

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

LEAN ANTÔNIO FERREIRA DE ARAÚJO

**(IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS  
DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA EFETIVIDADE DA POLÍTICA  
PÚBLICA DE EDUCAÇÃO OBRIGATÓRIA E GRATUITA – AFASTAMENTO  
DAS LIMITAÇÕES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Porto Alegre  
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

LEAN ANTÔNIO FERREIRA DE ARAÚJO

**(IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS  
DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA EFETIVIDADE DA POLÍTICA  
PÚBLICA DE EDUCAÇÃO OBRIGATÓRIA E GRATUITA – AFASTAMENTO DAS  
LIMITAÇÕES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Porto Alegre

2019

LEAN ANTÔNIO FERREIRA DE ARAÚJO

**(IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS  
DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA EFETIVIDADE DA POLÍTICA  
PÚBLICA DE EDUCAÇÃO OBRIGATÓRIA E GRATUITA – AFASTAMENTO DAS  
LIMITAÇÕES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Tese Jurídica, apresentada à banca examinadora como requisito final para obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

Área de concentração: Direito Público, Dignidade da Pessoa Humana.

Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2019

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: \_\_\_\_\_

Data: 04/06/2019

E-mail: araujolean@hotmail.com

A287

Araújo, Lean Antônio Ferreira de

(In)aplicabilidade do princípio da reserva do possível nas decisões dos Tribunais Superiores na efetividade da política pública de Educação obrigatória e gratuita – afastamento das limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal. – Rio Grande do Sul: s.n., 2019.

270 p. ; 30 cm.

Referências: 245-270

Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet  
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

1. Educação fundamental. 2. Direito subjetivo público. 3. Convencionalidade normativa. 4. Responsabilidade fiscal. 5. Dever orçamental. 6. Justicialidade.

CDD 340

LEAN ANTÔNIO FERREIRA DE ARAÚJO

---

**(IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS  
DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA EFETIVIDADE DA POLÍTICA  
PÚBLICA DE EDUCAÇÃO OBRIGATÓRIA E GRATUITA – AFASTAMENTO DAS  
LIMITAÇÕES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

---

Tese Jurídica, apresentada à banca examinadora como requisito final para obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

Área de concentração: Direito Público, Dignidade da Pessoa Humana.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Coordenador e Presidente)

Instituição: PUC-RS                      Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

Instituição: UFAL                      Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

Instituição: UFSE                      Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Flávio Pansieri

Instituição: PUC-PR                      Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Marco Félix Jobim

Instituição: PUC-RS                      Assinatura \_\_\_\_\_

---

## **Agradecimentos**

A pesquisa pressupõe a realização de estudo criterioso sobre um objeto de relevância social, a fim de que o resultado a ser alcançado pelo conhecimento produzido possa contribuir no processo contínuo de transformação da realidade, com reflexo na dimensão individual e comunitária da pessoa humana.

A atividade exige não somente a dedicação do pesquisador, mas a sinergia com outros atores que figuram como pilares indispensáveis a realização de árdua tarefa, impondo-se, desta forma, o dever de exteriorizar os agradecimentos a estes colaboradores.

Primeiramente, agradeço as instituições realizadoras do DINTER, a saber: PUC-RS e CESMAC, as quais por intermédio de seus gestores propiciaram a qualificação de profissionais do direito com atuação na atividade docente.

Na sequência, registro os meus agradecimentos ao Prof. Dr. Ingo Sarlet, orientador desta pesquisa, pela direção e efetiva colaboração na construção do processo de prospecção para apresentação de um resultado que pudesse contribuir na alteração da realidade da educação básica na perspectiva dos limites fiscais identificáveis, num país em desenvolvimento.

Agradeço aos professores Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior, Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado, Prof. Dr. Flávio Pansieri, Prof. Dr. Marco Félix Jobim e Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro pela participação nas bancas de qualificação e defesa, oportunidade, em que as intervenções contribuíram significativamente para o aprimoramento do texto apresentado.

Neste cenário de agradecimento realço a participação dos colegas Isaac Sandes Dias, Marília Cerqueira Lima, Maurício André de Barros Pitta e Marcelo Toledo Silva (*in memoriam*) e aos companheiros de vida acadêmica, meu muito obrigado.

Por fim, agradeço aos colaboradores Pedro Henrique Silva dos Santos, Maria Cleane Alves Lins e Caren Andréa Klinger pela participação no processo organizacional deste estudo e a todas as pessoas que torceram ou intercederam por mim, mesmo que de forma anônima ou discreta.

Araújo, Lean Antônio Ferreira de. **(In)aplicabilidade do princípio da reserva do possível nas decisões dos Tribunais Superiores na efetividade da política pública de Educação obrigatória e gratuita – afastamento das limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2019. 270 p. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2019.

## RESUMO

O direito à educação no constitucionalismo brasileiro apresenta processo evolutivo harmonioso com as normas internacionais de proteção à educação obrigatória e gratuita. Não sem razão, no processo legislativo doméstico identifica-se adequada convencionalidade com o sistema global e regional que reconhece os direitos humanos como direitos inerentes à natureza humana. Inspirado neste sistema normativo global e regional de proteção dos direitos humanos, a ordem constitucional brasileira de 1888 positivou material e formalmente o direito à educação obrigatória e gratuita como direito fundamental prestacional. No Estado constitucional, os indivíduos deixaram de ser observados como objeto e adquiriram o *status* de sujeitos de direitos. Para a consecução das novas missões sociais, o Estado Constitucional foi submetido a uma nova ordem fiscal, cujo veículo de disciplinamento foi a implementação das normas orçamentais, na perspectiva da reserva do Parlamento, cujo protagonismo é incontestado na equalização da relação receita e despesa. A Constituição Federal reconhece a educação como instrumento fundamental da própria existência do Estado, fixando, inclusive, um piso de financiamento. A manipulação da atividade financeira do Estado, cuja consequência é a oferta irregular ou insatisfatória do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita, gerou a intervenção, a partir da década de 90, do Poder Judiciário na implementação de política pública para a sua realização. Na preservação da separação dos poderes, a doutrina nacional e a jurisprudência pátria, inspiradas nas doutrinas germânica, portuguesa e espanhola, desenvolveram teses para reconhecer a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais e solucionar a colisão de direitos fundamentais. No cenário fiscal atual faz-se necessário, com fundamento nas teses já existentes e com a indicação de novos elementos constantes deste estudo, o afastamento de limites fiscais para assegurar o direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, regular e de qualidade.

**Palavras-chave:** Educação fundamental – direito subjetivo público – convencionalidade normativa – responsabilidade fiscal – dever orçamental – limites – afastamento – justicialidade

Araújo, Lean Antônio Ferreira de. **(In) applicability of the minimum reserve principle in superior courts decisions in the effectiveness of Compulsory and free of cost education public policy - disengagement from Fiscal Responsibility Law limitations.** 2019. 270 p. Thesis (Doctorate in Law). Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2019.

## **ABSTRACT**

The right to education in Brazilian constitutionalism presents an evolutionary process which aligns with international standards for the protection of compulsory and free of cost education. In the domestic legislative process adequate conventionality is identified when compared to the global and regional system, which recognizes human rights as rights inherent to human nature. Inspired by this global and regional normative system for protection of human rights, the Brazilian constitutional order of 1888 included material and formally the right to compulsory and free of cost education as a provision fundamental right. In the constitutional state, individuals were no longer recognized as object, but acquired the status of subjects with rights. To achieve the new social missions, the Constitutional State was submitted to a new fiscal order, within which the discipline conveying mean was the implementation of the budgetary norms, from the perspective of the parliamentary reserve, whose role is inconsistent in the equalization of revenue and expenditure ratio. The Federal Constitution recognizes education as a fundamental instrument for the very existence of the State, establishing even a minimum financing. The manipulation of State's financial activity, which has as consequence irregular or unsatisfactory supply of the right to compulsory and free of cost basic education, culminated in the intervention, since the 90's, of the Judiciary in the implementation of public policy for its accomplishment. In preserving the separation of powers, the national doctrine and jurisprudence, inspired by the German, Portuguese and Spanish doctrines, developed theses to recognize the effectiveness of the fundamental provision rights and to resolve the collision of fundamental rights. At the current fiscal scenario, it is necessary, based on the existing theses and with indication of new elements, included in this study, the disengagement of fiscal limits, to ensure the fundamental right to compulsory and free of charge education regularly and with quality.

