positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), mas porque se situa dentre um conjunto de princípios e regras que o asseguram e fazem do nosso país um Estado Democrático de Direito.

¹ Doutora em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada.

² Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Promotor de Justiça.

³ A perspectiva conceitual de Método Indutivo foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 91.

Ocorre que não basta o direito social fundamental estar assegurado, pois haverá sempre uma perspectiva de seu não cumprimento. Nesse contexto, figuram a judicialização do direito social fundamental à Educação e a cláusula da reserva do possível, esta utilizada de forma genérica pelo poder público para justificar o não cumprimento de um direito social fundamental.

É sob esse enfoque que se questiona: o entrelaçamento entre o direito social fundamental à Educação, o mínimo existencial, os direitos humanos e o princípio da vedação do retrocesso pode ser uma alternativa para uma nova fase de cumprimento dos direitos fundamentais sociais e estabelecimento de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões?

Na primeira fase da pesquisa especificou-se o referente⁴ como: descrever como a Educação é vista no âmbito dos direitos fundamentais. A partir dessa análise, realizou-se uma reflexão sobre a Educação, direito social fundamental, e a problemática da cláusula da reserva do possível, além da verificação da possibilidade de entrelaçamento entre mínimo existencial, direitos humanos e o princípio da vedação do retrocesso. Na segunda fase da investigação, realizou-se a busca de jurisprudência, bem como de citações doutrinárias.

Já na terceira fase de pesquisa, correlacionaram-se os fatos e fundamentos da fase de investigação, direcionando-os para a quarta fase da pesquisa, qual seja, a de relatório, que aponta para um exame do referente abordado.

Para a formulação deste estudo, realizou-se pesquisa e identificação do principal enfoque, como sendo a Educação, colacionado à análise de citações e jurisprudência exemplificativas que, conseqüentemente, propiciaram contextualização para a percepção geral do referente, de acordo com o que a base lógica do método indutivo preleciona.

2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Educação é apresentada como direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 6º da CRFB/88, o qual estabelece que “São direitos sociais a educação [...] na forma desta Constituição”⁵, e no Capítulo II, Seção I, especialmente no art. 205, do mesmo diploma legal, ou seja, “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

⁴ A perspectiva conceitual da Técnica do Referente foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. p. 57-66.

⁵ BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

o trabalho.”⁶ Sem prejuízo desse enquadramento da Educação como direito fundamental, há quem a compreenda também como direito da personalidade ou mesmo como direito difuso⁷.

A perspectiva de Educação adotada pela Constituição Federal de 1988, tal qual por suas antecessoras, democráticas ou não, foi a da “educação formal”⁸. Segundo Felipe Bley Folly, “formalizar o processo educativo significa estabelecer sua concretização a partir de um ensino escolar estabelecido e institucionalizado pelo Estado, o que o Estado brasileiro realiza basicamente a partir de sua lei de diretrizes e bases da educação nacional [...]”⁹. À vista dessa forma de ordenação constitucional da Educação, o mesmo autor faz a seguinte crítica:

Essa crença em um modelo de educação organizado em um currículo de saberes mínimos, distribuição do conhecimento em disciplinas desconexas entre si reproduz o “homem moderno”, detentor de diversos conhecimentos teóricos, que nada ou pouco dialogam entre si, e encaram a realidade concreta como algo metodologicamente separado daquilo que se aprende na escola. Essa fragmentação de saberes e o isolamento da escola diante do mundo real são fundamentos do modelo atual de educação escolar, que, entretanto, vê na sua universalidade a grande saída para desenvolver um país¹⁰.

No que tange ao contexto no qual se situa tal formato de Educação, Canela Júnior¹¹ ensina que a Constituição de 1988 adotou o modelo de Estado Social com postulados nitidamente programáticos e intervencionistas, sendo indispensável que o Estado garanta aos cidadãos oportunidades de desenvolvimento, assegurando-lhes o mínimo de dignidade.

Grinover¹² complementa que a Constituição de 1988 fixou em seu artigo 3º objetivos fundamentais, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – acrescidos ao inciso II do art. 4º que remete à prevalência dos direitos humanos – os quais somente poderão ser atingidos se o Estado se

⁶ BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁷ SOUZA, Motaui Ciochetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 19.