**Keywords:** Basic education – public subjective right – normative convention – fiscal responsibility – budgetary duty – boundaries – disengagement – justice

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1ª PARTE</b> .....	17
Educação fundamental como direito fundamental e dever estatal na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	17
<b>CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO E GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIA E GRATUITA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - DFEFOG</b> .....	17
<b>CAPÍTULO 2 – O DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIA E GRATUITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	34
2.1 A fundamentalidade material e formal do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita.....	34
2.2 O direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como direito fundamental social de direito subjetivo e sua dupla dimensão negativa e positiva, em especial como direito subjetivo definitivo e com posição preferencial na perspectiva constitucional.....	40
2.3 A dimensão objetiva do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como dever constitucional de proteção e promoção, incluindo sua dimensão organizatória e procedimental, e o papel dos Poderes Legislativo e Executivo na sua concretização.....	50
2.4 A abertura material do catálogo constitucional do direito fundamental ao sistema internacional (universal e regional) de direitos humanos.....	60
2.4.1 Incorporação e o valor jurídico dos tratados de direitos humanos no Brasil.....	67
2.4.2 O direito fundamental à educação obrigatória e gratuita no sistema da ONU e no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.....	74
2.4.3 Controle de convencionalidade e observância obrigatória dos parâmetros internacionais normativos e jurisprudenciais como parte do conteúdo do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita no Brasil.....	81
2.4.4 O direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como direito em especial a uma educação de qualidade.....	90
<b>CAPÍTULO 3 – COMPREENSÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL ESTRANGEIRO</b>	

<b>PELAS CORTES DA ESPANHA E DE PORTUGAL E NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL.....</b>	<b>97</b>
3.1 No direito constitucional estrangeiro.....	97
3.1.1 Espanha.....	102
3.1.2 Portugal.....	106
3.2. Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ...	109
<b>2ª PARTE.....</b>	<b>115</b>
O problema dos limites fiscais e orçamentários, bem como da assim chamada reserva do possível para a efetividade do direito fundamental e o dever estatal de proteção e promoção do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita.....	115
<b>CAPÍTULO 4 – A EVOLUÇÃO DO ESTADO FISCAL, OS LIMITES CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIOS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIAS PARA O DIREITO À EDUCAÇÃO....</b>	<b>115</b>
4.1. A evolução do Estado Fiscal como fundamento das garantias constitucionais para a efetividade do DFEFOG.....	115
4.2 Orçamento público, sua formatação e características na Constituição brasileira.....	135
<b>CAPÍTULO 5 – O PROBLEMA DA ASSIM CHAMADA RESERVA DO POSSÍVEL E SUAS DIMENSÕES NO BRASIL.....</b>	<b>154</b>
<b>CAPÍTULO 6 – LIMITES E POSSIBILIDADES DE REALIZAÇÃO DO DFEFOG EM FACE DA RESERVA DO POSSÍVEL NO QUE CONCERNE AOS PISOS CONSTITUCIONAIS DE RECURSOS E AOS LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.....</b>	<b>173</b>
<b>CAPÍTULO 7 – ANÁLISE DO PAPEL DO STF E DO STJ NA EFETIVAÇÃO DO DFEFOG E OS CRITÉRIOS DE MATRIZ CONSTITUCIONAL PARA A SUA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO.....</b>	<b>190</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>238</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>245</b>

## INTRODUÇÃO

O ato de pesquisar pressupõe a realização de estudo criterioso sobre um objeto de relevância social, a fim de que o conhecimento pretendido possa contribuir no processo de transformação da realidade, tendo em vista que a pessoa humana, na dimensão individual ou comunitária, seja reconhecida dignamente.

Como objeto de relevância social tem-se o direito fundamental à educação obrigatória e gratuita que no constitucionalismo brasileiro foi elevado ao patamar de maior relevo, pois é por intermédio do processo educativo que o homem se torna capaz de desenvolver suas aptidões físicas, morais e intelectuais, constituindo-se, desta forma, como um direito a ser exigido pelo indivíduo e um dever a ser adimplido pelo Estado.

Na construção do catálogo de direitos fundamentais, a educação foi contemplada como direito fundamental prestacional. Sua violação constituirá ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, que no ambiente da ordem constitucional brasileira assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais.

No processo de investigação, partir-se-á da teoria de Sarlet, para quem a formalidade do direito fundamental repousa na seara de sua positivação na Carta Constitucional, sustentando-se este direito na própria essência do Estado Democrático e ocupando na Carta Maior o *status* da supralegalidade, a estruturar o sistema constitucional.

Buscar-se-á, neste contexto de positivação, identificar se esta se apresenta suficiente para a efetivação do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita, dado que a materialidade constitui a própria existência, por intermédio do princípio da dignidade da pessoa humana.

A prospecção avançará sobre o processo legislativo doméstico, no sentido de verificar se este foi edificado sobre os pilares do sistema global e regional que disciplina a proteção do conjunto dos direitos humanos, e se a educação, nesta

perspectiva, integra este conjunto, no qual os direitos são identificados como atributos dos indivíduos.

No estudo, abordar-se-á o processo de construção do Estado Constitucional e a sua correlação com a evolução do Estado Fiscal como elemento imanente da viabilidade das ações positivas, isto porque já se reconhece que o problema nodal do Estado Constitucional é o financiamento das políticas públicas, visto que a realização efetiva dos direitos culturais, sociais e econômicos submete-se ao economicamente viável.

No ambiente do Estado Constitucional, os direitos fundamentais são pressupostos da sua própria existência, mas a concretização dos direitos fundamentais lhes atribuirá feição de Estado ideal. Diante da finitude de recurso, é de se desenvolver reflexões sobre o sistema disciplinador da rigidez fiscal e sobre a estrutura normativa orçamental.

Na fixação do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como elemento nuclear da investigação, em decorrência de ter a Carta Constitucional definido como dever do Estado para empreender o desenvolvimento da pessoa e para o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dever-se-á investigar como se deu a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

Na intervenção do Poder Judiciário, pretende-se compreender quais os fundamentos utilizados na *ratio decidendi* para a resolução da colidência de bens, bem como identificar os elementos empregados na superação das restrições de natureza fiscal e orçamental.

Na intervenção do Poder Judiciário, o estudo pretende identificar, ainda, qual o conjunto de elementos no direito constitucional hodierno, hábil a resolver questões de elevado abstracionismo, com elementos fáticos ponderáveis que permeiam os juízos e tribunais de parte expressiva da esfera global, a partir de um eloquente instrumento de diálogo que permite, nas esferas jurídica, social, econômica, cultural e política, ajustar diálogos ideológicos, subjetivos e objetivos em diversos idiomas.

O objetivo da tese não será apenas compreender os elementos utilizados nos fundamentos das intervenções, mas ir além, a fim de ofertar contributos para afastar os limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal e, ainda, instituir breves reflexões sobre os limites do Novo Regime Fiscal, editado pela Emenda Constitucional nº 95/16, de logo, registrando que a referência ao novo Regime Fiscal é fruto de seu surgimento no curso no processo investigativo da pesquisa, com o propósito de ampliar o grau de efetividade do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita.

A identificação de novos elementos contribuirá na orientação da intervenção do Poder Judiciário, quando do enfrentamento do problema dos limites e das restrições do direito fundamental em observação (educação obrigatória e gratuita), em decorrência de questões relativas às imposições constitucionais orçamentárias e de receita, proporcionalidade, razoabilidade, proibição do retrocesso social, mínimo existencial e núcleo essencial.

Para alcançar a resposta necessária sobre o afastamento, se não total, mas ao menos parcial, dos limites decorrentes da finitude de recursos, questão que necessita de abordagem é o processo de produção da legislação orçamental, mormente o desenvolvimento desta legislação na teoria da lei, a fim de demonstrar como se pode equalizar receita e despesa, mediante o impedimento de manipulação da atividade financeira, visando assegurar que o percentual mínimo de financiamento para o direito em análise incidirá adequadamente nos limites fiscais dos entes.

É necessário destacar, pela finitude dos recursos, que o estudo parte da premissa de que a reserva do possível tem dupla função, a saber: limite e garantia de realização do direito fundamental em estudo. A partir da dupla função, estudos anteriores na doutrina pátria e internacional já ofertam três elementos indispensáveis na aplicação da cláusula da reserva do possível, para a concretização dos direitos fundamentais, a saber: a) a disponibilidade fática de recursos, nos limites do Estado fiscal; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, nos limites fiscais (orçamento, distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias e administrativas); c) a proporcionalidade

e a razoabilidade da prestação.

O estudo pretende ofertar novos contributos, na perspectiva do ambiente fiscal e orçamental, onde a finitude de recurso é fator incontestável para a realização do direito à educação fundamental e obrigatória, seja na fase de construção dos instrumentos de realização da atividade financeira do Estado, seja na fase judicializada, a partir da adequada compreensão do que seja Estado Fiscal e a produção legislativa orçamental.

Não se poderá fugir, para que os contributos possam ser apoiados na teoria da constituição, do emprego adequado do princípio da ponderação, a fim de que o direito fundamental à educação obrigatória e gratuita seja ofertado de forma satisfatória e regular pelos entes federativos, com o efetivo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, imprescindível a construção de um diálogo com o Novo Regime Fiscal, com a Lei de Responsabilidade Fiscal e as Leis nºs. 13.005/2014, 13.249/16 e 12.376/10 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com o propósito de densificar a aplicação da cláusula da reserva do possível.