⁸ Sob outra perspectiva, “[...] temos a denominada educação informal advinda da própria dinâmica da vida em sociedade”. (SOUZA, Motaui Ciochetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 13).

⁹ FOLLY, Felipe Bley. Da educação inscrita com timbre constitucional: garantias formais e desafios materiais do ensino escolar brasileiro. In CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro. Vol. 3. Constituições Econômica e Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 424.

¹⁰ FOLLY, Felipe Bley. Da educação inscrita com timbre constitucional: garantias formais e desafios materiais do ensino escolar brasileiro. In CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro. Vol. 3. Constituições Econômica e Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427.

¹¹ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 229.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. p. 127.

organizar no “[...] ‘*facere e prestare*’, incidindo sobre a realidade social. E aí que o Estado Social de Direito transforma-se em Estado Democrático de Direito.”¹³

Esse Estado Social surge da transição do Estado Liberal e promove uma alteração substancial na concepção de Estado e suas finalidades e disso advém, segundo Grinover¹⁴, o Estado que existe para satisfazer o bem comum e os direitos fundamentais, ou seja, os direitos econômico-sociais, de maneira que permita a fruição dos direitos de liberdade de primeira geração – um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Entretanto, cabe destacar que a terminologia direito fundamental pode assumir distintos sentidos, a depender do conteúdo que lhe for atribuído e é em razão disso que o direito fundamental, na condição de direito constitucionalmente assegurado, possui uma abrangência em parte distinta dos direitos humanos, no sentido de sinergia com os níveis de positivação.¹⁵

Por isso a necessidade, nesse primeiro momento, de demonstrar uma compreensão adequada do que são os direitos fundamentais.

Para a compreensão adequada do que são, afinal de contas, direitos fundamentais, não basta saber que se cuida de direitos assegurados pela ordem constitucional de determinado Estado, pois tal circunstância, embora essencial, por si só não é suficiente, ao menos de acordo com a evolução que marcou o constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra e da qual o modelo adotado pelo nosso próprio constituinte de 1988 é tributário.¹⁶

Para Canotilho¹⁷ o “*Constitucionalismo* é a teoria (ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, legitimando o aparecimento de uma Constituição moderna, entendida como uma “[...] ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e fixam limites do poder político [...]”¹⁸.

O artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é reiteradamente citado para identificar o “núcleo duro” de uma constituição em

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. p. 128.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. p. 126.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. *Ajuris, Porto Alegre*. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/>. Acesso em: 28 jun. 2016.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. *Ajuris, Porto Alegre*. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/>. Acesso em: 28 jun. 2016.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 52.

sentindo moderno. Vale a pena, porém, transcrever o preceito para se verificar que, em geral, os autores deixam na sombra o referente da constituição. Eis o teor do artigo citado:

Artigo 16º - “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de Constitution*”

Como se vê, não se fala aqui em Estado mas em sociedade. E sociedade “tem” uma constituição; a constituição é a constituição da sociedade. [...]

Nesse sentido se compreende a expressão – *constituição da República* – para exprimir a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado mas à própria comunidade política, ou seja, a *res publica*.¹⁹

E é nesse sentido, também traçando um paralelo com o entendimento de Grinover, supracitado, que o Estado somente se concebe hoje como Estado Constitucional e é identificado como um Estado Democrático de Direito, isto é, em que o conceito de direitos fundamentais não se limita apenas à condição de direitos positivados expressos, mesmo que, implicitamente, em determinada constituição. Dessa forma, “[...] um direito fundamental não é, portanto, apenas um direito de matriz constitucional.”²⁰

[...] um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano) mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um status, representado por um regime jurídico, diferenciado. [...]

O que importa, para nosso efeito, é que o Constituinte de 1988 igualmente trilhou tal caminho [...].²¹

Ou seja, “[...] firma-se aqui a posição em torno da tese de que [...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados [...]”²²

É sob esse enfoque que Bobbio²³ entende que a norma jurídica é aquela que “[...] independentemente da forma que se assuma, do conteúdo que se possua, do fim que se proponha, é estabelecida pelo poder soberano [...]”, ou seja, aquele poder que aqui pode ser interpretado como o dado à própria sociedade e que não é inferior a nenhum outro, como é o

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 88.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. *Ajuris*, Porto, Alegre. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. *Ajuris*, Porto, Alegre. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 17.

²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 3. ed. rev. Bauru: Edipro, 2005. p. 149. Título original: *Teoria della norma giuridica*.

caso do poder que a disposição dos direitos fundamentais concedeu aos cidadãos da sociedade em que se vive.

Sarlet²⁴ leciona que é o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º. III, da CRFB/88, que além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, cumpre uma função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos decorrentes e previstos em tratados internacionais, por exemplo, com autorização do parágrafo segundo, art. 5º, da Carta Magna: “[...] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²⁵

Nesse passo cabe registrar que a República Federativa do Brasil é signatária de diversos documentos internacionais em matéria de Educação, dentre os quais destacam-se os que seguem: 1) Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 26º); 2) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. 12); 3) Declaração dos Direitos da Criança (art. 7º); 4) Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino; 5) Declaração e Programa de Ação de Viena (art. 80); 6) Declaração Mundial de Educação para Todos, de Jomtien, Tailândia; 7) Declaração de Salamanca.

Para além desses regramentos de alcance internacional, a Educação, especialmente a partir da Constituição de 1988, está consolidada no Brasil como um direito fundamental de conteúdo prestacional²⁶, composto por “[...] direitos ao acesso e à utilização de prestações estatais [...] e direitos à participação na organização e no procedimento de realização”²⁷, e integrante do mínimo existencial²⁸, pois no momento em que o Estado Social se consolida com a efetivação e cumprimento de direitos sociais, passa a uma condição de Estado Democrático de Direito capaz de identificar dentro de suas normas e além delas, como é o caso da sua relação com tratados de direitos humanos internacionais, a intensidade para enfrentar a necessidade de seu cumprimento ou não.

Isso até porque, conforme ensina Bobbio²⁹,

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 111.

²⁵ BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

²⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 135.

²⁷ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 135.

²⁸ Segundo Motauri Ciocchetti de Souza, “[...] a igualdade de oportunidades e a asseguaração do mínimo existencial somente poderão surgir se a todos for assegurado o direito a processo educacional adequado”. (*Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 11).

²⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05-19.

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Os anseios sociais – aqui entendidos como o que a sociedade almeja, com tempos de busca por justiça, de consolidação de direitos fundamentais e de equilíbrio do ordenamento jurídico³⁰ –, desde a promulgação da Carta Magna, assim como as expectativas do cumprimento do direito social fundamental à Educação se tornam alvo de clamor. Tanto é assim que se reconhece a existência de um ramo autônomo da ciência do Direito, denominado Direito Educacional, responsável pela disciplina das chamadas relações juspedagógicas, que envolvem todos os sujeitos do processo de ensino e aprendizagem (Estado, professores, alunos, família, comunidade e instituições de ensino, sejam estas públicas, comunitárias ou privadas)³¹. Ademais, hoje se pode consultar livremente a jurisprudência pátria e verificar que algumas tantas decisões determinam a efetivação das normas assecuratórias de tal direito.

Contudo, vive-se um momento de crescente judicialização de políticas públicas, que deveriam ser cumpridas por esse Estado Democrático de Direito independentemente de determinação do Poder Judiciário, além de um momento de novas justificativas para o não cumprimento dos deveres do Estado e a não efetivação dos direitos sociais fundamentais: trata-se da problemática da cláusula da reserva do possível e o direito à Educação.

3 A PROBLEMÁTICA DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À EDUCAÇÃO

As expectativas pelo cumprimento do direito social fundamental à Educação aumentaram a partir do momento em que a sociedade se transformou e, já passadas mais de três décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, “[...] é possível afirmar que o debate em torno dos direitos fundamentais e da eficácia social (efetividade) que os mesmos alcançaram no cotidiano das pessoas não perdeu a atualidade [...]”³².

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 361-363.

³¹ CIMADON, Elisandra Riffel; CIMADON, Aristides. *O Princípio da Proporcionalidade e as relações juspedagógicas nas Universidades*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 35.

³² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11.