Diante das premissas elencadas, a tese formula duas hipóteses principais. Primeira, que as decisões dos Tribunais Superiores para interferir na política pública de educação exigem a ação inane do Poder Público no tocante ao desenvolvimento necessário das crianças e dos adolescentes, utilizando-se, no gradual processo de intervenção, da cláusula da reserva do possível. E, como ponto nodal do estudo, acha-se a preponderância do emprego da cláusula da reserva do possível, sem a adequada verificação da escassez de recursos, pela não utilização de outros contributos que podem levar a superação de limites fiscais e orçamentais a mitigar a oferta irregular do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita.

## **1ª PARTE**

# **Educação fundamental como direito fundamental e dever estatal na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

## **CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO E GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIA E GRATUITA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

A reflexão sobre a educação gratuita e obrigatória nas Constituições que antecederam a Carta Constitucional atual pressupõe observações quanto ao processo evolutivo do Estado Constitucional e ao reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento central da finalidade do Estado.

Neste sentido, Miranda (1988, p. 180) afirma que a ordem constitucional contemporânea confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais; este, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana. Isso significa que a pessoa é o fundamento e o fim da sociedade.

Este ambiente permite observar que o homem no Estado Social é o centro da sociedade; a finalidade do Estado é garantir-lhe o evoluir de suas aptidões físicas, morais e intelectuais.

Sarlet (2015b, p. 102) sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental e geral, ilumina a ordem jurídica e especialmente o sistema de direitos fundamentais, mas realça que é não incontestado que todos os direitos tenham um fundamento direto e um conteúdo com a dignidade. Reconhece que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado na condição de norma jurídica, seja nas percepções autônoma, seja nas relacionais com os direitos fundamentais.

Na narrativa proposta neste capítulo (a educação obrigatória e gratuita nas Constituições anteriores), a efetivação deste direito pressupõe a implementação

de políticas públicas no Estado Social e Democrático de Direito, tornando-se, portanto, imperiosa e inafastável a ampliação da compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, inserido explicitamente no inciso III do art. 5º da Constituição Federal.

No Estado Constitucional contemporâneo, não se pode negar que a missão fundamental é o reconhecimento da igualdade jurídica entre todos os seres humanos. Machado (2017, p. 118) destaca que esta igualdade é antes de tudo uma igualdade em dignidade. Neste sentido, a dignidade, na perspectiva do autor, deve ser compreendida como dinâmica, devendo, os sujeitos de direito, ser compreendidos num contexto comunitário, a partir de ação atitudinal de natureza relacional.

Machado (2017, p. 119), no processo de afirmação de que a igualdade jurídica de todos deve ser perseguida e alcançada, destaca, na perspectiva humanista, que, mais que indivíduos, as pessoas devem ser percebidas como irmãos, todos integrantes de uma mesma família humana, pois concebidos com idêntica dignidade.

É neste cenário de natureza constitucional que se identifica na história da humanidade que determinados direitos são intrínsecos à condição de pessoa. Por serem direitos intrínsecos da pessoa, Machado (2017, p. 121) reconhece a existência de um conjunto de bens da vida não suscetíveis ao arbítrio do Estado.

No processo evolutivo do Estado é que se consagram os direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos e se dá o reconhecimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma espécie de direito fundamental.

Sarlet (2015b, p. 122) reconhece que o princípio da dignidade da pessoa humana é compreendido, também, como uma espécie de direito a ter direitos, ou seja, como o direito fundamental de toda e qualquer pessoa ser titular e portadora de direitos fundamentais. A titularidade deste direito deve assegurar e promover a condição de pessoa (dignidade) no âmbito da comunidade.

Mesmo não sendo a discussão relacionada à complexa relação entre os direitos fundamentais explicitamente consagrados na Carta Constitucional brasileira e ao princípio da dignidade da pessoa humana, algumas observações

sobre o tema são imprescindíveis, como bem adverte Sarlet (2015b), a fim de não se vulgarizar a aplicação do princípio em comento.

Não se pode negar que o reconhecimento ao direito à vida, à saúde e à educação, quando submetidos estes a reconhecimento por decisões judiciais e administrativas, adote como fundamentação o princípio da dignidade da pessoa humana. Sarlet (2015b, p. 115) adverte que o princípio da dignidade assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos fundamentais implícitos.

O direito à educação foi elevado ao patamar de maior relevo, pois é por intermédio do processo educativo que o homem se torna capaz de desenvolver suas aptidões físicas, morais e intelectuais. Apresenta-se, portanto, como um direito a ser exigido pelo homem e um dever a ser adimplido pelo Estado.

Na condição de diretriz material (princípio da dignidade da pessoa humana), Sarlet (2015b, p. 117) reconhece que este assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, a violação de um direito fundamental estará vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa.

Lins Júnior (2017, p. 70), ao refletir sobre o processo evolutivo do constitucionalismo brasileiro, destaca a força normativa dos valores e princípios positivados na Constituição de 1988 e realça que o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado à condição de metavalor, que se exterioriza através da igualdade, da liberdade e da solidariedade.

É significativo, para uma melhor apreensão desse processo, ainda que superficial, entender o significado do termo pessoa. Para Comparato (2006a, p. 478-481), este termo é empregado no sentido de um gênero, e também como indicação de um espécime humano individual. O autor destaca, ainda, que “a pessoa é um modelo, ao mesmo tempo transcendente e imanente à vida humana”.

No contexto descrito, a pessoa deve ser compreendida como um ser individual dotado de razão e capaz de refletir a sua própria existência na perspectiva tempo e espaço. Os dois elementos – tempo e espaço – representam

marcos no processo de construção do indivíduo como ser ético que tem consciência de suas ações, sejam estas dirigidas para o bem ou para o mal.

Cumprir realçar a necessidade de estimular a construção de uma cultura de direitos humanos, pois somente assim se podem construir ações atitudinais de natureza relacional entre os seres individuais aptas a defender os seus direitos individuais e coletivos.

Lins Júnior (2017, p. 73) destaca que a cultura de direitos humanos possibilita o desenvolvimento de cidadãos que se reconhecem como sujeitos de direitos, e como tais, aptos a lutar pelos mais nobres direitos – liberdade, igualdade, solidariedade e democracia. A compreensão dos indivíduos de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o direito a ter direitos faz surgir cidadãos capazes de lutar pela efetividade dos direitos fundamentais.

A partir da relevância da cultura de direitos humanos afirmada pela densa doutrina constitucional brasileira, não se pode prescindir de conhecer, mesmo que de forma concisa, o processo de evolução do direito à educação no Estado brasileiro, mormente a partir de um movimento de conscientização coletiva do relevante direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, a fim de se construir cidadãos capazes de exercer e reivindicar os seus direitos.

É impositiva esta retrospectiva histórica para observar a atuação do Estado na construção do arcabouço normativo da educação e na efetiva promoção e proteção do direito, a fim de promover o processo de empoderamento de transformação interior dos sujeitos de direitos, pois somente pela educação se pode reconhecer a existência de cidadãos ativos.

A educação brasileira compreendida como problema nacional é relativamente recente. Essa afirmação se dá a partir da compreensão do texto “Políticas e Planos de Educação: Alguns Pontos para Reflexão”, de autoria de Azanha (1992, p. 70-73), e se sustenta na necessidade de somente se reconhecer a existência de problema nacional quando presente uma consciência crítica coletiva da realidade, não bastando, portanto, para o reconhecimento de um problema nacional a consciência crítica de alguns indivíduos.

Para melhor compreender tal assertiva, impõe-se extrair do texto de Azanha alguns marcos históricos sobre a educação no Estado brasileiro. Como marco inicial, registre-se a chegada do primeiro governador-geral, em 1549, trazendo os primeiros jesuítas, até a expulsão destes, em 1759. Esse período representou a dominação dos jesuítas no cenário educacional, resultando de suas ações a implantação das escolas de primeiras letras, colégios e seminários. Com a expulsão desses religiosos um vazio foi gerado na educação, culminado com a escassez de mestres e escolas.

Outro momento histórico importante, destacado pelo autor, foi a chegada da família real ao Brasil, em 1808, cujo resultado imediato implicou o avanço no ensino superior e a desatenção com a educação popular. Com a edição do Ato Institucional de 1834 iniciou-se a descentralização das responsabilidades da educação, ficando a educação popular sob a responsabilidade das províncias – o resultado foi quase nulo, em razão da escassez de recursos –; já o ensino médio e o ensino superior eram de competência da Corte. Ressalte-se que neste período o ensino médio ficou limitado a aulas avulsas, salvo o Colégio Pedro II e liceus da Bahia e de Pernambuco.

No início do período republicano, registra o autor que algumas reformas foram efetivadas com a participação de Benjamin Constant (1890), Epitácio Pessoa (1901), Rivadávia Correia (1911), Carlos Maximiliano (1915), porém, só na década de 20 do século passado o debate educacional ganhou relevo, tornando-se um problema nacional.