Ao contrário, lamentavelmente esse tema ainda ocupa a pauta de desafios do Estado e da sociedade, com a judicialização crescente das mais diversas demandas, que cobram ações cada vez mais arrojadas, especialmente, do Estado-Juiz.³³

Uma primeira constatação que se impõe, e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional), acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.³⁴

Com a adoção da tese da vinculação dos direitos fundamentais sociais, passou-se a admitir, portanto, a garantia de um mínimo existencial que, no entendimento de Sarlet, é “[...] compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável.”³⁵

Já para Grinover³⁶ o mínimo existencial é “[...] considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado [...]”.

Em contraponto ao mínimo existencial e, conseqüentemente, aos direitos prestacionais, está a reserva do possível, a qual, analisada sob o viés do direito de defesa, da conduta omissiva e do fator custo, tem muito a ponderar a respeito da prestação de obrigação de algo que não se mantém razoável.

[...] Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a colocação dos direitos sociais a prestação sob que se denominou de “reserva do possível”, que compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis a realização dos direitos na sua dimensão positiva. [...] A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático de direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação [...] da

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*, p. 12.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*, p. 14.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*, p. 25.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 132.

indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.³⁷

Dessa forma, frequentemente, a reserva do possível leva o Poder Judiciário à condenação da Administração ao cumprimento de duas obrigações: a de incluir no orçamento a verba necessária ao adimplemento da obrigação e a de aplicá-la para tal fim.³⁸ E isso logicamente para além da destinação dos recursos mínimos constitucionais compulsoriamente destinados à Educação pública, consoante previsto na Constituição de 1988³⁹.

Exemplificativamente, toma-se por base o Informativo n. 0431, do período de 19 a 23 de abril de 2010, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual entende que “A tese da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) assenta-se na ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*)”⁴⁰ e que “[...] quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada [...]”⁴¹

Prossegue e afirma que é por tal motivo que “[...] a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais [...] Não fica difícil perceber que, entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação.”⁴²

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: Orçamento e ‘reserva do Possível’*, p. 29-30.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 138.

³⁹ MONLEVADE, João Antônio C. Financiamento da educação na Constituição e na LDB emendadas. In: BRZEZINSKI, Iria (org.). *LDB/1996 Contemporânea. Contradições, tensões, compromissos*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 335.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em: 20 abr. 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em: 20 abr. 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em: 20 abr. 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

O Informativo mencionado reuniu precedentes da corte que versavam sobre o dever de o Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola – arts. 227 da CRFB/1988, 4º da Lei n. 8.069/1990 e art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – entendendo que a alocação de recursos orçamentários para o atendimento do mínimo existencial pode efetivamente advir da insuficiência orçamentária. Entretanto, a real insuficiência deve ser demonstrada pelo poder público e não utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal.

No mesmo sentido, em dezembro de 2015 e abril de 2016, o STJ reafirmou seu entendimento, conforme se pode ver a seguir:

[...] ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. [...] IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. [...]

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. [...]

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. [...]

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. [...].⁴³

[...] MATRÍCULA. CRIANÇA. CRECHE. DEVER DO PODER PÚBLICO. [...] ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. [...] o reconhecimento do direito da criança à matrícula em creche municipal foi realizado a partir de uma interpretação sistemática dos arts. 205 e 208 da Constituição

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790767 / MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0248784-0 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AgRg+no+AREsp+790767&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

Federal; 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação; 53 e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A orientação do acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da obrigatoriedade de o Poder Público garantir às crianças de zero a seis anos o acesso às creches, não sendo possível invocar-se como óbice ao cumprimento desse dever teses abstratas referentes à ausência de recursos orçamentários e à reserva do possível. Vejam-se: AgRg no AREsp 790.767/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 3/12/2015, DJe 14/12/2015; AgRg nos EDcl no AREsp 656.070/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015; REsp 440.502/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 24/9/2010.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁴

Além disso, Grinover⁴⁵, ao analisar a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, ADPF n.º 45, constatou que sua posição é de que são necessários alguns requisitos para que o Poder Judiciário intervenha no controle das políticas públicas: 1. O limite do mínimo existencial; 2. A razoabilidade da pretensão deduzida ao poder público e; 3. A disponibilidade financeira do Estado para efetivar a prestação positiva reclamada.

Portanto,

Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

[...] recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proteção ao excesso e de insuficiência, além de, nessa dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo poder de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.⁴⁶

O problema dos direitos fundamentais como direitos prestacionais ou “quota-parte” coloca em evidência/discussão o fato de uma pretensão de omissão dos poderes se converter

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 760830 / MG. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0195513-0. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reserva++poss%EDvel+educa%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 130-132.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*, p. 32-33.

em uma proibição de omissão – um direito subjetivo público de o cidadão exigir do Estado a prestação⁴⁷ (especificamente educacional, no tema ora sob exame).

Como se pôde perceber das decisões colacionadas, o poder público, constantemente, busca omitir sua responsabilidade na realização do acesso à Educação a crianças de zero a seis anos nas creches municipais, sob a alegação da reserva do possível, ou seja, sob a perspectiva da falta orçamentária e escassez de recursos em razão de escolhas administrativas. Contudo, os direitos fundamentais não dão opção e clamam por cumprimento. A exceção somente acontecerá quando a utilização da reserva do possível não se configure uma falácia, como, por exemplo, quando houver a ponderação entre dois direitos fundamentais para salvaguardar o núcleo essencial.

A jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* caminha precisamente no sentido da inadmissibilidade da invocação da cláusula da “*reserva do possível*” nos processos em que estejam em jogo o “*mínimo existencial*” (RE n. 482.611, Santa Catarina, Rel. Min. Celso de Mello). Na mesma direção evolui a jurisprudência do *Superior Tribunal de Justiça*, consoante se extrai do acórdão do Recurso Especial n. 1.185.474 – SC, relatado pelo Min. Humberto Martins. Extrai-se da ementa desse julgado a seguinte afirmativa: “Aqueles direitos que são intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial”.⁴⁸

Ao discorrer a respeito da forma de constitucionalização das diretivas e dos direitos prestacionais, Canotilho entende que

A sua conexão e interdependência com as receitas orçamentais e decisões políticas, os seus conflitos com outros direitos ou bens constitucionais, a sua relativização originada pela escassez de recursos, a sua identificação concreta dos titulares activos e passivos das prestações, a sua “mistura” com a questionabilidade de representação e bens coletivos e com a imputação de deveres emergentes da realização de fins coletivos, tudo isso demonstra que o inequívoco *valor político* que assume a constatação destes direitos a nível constitucional se tem que equacionar em face de uma constituição concreta – *teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada* – com a necessidade de uma solução diferenciada dentro do leque dos direitos de referência.⁴⁹

E é precisamente nesse sentido que é importante entender que todos os direitos fundamentais possuem sua vertente na dignidade da pessoa humana⁵⁰ e que, muito embora a

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Portugal: Coimbra, 1994, p. 364-365.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘Mínimo Existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 218.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 173.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 112.

positivação do princípio seja relativamente recente⁵¹, o constituinte, em 1987/88, ao reconhecer os fundamentos do nosso Estado Democrático (Social), “[...] reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua [...]”⁵².

Entretanto, “[...] há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerado algo inerente à natureza do homem [...]”⁵³ e é justamente nesse aspecto “[...] que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais.”⁵⁴

A Educação, direito social fundamental, deve ser sentida não apenas como prestação assegurada constitucionalmente e exigível pela via jurisdicional. Ela é premissa e pressuposto de todos os demais direitos fundamentais⁵⁵. Faz-se necessário, portanto, seja compreendida como integrante do mínimo existencial, isto é, de uma vida minimamente decente e que se entrelace com a dignidade humana de forma plena. Para esse fim é que a Constituição de 1988 expressamente previu, entre os princípios gerais de regência da educação no país, a igualdade (de condições para o acesso e permanência na escola), a liberdade (de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber), o pluralismo (de ideias e concepções pedagógicas), a gratuidade (do ensino público em estabelecimentos oficiais), a valorização dos profissionais da educação, a democracia (na gestão do ensino público), a qualidade (como garantia fixada a partir de padrões mínimos) e a possibilidade de sua fruição ao longo da vida (art. 206)⁵⁶, todos aspectos que se harmonizam com a dignidade da pessoa humana e que tendem a assegurar a esta o mínimo existencial. Uma das tentativas de garantia do olhar sob esse viés pode ser o princípio do não retrocesso social.