O fundamento do debate da educação como problema nacional, apontado pelo autor, foi o quadro social, político e econômico da década de 20, cujos pilares foram as correntes imigratórias, a urbanização, as insatisfações políticas repressadas desde a Proclamação da República e a intensificação das tensões entre a industrialização nascente e as crises do comércio cafeeiro.

Na indicação de marco histórico sobre a educação, o autor relata que a Revolução de 30 foi o desfecho “natural” das crises políticas, sociais e econômicas que agitaram, com intensidade crescente, a década de 20. Buscando compreender este momento, um grupo de educadores e de homens de cultura lançou um manifesto ao povo e ao governo, que ficou conhecido como “Manifesto dos Pi-

oneiros da Educação Nova”, com redação de Fernando de Azevedo e a assinatura de 25 homens e mulheres da elite intelectual brasileira.

A partir desse manifesto, o autor observa a importância de fixação de um plano nacional de educação, tendo a Carta Constitucional de 1934 incorporado suas principais reivindicações. A preocupação para a definição de um Plano Nacional de Educação foi explicitada nas Constituições posteriores, com exceção da Carta de 1937.

Registra finalmente o autor que, com fundamento na Carta Constitucional de 1934, o Conselho Nacional de Educação elaborou e enviou, em maio de 1937, à Presidência da República o anteprojeto do Plano de Educação Nacional, porém, com a sobrevivência do Estado Novo, o anteprojeto nem chegou a ser discutido.

Esta retrospectiva histórica evidencia os estudiosos da educação no Estado brasileiro a constatarem como se efetivou o fenômeno da política pública. Tal fenômeno é oriundo de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade (DERANI, 2006, p. 131). Este conceito sintetiza o pensamento de Azanha sobre a necessidade de se pensar a educação como problema nacional a partir de uma consciência crítica coletiva, resultando este processo na normatização constitucional e infraconstitucional das políticas públicas.

Em discussão anterior sobre o assento constitucional das políticas públicas, observou-se que a política pública de educação foi elevada ao *status* de direito público subjetivo, conforme disciplina o § 1º do art. 208 da CF. Impõe-se, porém, compreender como a política pública de educação posiciona-se historicamente nas Cartas Constitucionais.

A Carta Constitucional do Império, outorgada em 25.3.1824, estabeleceu a existência de quatro poderes: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário. Essa estrutura de Estado se contrapõe à clássica divisão de Poder compreendida por Montesquieu, que divide o Estado em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, independentes entre si, porém harmônicos, criando, desta forma, um sistema de freios e contrapesos.

A organização de poderes da Carta Imperial instituiu o Poder Moderador, concernente ao Imperador, colocando-o em posição de superioridade em relação

aos demais poderes, inexistindo independência entre eles, em razão da tutela do Poder Moderador.

Tal afirmativa é fruto do que prescrevia o art. 98 da Carta Imperial: “o Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos”.

Vilarino (2010, p. 233) consigna que “A educação foi prevista como norma constitucional na primeira Constituição apenas para garantir a gratuidade da instrução primária e incluir a criação de colégios e universidade”.

Refletindo sobre o tema, Chizzotti (2005, p. 53) reconhece que a gratuidade universal à educação primária, genericamente proclamada e candidamente outorgada na Constituição, não derivou de interesses articulados e reclamos sociais organizados. Mas inserida a educação primária no texto constitucional como reconhecimento formal de um direito subjetivo dos cidadãos.

Conclui-se, portanto, que existia uma declaração de direito sem uma efetiva garantia de seu cumprimento, numa prova inequívoca de que a educação não se apresentava como um problema relevante para o Estado. Este é um cenário característico de um Estado Monárquico Centralizador, onde o homem-cidadão ainda não se apresenta como o centro das ações do Estado, mas sim o Imperador.

Com a proclamação da República concretizada no dia 15 de novembro de 1889, extingue-se o regime monárquico e inicia-se o regime republicano, cessando a vigência da Carta Constitucional anterior.

Como a proposta é a de regulação da educação da Carta Constitucional, desnecessário o aprofundamento sobre os embates travados na Assembleia Constituinte, devendo tão somente ser observado o resultado alcançado. Tímida foi ainda a consagração do reconhecimento ao direito à educação, mas avanços devem ser registrados.

Os arts. 34 e 35 da primeira Constituição da República mantiveram o ensino oficial, porém silenciaram sobre a obrigatoriedade/gratuidade da instrução pri-

mária; em contrapartida, determinaram a laicidade e asseguraram a liberdade de profissão e de seu exercício.

Cury (2005, p. 77) reconhece a liberdade de ensino por força do § 24 do art. 72 da primeira Constituição republicana, assim se expressando: “Se pelos artigos 34 e 35 se infere a manutenção de um ensino oficial, este parágrafo do art. 72 garante a existência de uma rede privada de ensino fora da regulamentação oficial”.

No essencial, observa-se que a primeira Constituição republicana instituiu na organização da educação brasileira uma subdivisão de responsabilidade entre a União e os Estados, sem prejuízo da educação fornecida pela iniciativa privada.

Assim, competia à União a educação alusiva às primeiras letras, o dever de criar as instituições de ensino superior e secundário nos Estados, manter a educação secundária no Distrito Federal e legislar, exclusivamente, sobre o ensino superior no Distrito Federal.

Como já mencionado anteriormente, fez imperar o princípio da laicidade e se omitiu sobre a obrigatoriedade/gratuidade da instrução pública primária. Acerca dessa omissão merece registro a reflexão de Cury (2005, p. 78): “Já a obrigatoriedade não passou, seja por causa do federalismo, seja, sobretudo, pela impregnação do princípio liberal de que a individualidade é uma conquista progressiva do indivíduo, que desenvolve progressiva e esforçadamente a sua *virtus*”.

A Constituição em destaque privilegiou a autonomia dos Estados e realçou a individualidade, como destacou Cury, inexistindo, portanto, garantia à efetividade da educação no Estado brasileiro. Pode-se concluir pela existência do direito social à educação, mas sem um sistema de garantia para o cumprimento desse dever pelo Estado.

Destaca Rocha (2005, p. 120) que os trabalhos desenvolvidos pela Assembleia Constituinte têm como base os embates travados entre os renovadores, com a publicação do “Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova”, e a tradição patrimonialista da Velha República.

Rocha (2005, p. 122) identifica cinco temas que retratam as principais questões educacionais tratadas naquela legislatura. São eles: 1) a participação da

União em todos os ramos e níveis de ensino; 2) o direito à educação; 3) a ação supletiva da União aos Estados e municípios; 4) a aplicação de recursos públicos em educação; 5) o ensino religioso.

Sobre os temas enfrentados, algumas observações se fazem necessárias. Acerca do primeiro tema, o que se destacou na Carta Constitucional foi a competência da União de fixar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização, conforme se observa no art. 150, “b”, da Carta de 1934. Previa a aludida Carta Constitucional em seu art. 152 a existência do Conselho Nacional de Educação, cuja finalidade primordial era a de elaborar o Plano Nacional de Educação.

Horta (2005, p. 141) destaca a existência do Conselho Nacional de Educação, que deveria ser objeto de regulação por lei federal. Na gestão do ministro da Educação e da Saúde Gustavo Capanema, a Exposição de Motivos da Lei nº 378, de 3 de janeiro de 1937, concebia os Conselhos como órgãos de cooperação técnicos. No contexto moderno, os conselhos se apresentam como colaboração dos especialistas na legislação e na administração, atuando, principalmente, como órgãos de caráter opinativo.

Os conselhos, sobretudo os econômicos, existem hoje por toda a parte. Na oportunidade, registrava Capanema, na exposição de motivos, que os conselhos se tornaram obrigatórios (Constituição, art. 103). Nessa linha, afirmava que deveriam existir dois conselhos técnicos, destinados a colaborar nas suas atividades e funcionar, ainda, como órgãos consultivos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo estes o Conselho Nacional de Saúde e o Conselho Nacional de Educação.

Na compreensão dos renovadores que influenciaram na criação do Conselho Nacional de Educação com a finalidade precípua de construir um Plano Nacional de Educação que atendesse aos anseios sociais, este modelo proposto pelo Estado era suscetível às modificações no quadro político dominante em determinado momento histórico.

Afirma Horta (2005, p. 145): “o Plano Nacional de Educação, concebido inicialmente pelos educadores da ABE como forma de evitar-se que a educação fos-

se influenciada pelas frequentes mutações no cenário político, viu-se transformado em instrumento privilegiado de ação política”.

Não se pode deixar de reconhecer o avanço proporcionado pela Constituição de 1934, mormente na definição do direito à educação, porém é também de se ressaltar que a ausência de norma coativa para o cumprimento do direito assegurado na Carta Constitucional levou à não implementação plena do direito à educação. Destarte, não se pode reconhecer que o direito à educação tenha sido plenamente concretizado, visto que a ação supletiva da União aos Estados e Municípios e a aplicação de recursos públicos em educação não se efetivaram de forma a assegurar o direito consagrado.