4 A EDUCAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Educação, direito fundamental social, possui amparo na jurisprudência da Corte Suprema brasileira, assegurada com a fundamentabilidade do mínimo existencial e a rejeição quase absoluta da reserva do possível. Entretanto, é necessário entender que a Educação não

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 113.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 114-115.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 119.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 119.

⁵⁵ SOUZA, Motaury Ciochetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 11.

⁵⁶ BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2023.

pode ser vista apenas sob o viés dessa fundamentabilidade que pode, também, ser encarada como reducionista. Deve ser sentida, porém, como um efetivo entrelaçamento com o princípio da dignidade da pessoa humana, em busca de valores que construam, efetivamente, uma sociedade que promova o bem-estar de todos.

[...] Cabe deixar anotado, demais disso, que a fundamentabilidade dos direitos sociais não está reduzida ao “*mínimo existencial*”, pois, como bem anota Ana Carolina Lopes Olsen, “além da fundamentabilidade formal reconhecida aos direitos sociais, não se pode deixar de observar que sua fundamentabilidade material extravasa o conteúdo do mínimo existencial”. Afinal, preocupou-se o constituinte com a dignidade da pessoa humana (como um todo, e não em sua versão minimalista), com o valor social do trabalho, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalidade, e, finalmente, com a promoção do bem de todos. (CF, arts. 1º e 3º).⁵⁷

Portanto, ao considerar que a dignidade da pessoa humana não pode ser tomada como inerente à natureza do homem é que é relevante a constatação de que ela também é limite e tarefa do Estado e reclama que as ações deste sejam guiadas para que seja preservada e para que se criem condições que possibilitem seu pleno exercício.⁵⁸ Trata-se de concurso entre o Estado e a comunidade.⁵⁹

O mínimo existencial em um processo de evolução e melhora social do país tende a mudar sua variável, pois ampliará sua abrangência se amparado pela dignidade da pessoa humana e presidido pelo princípio da proibição do retrocesso.

O “*mínimo existencial*”, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país.⁶⁰

Assim é que, especificamente quanto ao direito fundamental à educação, a noção de mínimo existencial abrange, pelo menos, como se pode inferir da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para aqueles que não o frequentaram na idade própria (art. 54, I), que é qualificado como direito público subjetivo (art. 54, §1º), o que significa que o particular pode exigir do Estado seu cumprimento, mesmo em juízo, sendo passível de responsabilidade a autoridade que não o

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: ‘Mínimo Existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 219.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 120.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 120.

⁶⁰ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: ‘Mínimo Existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 219.

oferecer ou o fizer de forma irregular (art. 54, §2º)⁶¹. Daí também porque “serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais” (art. 210, *caput*, da Constituição da República).

Sobre essa matéria, o art. 208, I, da Constituição da República, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 59/2009⁶² (posterior à do art. 54 da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), dispôs que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade. Destarte, essa novel previsão constitucional de que o direito em tela tem por objeto não apenas o ensino fundamental, como preceitua a Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, mas toda a educação básica, que compreende a educação infantil, o ensino fundamental de nove anos e o ensino médio, e a fixação expressa dos referidos limites etários, que estendeu a duração da proteção estatal ao final da adolescência, vieram ampliar - e com estatura constitucional - o alcance da disposição normativa anterior e reafirmar a essencialidade do direito em questão, reforçando sua condição de integrante do mínimo existencial.

Ademais, mesmo para além da educação básica, o direito fundamental à educação, tomado amplamente, já foi considerado, nas palavras de Eduardo Appio, como uma “alternativa à subalternidade”⁶³, sendo pressuposto inarredável ao exercício dos direitos civis e políticos⁶⁴ e, conforme Rodrigues e Cunha, possui dimensão fundante da cidadania, cumprindo papel basilar de todo o ordenamento jurídico⁶⁵, predicados que autorizam compreender que a educação básica integra o mínimo existencial. Assim é que, como a política pública de educação pública está instituída na Constituição e em leis, cabe ao Poder Judiciário determinar medidas de cunho substitutivo e mandamental em face de eventual omissão do gestor público em sua implementação⁶⁶, que é compulsória, o que vem novamente evidenciar a condição de integrante do mínimo existencial conferida ao direito à educação.

Mas a inserção do direito fundamental à educação no conteúdo do mínimo existencial tem também o condão de repelir eventual reconhecimento de discricionariedade da

⁶¹ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

⁶² BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁶³ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012; p. 190.

⁶⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 191.

⁶⁵ RODRIGUES, Esther Faria. CUNHA, Helvécio Damis de. O Direito Fundamental à Liberdade de Ensinar como Garantia do Direito à Educação. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*. V. 26, n. 51, 2023; p. 223.

⁶⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 192.

Administração Pública quanto à sua realização, que é impositiva, bem assim de afastar uma pretensa subordinação sua a razões de mero pragmatismo governamental⁶⁷. Portanto, não se admite que o arbítrio estatal, argumentos de natureza meramente política ou econômica ou algum obstáculo artificial sejam opostos à plena efetivação do direito fundamental à educação⁶⁸. Acrescente-se que o núcleo essencial do mínimo existencial, o qual contempla o direito fundamental à educação, é intangível, devendo ser preservado em sua integridade e integralidade. Em face de todos esses predicados do direito fundamental à educação, que está em tudo implicado com a dignidade da pessoa humana, já se atribuiu, em doutrina, aos dispositivos constitucionais alusivos à educação, a qualidade de cláusula pétrea⁶⁹.

O princípio do não retrocesso social ou vedação do retrocesso é encontrado quando diante da obtenção de determinado grau de realização de um direito social fundamental, simultaneamente, este passa a constituir uma garantia institucional, limitando a reversibilidade de direitos adquiridos, sob pena de “[...] clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana.”⁷⁰

O não retrocesso precipuamente proíbe que o Estado tome medidas descabidas e que restrinjam conteúdos e direitos já assegurados.

O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais devotou atenção à vedação de que Estados deliberadamente introduzissem medidas que implicassem retrocesso. O princípio subjacente é o de que se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais requer progressiva realização dos direitos ali incluídos – reconhecendo o caráter necessariamente gradual de seu gozo pleno, também proíbe que os Estados tomem medidas que piorem a sua realização. Como um critério para a comparação normativa, a vedação do retrocesso significa que qualquer medida adotada pelo Estado que suprima, restrinja ou limite o conteúdo dos direitos já garantidos pela legislação, constitui violação *prima facie*.⁷¹

Não há como imaginar, por exemplo, que um direito social fundamental expresso na Carta Magna e consolidado na Corte Suprema – no sentido de que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial – se depare com um “fator surpresa” aplicado pelo Estado. Os cidadãos lesados perderiam não somente o núcleo essencial – o direito à Educação

⁶⁷ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 204.

⁶⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 202.

⁶⁹ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional*, p. 21.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 338-339.

⁷¹ COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 509-510.

– mas também a confiança, a credibilidade no país como um todo – pela falência dos sistemas – e, especialmente, teriam sua dignidade humana violada.

[...] a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).⁷²

O princípio da proibição do retrocesso social é um núcleo essencial que pretende garantir a dignidade da pessoa humana, que antes mesmo de estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro já era notória na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.⁷³

Pode-se conceituar o princípio da proibição do retrocesso ou vedação do retrocesso como “[...] núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido [...]”⁷⁴ Canotilho prossegue e explica que entende inconstitucional qualquer medida estadual que “[...] sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial [...]”⁷⁵

O espírito da proibição do retrocesso pode ser esclarecido com a explanação de Pasold, ao discorrer acerca da utilização do instrumento estatal para a criação e realização de “[...] condições de sensibilidade, racionalidade e acessibilidade – com igualdade de possibilidades – para o Homem, frente a alternativas efetivamente existentes nos planos político, social e econômico.”⁷⁶

[...] A Educação move a organização, a tecnologia, o conhecimento, os valores e determina o modo de ser da Sociedade humana. A qualidade de vida do ser humano está, de modo fundamental, ligada à Educação. [...]⁷⁷

Ao estabelecer um entrelaçamento necessário entre o direito fundamental à Educação, o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação do retrocesso, poderíamos pensar, mesmo que em um primeiro momento, de forma utópica, em uma nova fase para o cumprimento dos direitos fundamentais sociais e o estabelecimento de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 124.

⁷³ PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008. p. 10-18.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 339-340.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 340.

⁷⁶ PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 86.

⁷⁷ CIMADON, Aristides. *Autonomia dos estados federados e direito educacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 195.