Rocha (2005, p. 133) observa: “Não obstante, a aplicação de verba federal no ensino elementar foi quase sempre irrisória, tanto no período de vigência legal da Carta de 1934, como no período do Estado Novo, com alguma exceção em áreas de colonização estrangeira problemática”.

Outro aspecto relevante da Carta Constitucional de 1934 é a discussão sobre o ensino laico/religioso. Os renovadores sustentavam que o ensino deveria ser plenamente laico, posição recepcionada e apoiada pelos protestantes; por outro lado, os religiosos católicos, na defesa de seu programa escolar, afirmavam que o Estado pretendia o monopólio da educação. Desses confrontos resultou um acordo entre os envolvidos na discussão para a fixação do ensino religioso, nas escolas públicas, com caráter facultativo.

A Carta Constitucional outorgada em 1937 dispensa uma análise mais acurada, porquanto se limitou a atribuir à família a responsabilidade primeira pela educação integral dos filhos, competindo ao Estado o poder-dever de contribuir para o cumprimento dessa atividade.

Boaventura (2005, p. 193) assevera que “as condições políticas e ideológicas, internas e externas, terminaram por derrubar o renovador texto constitucional, e tivemos, pela segunda vez, outra Carta outorgada, a de 1937”. Para ele isso representa o contínuo processo de avanço e retrocesso na relação Estado/Educação. O conhecimento dos embates sociais e do processo legislativo constituinte é significativo para que se assimile a árdua trajetória de construção da educação como direito público subjetivo, a fim de ser assegurado e efetivado pelo Estado.

A Carta Constitucional de 1946 teve como antecedente o término da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1945. A discussão no cenário político nacional tinha como fundamento para a elaboração da Carta Constitucional o restabelecimento do Estado de Direito.

A necessidade de restabelecimento da democratização do país era imperiosa. Oliveira (2005, p. 154) destaca como marco relevante o “Manifesto Mineiro”, de 24/10/1943 – data da vitória da Revolução de 1930 –, que defendia a democratização do país, subscrito por 92 mineiros, entre advogados, professores, literatos e outros. Identifica como subscritores do Manifesto que se tornaram constituintes: Artur Bernardes, Artur Bernardes Filho, Daniel de Carvalho, Mário Brant, José Magalhães Pinto, José Maria Lopes Cançado, Milton Campos, José Bonifácio Lafayete de Andrada e Lair Tostes.

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1946. A presidência coube ao senador Fernando de Melo. O debate sobre educação abordou os seguintes temas: o ensino da religião nas escolas públicas; o dever e o direito à educação; a liberdade de ensino e subsídios; a obrigatoriedade e a gratuidade; o financiamento da educação e a responsabilidade das diferentes esferas do Poder Público com a educação.

Neste quadro, a discussão mais acirrada diz respeito ao ensino religioso nas escolas públicas. Incontestemente a separação entre Igreja e Estado. Oliveira (2005, p. 170) identifica trecho de pronunciamento do constituinte alagoano padre Medeiros Neto, em que não resta clara tal separação, pois Estado e Igreja “sempre trabalharam visando um único ideal: a felicidade de todos os brasileiros”. Na verdade, o constituinte alagoano reconhece a separação legal da Igreja do Estado; destaca, porém, que na construção de um “ethos” tanto o Estado como a Igreja objetivam o bem da comunidade (Anais..., vol. II, 1946, p. 111).

A relação Estado e família no processo educacional foi alvo de vários debates para a definição do papel de cada instituição. O cerne do debate era definir o papel da família e o papel do Estado no ato de educar o ser em formação. Os constituintes sempre se dividiam: uns, entendendo que o dever de educar era papel do Estado; os que se opunham afirmavam que o Estado pretendia o monopó-

lio da educação, julgando não ser este um dever exclusivo do Estado, mas, também, da família.

Neste cenário de discussão agiu de forma acertada a maioria dos constituintes, que entendeu ser a educação antes de tudo um direito de todos, porém um dever da família e do Estado. Daí resultou o comando do art. 166 da Constituição de 1946, fixando que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”.

Debateu-se, também, naquele momento histórico, o dever do Estado, por intermédio de seus entes federativos, de subsidiar as escolas particulares, a fim de se obter um maior número de matrículas, em face da incapacidade do Estado para atender a toda a demanda. Nesta quadra inexistiram divergências quanto ao dever, porém prevaleceu, acertadamente, o posicionamento de que a temática não era de natureza constitucional, visto que não competia à União definir quanto Estados e Municípios deveriam utilizar para tal finalidade. Todos eram uníssomos na definição do percentual para financiar o direito à educação.

Sobre a obrigatoriedade e a gratuidade, não foram observadas manifestações divergentes, porém foi reconhecida a necessidade de se combater o analfabetismo e assegurar a gratuidade do ensino primário, bem como a gratuidade para os demais níveis, desde que demonstrada a insuficiência de recursos. Para Oliveira (2005, p. 180), este cenário apresenta-se menos amplo que o da Constituição de 1934.

Sob tal ótica, os constituintes de 1946 aprovaram o art. 169, nos seguintes termos: “anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Ao se fixar limite percentual mínimo para financiar determinada política pública, deve o gestor compreendê-lo como o mínimo exigível, mas assegurar o dever de ampliar o financiamento para a plena concretização desta política pública.

Destaque-se que com o advento da Lei nº 4.024/61, o percentual da União para o financiamento da educação foi elevado a 12%. Entretanto, a Carta Consti-

tucional de 1967 retirou da ordem constitucional o percentual de financiamento da política pública de educação.

Discussão sempre presente e necessária é a definição das responsabilidades das diferentes esferas de governo. Duas linhas se apresentam: a) que a responsabilidade pelo ensino primário e médio deve ficar sempre sob a responsabilidade dos municípios, pois é neles que reside o cidadão – essa compreensão é própria dos constituintes municipalistas; b) que o ensino alusivo ao primário e ao médio deve ficar a cargo dos estados, permitindo-se à União um atuar supletivo, considerando as peculiaridades das diversas localidades. Dessa discussão resultou a possibilidade de que os municípios implantassem um sistema autônomo de educação para assegurar o ensino primário, porém facultando aos Estados e à União promovê-lo quando não efetivado pelos municípios.

Não há como não se reconhecer o avanço no disciplinamento da política pública de educação com assento na ordem constitucional. Entretanto, somente 15 anos após a promulgação da Carta Constitucional, foi editada a Lei nº 4.024/61, que instituiu o processo de regulação geral da educação no Brasil.

Boaventura (2005, p. 1.961) destaca como marcos relevantes da vigência da LDB de 1961 a descentralização dos sistemas de educação, a recriação dos Conselhos de Educação com funções normativas, o salário-educação e a pós-graduação.

Com a revolução de 1964 e a instalação do regime militar, a Carta Constitucional de 1946, que definia de forma significativa a política de educação, foi substituída pela Carta Constitucional promulgada em 24 de janeiro de 1967 pelas mesas da Câmara e do Senado.

Sob os ditames do regime militar, os partidos políticos no Brasil foram extintos pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, sendo criados, pelo mesmo Ato Institucional, dois partidos políticos: a Arena – Aliança Renovadora Nacional e o MDB – Movimento Democrático Brasileiro, partido de oposição, mas de uma oposição consentida pelo regime de exceção. Neste quadro se produziu a Carta Constitucional de 1967, cujo resultado, diante da ausência de debates e de um espaço democrático, foi um pífio disciplinamento acerca da política pública de educação.

Os atores responsáveis pela elaboração da Carta Constitucional de 1967 iniciaram um movimento de regressão da política pública de educação, com a supressão de percentuais mínimos a serem utilizados pelos entes federativos para o financiamento do ensino, percentuais estes já assentados na Constituição de 1946. Igualmente ausentes os percentuais para o financiamento do ensino no Brasil com a Emenda Constitucional de 1969.

Horta (2005, p. 223) registra que a vinculação de recursos para a educação somente foi reintroduzida no texto constitucional em dezembro de 1983, através da Emenda Calmon, a qual seria regulamentada em 1985.

Como já afirmado, a gratuidade do ensino primário para todos sempre foi reconhecida nas Constituições anteriores, sendo também mantida na Carta Constitucional de 1967. Quanto ao ensino médio e superior, restou assegurada a gratuidade para aqueles que provassem a insuficiência de recursos. Porém, como adverte Horta (2005, p. 228), duas novidades foram acrescentadas: a exigência de aproveitamento dos alunos do ensino oficial ulterior ao primário e a substituição, na medida do possível, do regime de gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário pela concessão de bolsas de estudo, reembolsáveis no caso do ensino de grau superior.

O debate sobre a obrigatoriedade não pode estar dissociado do debate da gratuidade, tanto que a Constituição de 1946 explicitou tal obrigatoriedade. A Constituição de 1967 fixou esta obrigatoriedade para a pessoa em desenvolvimento na faixa etária dos sete aos 14 anos, sem, contudo, definir o grau de ensino.

Apesar de discutido, não foi inserido o dever do Estado de educar, o que somente restou explicitado na Emenda Constitucional nº 01 de 1969.