Aliás, essa é uma alternativa que foi proposta por Touraine, ao discorrer a respeito da atual realidade econômica e social, isto é, “[...] Precisamos, acima de tudo, dar novamente vida a um humanismo respeitador das demandas de todos os seres humanos [...]”⁷⁸

O confronto entre a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana persiste em razão especialmente da questão econômica e política. Entretanto, há indícios de que o amparo constitucional, universal e jurisprudencial são um grande passo para a luta pela conscientização de mudança. As crises até então enfrentadas e a grande dificuldade política que assola o Brasil na atualidade pode, numa perspectiva bem otimista, trazer percepções de necessidade de mudança até mesmo para trazer argumentos nos quais as decisões “[...] devem apoiar-se para satisfazer a pretensão à correção.”⁷⁹

Contudo, não se pode deixar de lembrar de uma citação promissora e reflexiva de Marco Aurélio⁸⁰: “[...] vê como todas as coisas estão sempre a nascer da mudança [...]”

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Educação é núcleo essencial do direito fundamental social e não pode ser reduzida a uma tese afirmada pelo poder público de forma genérica e que busca garantir uma vida digna somente diante do universo econômico e político de decisões. Além disso, está disposta no ordenamento jurídico brasileiro como direito social fundamental e encontra-se intimamente ligada ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e ao princípio da vedação do retrocesso, porque busca um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna, reconhece os direitos fundamentais e limita a reversibilidade de direitos adquiridos.

Isso também porque as cortes brasileiras já possuem o entendimento consolidado de que os direitos sociais fundamentais não podem ser restringidos em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Ou seja, constatada a reserva do possível, a Educação deve ou ao menos deveria ser provisionada para a próxima reserva orçamentária, pois a qualidade de vida das pessoas está imbricada nesse direito social fundamental.

O entrelaçamento entre o direito social fundamental à Educação, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e princípio da vedação do retrocesso poderia ser pensado como

⁷⁸ TOURAINE, Alain. *Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Tradução Francisco Morás. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. p. 196. Título original: *Après la crise*.

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 155. Título original: *Begriff und geltung des rechts*.

⁸⁰ MARCO, Aurélio. *Meditações*. Tradução Thainara Castro Lima. Brasília: Kiron, 2009. p. 52.

uma nova fase efetiva para o cumprimento dos direitos fundamentais sociais e o estabelecimento de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões. A pretensão de correção pode reafirmar-se cada vez mais com a alternativa ora apontada. Entretanto, trata-se de um confronto de grandes atores, em que a sociedade se configura como peça-chave na promoção da mudança.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: Begriff und geltung des rechts.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

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

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Título original: L'età dei diritti.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 3. ed. rev. Bauru: Edipro, 2005. Título original: Teoria della norma giuridica.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790767 / MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0248784-0. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AgRg+no+AREsp+790767&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 760830 / MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0195513-0. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reserva++poss%EDvel+educa%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20 abr. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 jun. 2016.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Portugal: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CIMADON, Aristides. *Autonomia dos estados federados e direito educacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CIMADON, Elisandra Riffel; CIMADON, Aristides. *O Princípio da Proporcionalidade e as relações juspedagógicas nas Universidades*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOLLY, Felipe Bley. Da educação inscrita com timbre constitucional: garantias formais e desafios materiais do ensino escolar brasileiro. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. 3. Constituições Econômica e Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: SAFe, 2001.

MARCO, Aurélio. *Meditações*. Tradução de Thainara Castro Lima. Brasília: Kiron, 2009.

MONLEVADE, João Antônio C. Financiamento da educação na Constituição e na LDB emendadas. In: BRZEZINSKI, Iria (org.). *LDB/1996 Contemporânea. Contradições, tensões, compromissos*. São Paulo: Cortez, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

RODRIGUES, Esther Faria. CUNHA, Helvécio Damis de. O Direito Fundamental à Liberdade de Ensinar como Garantia do Direito à Educação. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*. V. 26, n. 51, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. *Ajuris, Porto Alegre*. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010.

TOURAINÉ, Alain. *Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Tradução de Francisco Morás. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. Título original: *Après la crise*.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘Mínimo Existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Submissão: 10/04/2019. Aprovação: 11/12/2023.