Sobre a responsabilidade da família de prover à instrução primária de filho em idade escolar, impõe-se notar que o legislador fez uso da norma penal para garantir a instrução primária. Instituiu o Código Penal, no art. 246, o crime de abandono intelectual, definindo-o nos seguintes termos: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”.

Observa-se que o legislador institui uma conduta omissiva dos pais em prover à educação primária dos filhos. Destaque-se, contudo, que ao interpretar esse comando, os julgadores reconheciam a inexistência da conduta criminosa quando da ausência de estabelecimento público de ensino e da incapacidade econômica dos pais.

Sobre o ensino religioso, manteve-se a facultatividade deste no ensino primário e médio, sem alusão à remuneração dos professores por parte do Estado. O art. 97 da Lei nº 4.024/61 veda a remuneração dos professores do ensino religioso. A remuneração foi restabelecida quando da revogação do art. 97 pela Lei nº 5.629, de 11 de agosto de 1971.

Este cenário confirma, indiscutivelmente, um movimento de retrocesso da política pública de educação no Brasil, considerando os avanços possibilitados pela Carta Constitucional de 1946. Resultou, entretanto, aprovado o mínimo sobre a educação, prevalecendo a tendência de crescimento do ensino privado e a manutenção dos interesses das camadas privilegiadas da sociedade brasileira.

A Emenda Constitucional nº 01 de 1969 disciplinou a temática da educação no Título IV, nos artigos 176-179 da Constituição Federal. Dispõe o art. 176 que a educação brasileira seria inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, constituindo direito de todos e dever do Estado, devendo ser ministrada no lar e na escola. Isso reforça a tese de que o ato de educar é de responsabilidade do Estado e da família.

Foi mantida a gratuidade do ensino primário nos estabelecimentos oficiais, e assegurada, igualmente, a gratuidade para o ensino médio e superior àqueles que demonstrarem efetivo aproveitamento e insuficiência de recursos. Manteve-se, ainda, a tendência de substituição gradativa da gratuidade do ensino médio e superior pelo sistema de concessão de bolsas de estudo, mediante restituição. O procedimento de restituição ficou sob a responsabilidade de lei infraconstitucional.

A fim de assegurar o crescimento e o avanço do ensino privado, a ordem constitucional determinou que o ensino é livre à iniciativa privada, respeitadas as disposições legais. Sobre o ensino religioso, manteve a sua facultatividade no grau primário e médio, a ser ministrado nos horários normais das escolas oficiais. Fixou ainda que o ensino primário somente será ministrado na língua nacional.

Na estrutura normativa da educação na Emenda Constitucional de 1969, é de se registrar a fixação de um ônus para as empresas comerciais, industriais e agrícolas, visando manter o ensino primário gratuito para seus empregados e o ensino dos filhos destes, entre os sete e os 14 anos, ou a concorrer para tal fim, mediante a contribuição do salário-educação, conforme estabelecer a lei infra-constitucional.

A educação, por constituir direito de todos e dever do Estado, tem sua competência estendida a todos os entes da estrutura de Estado, cabendo, porém, à União o estabelecimento e a execução dos planos nacionais de educação.

O financiamento da educação mediante a fixação de percentuais mínimos não ficou disciplinado no texto constitucional; somente com a Emenda Constitucional 24/83, que acresceu o § 4º ao art. 176, os percentuais foram instituídos. A partir da Emenda, a União deveria aplicar nunca menos de 13%, e os Estados e os Municípios, 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Na essência, a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969 apenas asseguram o mínimo necessário, até porque o ambiente criado pelo regime militar de 1964 não propiciava a efetivação de embates sociais para a definição de uma política pública de educação que contemplasse os mais relevantes interesses da sociedade brasileira.

Fávero (2005, p. 253), sobre o momento político de produção da Carta Constitucional de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, afirma: “Não é no Congresso Constituinte que encontraremos o debate sobre educação; ele ocorre em outras instâncias”.

Nesse processo histórico de construção e desconstrução da política pública de educação no Estado brasileiro, ocorrem os embates sociais, com a participação de vários atores para a definição desta política num ambiente democrático, por força do processo de redemocratização no país, iniciado a partir de 1985.

Este ambiente democrático resultou na edição da Carta Constitucional de 1988, denominada Carta Cidadã, assim identificada porque constituída pelos fun-

damentos do Estado democrático de Direito, tendo o cidadão como centro da própria existência do Estado.

Elaborada a Carta Constitucional neste ambiente, a política pública de educação foi disciplinada nos arts. 205 a 214 da CF. O constituinte, a exemplo do que se encontrava disciplinado na ordem constitucional anterior, manteve a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, inserindo, porém, a sociedade como incentivadora desta política pública. Instituiu como finalidade de tal política o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A fim de tornar eficaz a política pública de educação no Estado brasileiro, foi ela edificada sob os princípios da igualdade, da liberdade, do pluralismo, da gratuidade, da valorização dos profissionais da educação, da gestão democrática, da qualidade e da fixação de um piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal.

Destaque-se que a valorização dos profissionais da educação e a fixação de um piso nacional para os profissionais da educação escolar pública foram acrescentadas a partir da Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006.

Reconhecido o acesso ao ensino obrigatório gratuito pelo Poder Público, a partir das garantias fixadas no direito objetivo, como um direito público subjetivo, torna-se dever do Estado prestá-lo, exigindo-se uma ação positiva deste a fim de atender ao direito do homem-cidadão.

Neste diapasão, resta verificar o direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita, sob seus aspectos materiais e formais, assim como sua dimensão objetiva e sua condição de direito subjetivo, a partir da análise dos fundamentos legais e principiológicos previstos na Carta Maior.

## **CAPÍTULO 2 – O DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIA E GRATUITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **2.1 A fundamentalidade material e formal do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita**

Nas palavras de Sarlet (2015a, p. 67-75), a fundamentalidade consiste na proteção material e formal dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio. Para ele, os direitos fundamentais devem ser base de fundamento na esfera jurisdicional como “parâmetros e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica”. Resta posicionar o direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como incontestado direito fundamental material e formal.

Diante de toda a explanação já aqui feita sobre direitos fundamentais, importante que antes de qualquer anotação sobre a fundamentalidade material e formal do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita, compreenda-se a dimensão material e formal dos direitos fundamentais no direito constitucional pátrio.

Inicialmente, a formalidade dos direitos fundamentais repousa na seara da positivação destes na Carta Maior. Nas lições de Sarlet (2015a, p. 75-76), a formalidade dos direitos fundamentais sustenta-se na própria essência do Estado democrático de Direito, haja vista serem estes próprios fundamentos da Constituição. Salaria o autor que a formalidade dos direitos fundamentais consiste na posição em que estes repousam. Na Carta Maior, os direitos fundamentais adquirem o *status* da supralegalidade, logo, estruturam o sistema constitucional; estão submetidos aos limites formais e materiais – como direitos pétreos (art. 60 da CF) –; são vinculantes às entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).

A materialidade, por sua vez, segundo Sarlet (2015a, p. 75-76), “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Cons-

tituição material, contendo estrutura básica do Estado e da sociedade”. Neste sentido, a fundamentalidade formal e material está estruturada em condição de interdependência para a estrutura do Estado democrático de Direito. Apenas a positivação dos direitos na Carta Maior não se mostra suficiente, exigindo o dinamismo de efetividade destes direitos, principalmente – ainda no pensamento de Sarlet – porque esta materialidade é a própria condição de existir, através do princípio da dignidade da pessoa humana, do Estado e da sociedade hodierna.

Nesta acepção, a fundamentalidade dos direitos fundamentais consiste na apropriação dos direitos propriamente ditos – na sua dimensão formal – reconhecidos na Carta Constitucional e na abertura do reconhecimento desses direitos na esfera subjetiva, quando da apropriação deles pelo indivíduo. Alexy (1994, p. 407) atribui aos direitos fundamentais – previstos ou não na Carta Magna – a inviolabilidade “à livre disposição do legislador ordinário”.

Nesta acepção, a essência dos direitos fundamentais reside na própria essência do Estado Social. Isto porque a carga de valor que cada direito fundamental carrega é elementar à sua posição na Carta Constitucional.

Atribuir fundamentalidade formal e material aos direitos fundamentais é o reconhecimento da fundamentalidade do Estado Social, quando o fundamento deste tem os direitos fundamentais como “valor supremo do nosso ordenamento jurídico” (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 13).

Para Ferrajoli (2011, p. 89), os direitos fundamentais são em essência pautados pelos valores tidos como um bem jurídico; que estão devidamente positivados; que sejam efetivos e universais. Atendendo a esses fatores formais e materiais, ter-se-ão os direitos fundamentais efetivamente reconhecidos na sua fundamentalidade, o que é imanente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana figura no direito constitucional moderno como objeto de estudo recorrente, cuja finalidade é o reconhecimento de sua elevação à condição de materialmente fundamental. A vida é inquestionavelmente um processo contínuo de conhecimento e transformação. A aquisição desse conhecimento processa-se por marcos temporais representativos do processo de crescimento interior do sujeito em constante formação e evolução.

No processo de transformação do homem a partir das experiências vividas, a pessoa passa a identificar o belo, o bom e o verdadeiro na relação com as outras. Nesta perspectiva o educador é um agente ativo no processo de construção da pessoa enquanto ser dotado de razão e de capacidade reflexiva. Esta essência do homem pressupõe a educação como elemento fundamental da de sua transformação como ser ético.

A concepção do homem em relação aos outros animais, na percepção de Cícero (2007, p. 34) em sua obra *Dos Deveres*, consiste no reconhecimento de que a natureza atribui, a todo ser vivo, uma aptidão inata de conservação, a fim de defender-se, alimentar-se, abrigar-se e satisfazer outras necessidades inatas. Atribui a ambos (animal e homem) dois sexos a fim de se reproduzirem, mas há uma distinção fundamental entre eles: o animal vive tão somente o presente, enquanto o homem tem percepção do passado, do presente e do futuro.

Assim, o elemento razão, imanente à natureza humana, faz com que as pessoas se relacionem, estabeleçam relação entre o passado e o futuro, bem como que se desenvolvam intelectualmente para planejar e identificar o seu plano de vida, cuja consequência é o diálogo e a vida em comum.

A partir dos conceitos transcritos, forçoso é o reconhecimento de que o homem é um ser racional e reflexivo, e como tal se encontra em contínuo processo de formação e aperfeiçoamento nas dimensões de consciência individual, social e ética. Neste processo, observa-se a constante construção e desconstrução da identidade a partir dos interesses de conhecimentos e situações vividas. É sem dúvida com base na essência do ser humano que se constrói a evolução do Estado.

Assim, o ensino obrigatório gratuito (educação básica) assegurado na Carta Constitucional constitui direito subjetivo do homem-cidadão; quando não efetivado por ausência de ações positivas do Estado, este homem-cidadão poderá exigir sua prestação mediante o acionamento das normas que o instituíram. Destaque-se que a ordem constitucional previu a responsabilidade da autoridade competente pela efetividade do direito subjetivo, quando, esta não o implementa, seja pela não realização ou a realização irregular.

Sarlet (2015a, p. 225) adverte que as políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, porquanto os direitos fundamentais são, na verdade, veiculados pelas políticas públicas. Neste sentido, as políticas públicas são veículos que asseguram a efetividade de direitos fundamentais.

A educação na sua dimensão plena permite que o indivíduo conecte-se com a vida em sociedade. Tal conexão possibilita que crianças, adolescentes e adultos integrantes da população socialmente vulnerável sejam integrados ou reintegrados à comunidade, o que resulta na difusão da democracia, dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente.

Como elemento de relação do direito à educação básica e gratuita na dimensão de direito fundamental material e formalmente explicitado na Carta da República, na perspectiva de Sarlet (2015b, p. 143), não há como desconsiderar ou mesmo negar a conexão do elevado direito social à educação com o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual algumas observações são impositivas sobre a titularidade dos direitos fundamentais.

Sarlet (2015a, p. 216) ressalta que a Carta Constitucional brasileira, mesmo não fazendo expressa referência ao princípio da universalidade e a despeito de ter atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, na conformidade do *caput* do art. 5º, da CF, reconhece que o direito constitucional brasileiro albergou o princípio da universalidade. Tal princípio implica o reconhecimento de que todas as pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais. O reconhecimento desta posição jurídica não impede a existência de diferenças a serem consideradas. Identificam-se, na própria ordem constitucional, exceções expressamente contempladas; como exemplos tem-se a distinção entre brasileiro nato e brasileiro naturalizado e algumas distinções relacionadas aos estrangeiros.

Sarlet (2015a, p. 217) preconiza que a base antropológica dos direitos do homem constitui fundamento para o reconhecimento de que os direitos e deveres fundamentais alcançam os estrangeiros não residentes como titulares destes direitos e deveres; isto, contudo, não significa negar que o princípio da universalidade seja incompatível com o fato de que nem mesmo os brasileiros e os estrangeiros, residentes ou não, sejam titulares de todos os direitos. O

reconhecimento dos direitos pressupõe o amoldamento às categorias de direitos (da idade, da condição econômica, dos pais, dos cônjuges, do apenado etc.). É isso que fundamentará a incidência do princípio da universalidade.

Para bem compreender a titularidade dos direitos fundamentais, é necessário destacar que tais direitos são reconhecidos aos brasileiros natos e naturalizados, independentemente de residirem ou não no território nacional. De outra banda, aos estrangeiros o reconhecimento da titularidade vincula-se à efetiva residência no território nacional. Sarlet (2015a, p. 218) registra que a titularidade dos direitos assegurados na CF aos estrangeiros pressupõe residência no território nacional, ainda que isto não represente a delimitação de quais sejam tais direitos. De outra parte, aos brasileiros natos e naturalizados não se exige este requisito.

Os direitos fundamentais sociais são ao mesmo tempo direitos individuais e coletivos. Nesta perspectiva, Ranieri (2009b, p. 286) registra que seus titulares e seus sujeitos são, simultaneamente, uma coisa e outra. No plano da educação obrigatória e gratuita, a dimensão individual está representada pela realização pessoal, como elemento decorrente da dignidade humana e dos princípios da igualdade e da liberdade. Na dimensão coletiva identifica-se uma conexão do indivíduo com a vida em sociedade, cujo reflexo é a participação política no desenvolvimento nacional e na concretização dos direitos humanos.

Neste ambiente de titularidade dos direitos fundamentais, resulta incontestemente a harmoniosa coexistência entre as dimensões individual e coletiva. Assim, o exercício da titularidade individual não afasta o exercício do direito na esfera coletiva. Na ambiência dos direitos sociais, dentre estes a educação obrigatória e gratuita, Sarlet (2015a, p. 221-222), em lapidar narrativa, demonstra a intrínseca conexão de tais direitos com os direitos humanos e com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, decorrente do forte vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana e o correlato direito com um mínimo existencial.

A importância do reconhecimento da titularidade individual e coletiva na postulação dos direitos sociais repousa na necessidade de se reduzir as desigualdades sociais existentes, a fim de que, de forma continuada e sem

retrocesso, se possa avançar no processo construtivo de um Estado Constitucional em que impere a justiça social. Sarlet (2015a, p. 225) consigna que os direitos sociais são prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e a garantia de acesso a bens e serviços aos socialmente vulneráveis.

Compreendida a dimensão dos direitos sociais, identificada a educação obrigatória e gratuita como direito subjetivo público, e traçadas as diretrizes para o reconhecimento da titularidade de tais direitos na dimensão individual e coletiva, impõe-se compreender a veiculação do direito público subjetivo à educação obrigatória e gratuita por meio de políticas públicas, cujo dever de realização das prestações do Estado incumbe a diversos atores para a concretude do conjunto de ações representativas das políticas públicas.

Nas palavras de Garcia (2004, s/p), o direito à educação obrigatória e gratuita, ancorado no Estado democrático de Direito, é alimento à necessidade do indivíduo. É, por sua natureza, a capacidade de elevar o homem ao alcance de sua liberdade, de exercitar seus direitos e deveres e ser partícipe no Estado democrático. Aos direitos fundamentais o autor consigna os atributos da universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade.

O direito à educação obrigatória e gratuita é, na verdade, um dos instrumentos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de garantia do desenvolvimento nacional, imanente instrumento à erradicação da pobreza e da marginalização, e incontestemente mecanismo para a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, objetivos fundamentais da Carta Maior (art. 3º). Nesta senda, constitui a educação instrumento fundamental à própria existência do Estado democrático.

Garcia (2004, s/p) opina que, ainda que concebido como direito social de segunda dimensão, a educação é imprescindível à própria salvaguarda de qualquer direito. É um direito que incorpora o indivíduo em seu processo evolutivo, logo, essencial a sua autodeterminação e liberdade, antecedendo a

própria formação do Estado de Direito, como elemento que harmoniza as diversas fases no processo de evolução da sociedade, dos Estados e dos indivíduos.

Para melhor compreender a natureza do direito à educação obrigatória e gratuita como prévia escolha do constituinte na composição do catálogo de direito fundamental prestacional, necessária se faz a construção da definição de direito subjetivo e direito subjetivo público, em adição a conceitos já referidos, mas sem a amplitude que merece a temática. É de se reconhecer, como elemento da definição, a existência de obrigações e deveres decorrentes de relações entre particulares e entre particulares e o Estado.

## **2.2 O direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como direito fundamental social de direito subjetivo e sua dupla dimensão negativa e positiva, em especial como direito subjetivo definitivo e com posição preferencial na perspectiva constitucional**

Vieira de Andrade (2001, p. 113) frisa que o direito subjetivo é um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular. Isto significa que o titular do direito assume uma posição jurídica ativa ou de vantagem. Na mesma linha de entendimento, Afonso da Silva (2006, p. 794) reconhece como prerrogativa estabelecida de conformidade com regras de direito objetivo, cujo exercício, ou não exercício, depende da vontade de seu titular.

Canotilho (1979, p. 533) perfilha entendimento idêntico, porém com elementos conceituais mais complexos, pois o reconhece como relação trilateral, entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Neste sentido, em relação ao direito à educação obrigatória e gratuita, o titular tem o direito de ver realizada a política pública pelo Estado, como também o direito à educação em relação aos outros indivíduos.

Rainieri (2009, p. 287) destaca que a efetividade do direito à educação e suas repercussões beneficiam o indivíduo e a coletividade. O art. 205 da CF

institui as correlatas obrigações para a efetividade da educação. Assim, incumbe ao Estado o dever de promovê-la e financiá-la.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, o ensino fundamental, obrigatório e gratuito, ampliou o alcance na formação dos indivíduos entre quatro e dezessete anos de idade, sendo denominado, ensino básico, mantendo a mesma natureza de direito público subjetivo. Este direito alcança, inclusive, a todos que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Ranieri (2009b, p. 288), refletindo sobre a opção do legislador constitucional, reconhece que o dever do Estado vai além da oferta do financiamento final da educação, já que incumbe ao ente estatal prover todos os meios necessários para que o direito esteja disponível, acessível e seja adequado às necessidades sociais, bem como adaptável às necessidades dos indivíduos.

A construção constitucional leva a compreender, do ponto de vista conceitual, a educação como direito de todos, ou como um direito fundamental de natureza social, conforme se extrai do art. 6º da Carta da República, direito este exigível da família, da sociedade e do Estado. A educação é o direito propulsor do desenvolvimento da pessoa para o pleno exercício da cidadania, o que significa que os direitos políticos, econômicos, sociais e culturais somente são usufruídos a partir da educação como imperativo dos direitos humanos.

Durkheim (1978, p. 41) conceitua educação como ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram preparadas para a vida social. Ao conectar as relações de gerações, reconhece que a educação tem por objetivo suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina.

A ordem constitucional brasileira (art. 208, I, CF) vai além do que preconiza Durkheim, porquanto propõe que o direito à educação básica, obrigatória e gratuita é assegurado até mesmo a todos que não tiveram acesso a ela na idade própria. Constata-se, a partir do dispositivo normativo referido, que o processo educacional, enquanto instrumento de transmissão de valores e experiências entre as gerações, viabiliza atingir a perfeita interação social.

Nesta senda, o direito à educação, na ambiência da Constituição pátria, é premissa, e não proposta. Pode-se, portanto, afirmar que o direito à educação é o antecedente necessário para o pleno exercício dos demais direitos fundamentais eleitos pelo legislador constituinte.

A relevância do direito à educação exige da Administração Pública o compromisso de empreender todos os meios, no seu nível máximo, para assegurar o seu pleno desenvolvimento. Para realização é de se exigir uma prática administrativa comprometida com a eficácia e efetividade do direito prestacional assegurado na Carta Constitucional.

Valle (2009, p. 93) destaca que as necessidades da cidadania estão a exigir uma Administração que se revele, não só legislativamente orientada, ou comprometida com a eficácia, mas apta a ser qualificada como “boa”, com toda a carga de indeterminação que essa cláusula contém. Assim, o que se deve compreender por uma boa administração é o agir planejado, coordenado, integrado e finalisticamente orientado dos Órgãos que exercem parcela de poder na estrutura estatal.

Valle (2009, p. 94) compreende que o planejamento é o caminho indispensável, quando associado aos múltiplos vetores que compõem a complexa equação que conduzirá à identificação do adequado agir estatal para a realização dos direitos demandados pelos cidadãos. Neste sentido, a ordem constitucional, no que se refere ao agir da Administração Pública, não admite atuação voluntarista, isolada, injustificada e desconectada com os objetivos fundamentais da República.

Evidencia-se do elemento planejamento a necessidade de múltiplos atores e ações continuadas para a realização do direito subjetivo à educação por intermédio de política pública como instrumento de concretização.

Valle (2009, p. 37) reconhece que políticas públicas expressam decisões edificadas sobre os pilares da multiplicidade e da continuidade, com a projeção para o futuro de efeitos e obrigações.

Sob a égide dos dois pilares, cabe refletir que o processo de construção de políticas públicas deve ser desenvolvido de forma sistematizada, ordenada e

concatenada. Como ato inaugural deste processo, destaca-se a atuação legislativa na edificação do arcabouço normativo (constitucional e infraconstitucional), mas a sua existência não significa a efetiva realização, pois a implementação pressupõe a atuação de autores governamentais de todos os entes estatais, sem que se deixe de reconhecer a atuação relevante do próprio cidadão pelos mais diversos meios de participação da construção de políticas públicas (conselhos de políticas públicas, audiências públicas, orçamento participativo, entre outros).

Neste cenário, impõe destacar que as ações devem ser dirigidas a transformar a realidade da sociedade, permitindo que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil sejam alcançados. Porém, a ação intencional não se dissociará da realidade fiscal presente em seu curso.

Por constituir, o direito à educação básica obrigatória e gratuita, um direito fundamental prestacional, é de se dirigir a discussão, antes de compreender a efetivação de políticas públicas, para a dimensão econômica relevante deste direito subjetivo público. Como se sabe, os direitos prestacionais têm por objeto, em regra, as prestações do Estado, o que desvela a sua relevância econômica.

Sarlet (2015a, p. 293) observa que os denominados direitos fundamentais de defesa exigem para a sua realização um conjunto de ações positivas pelo Poder Público, ações que necessitam de recursos materiais e humanos a fim de garantir sua efetiva prestação. Assim, os direitos fundamentais material e formalmente reconhecidos requerem a existência de recursos para a sua concretização.

Anota Sarlet (2015a, p. 294) que a relevância econômica é observável no âmbito da eficácia e da efetivação dos direitos sociais a prestações reclamadas, isto porque está a exigir a disponibilidade de recursos para custear as ações positivas.

Sarlet (2015a, p. 294), ao resgatar o pensamento crítico de Virgílio Afonso da Silva, oferece uma distinção entre gastos institucionais e gastos para a realização de ações prestacionais. Devem-se entender como gastos institucionais as despesas com a manutenção das instituições políticas e judiciais, as quais estão a serviço de todos os direitos. Já a efetivação dos direitos sociais tem um

custo mais elevado, pois demanda na esfera prestacional o atendimento de reivindicações positivas, razão pela qual os gastos gerais devem ser excluídos para efeito de comparação entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais.

Neste contexto, incontroversa a afirmação de que os direitos sociais prestacionais apresentam relevância econômica. A relevância econômica conecta-se, necessariamente, com a eficiência fiscal do Estado. Refletir sobre o Estado Fiscal é imprescindível para compreender os gastos gerais ou os custos efetivos com os direitos sociais prestacionais. Assim, não se pode prescindir deste debate para o adequado dimensionamento do financiamento das missões sociais do Estado Moderno.

É característica dos direitos fundamentais sociais a existência de disponibilidade de recursos para a realização das prestações reivindicadas. Sarlet (2015a, p. 295) afirma ser necessário que se observe se o destinatário da norma se encontra em condições de cumpri-la, isto é, se dispõe de meios reais para a concretização dos direitos pretendidos.

A relação intrínseca entre a efetivação dos direitos prestacionais e a disponibilidade de meios tem ensejado profunda reflexão doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade da reserva do possível. Sarlet (2015a, p. 295) anota que por força destes aspectos passou-se a encarar a prestação dos direitos sociais sob o que se denominou de uma “reserva do possível”. Esta problemática será retomada no momento de encaminhar uma possível solução para a efetividade do direito à educação básica e gratuita, quando reivindicada judicialmente.

Neste ambiente, pode-se, em regra, sustentar que a política pública econômica é pressuposto fundamental para a efetiva realização das prestações materiais exigidas no tocante à concretude dos direitos fundamentais sociais. Mas a existência desse pressuposto fundamental não significa a inexistência de outros pressupostos a serem observados e considerados pelos diversos atores envolvidos na realização de tais prestações. Identifica-se, desta forma, na presença de escassez fiscal, a adequada escolha dos legisladores e gestores na construção das políticas públicas como veículos de consolidação dos direitos

fundamentais sociais, bem como na fixação de critérios definidores da implantação das políticas públicas e da avaliação de resultados.

Reconhecido o direito à educação básica e gratuita como direito subjetivo público, é primordial compreender como se desenvolve o processo de concretude desse direito prestacional no planejamento, na implantação e no acompanhamento desta política de Estado, por intermédio dos diversos atores envolvidos nos processos legislativo e executivo e a intervenção excepcional do Poder Judiciário, reservadas, entretanto, as reflexões deste excepcional ator para outro momento da investigação.

Sarlet (2015a, p. 225) assevera que a política pública como tutela de direitos pressupõe, muitas vezes, a obrigação dirigida ao Estado de assegurar a prestação ao indivíduo ou ao conjunto de indivíduos que deixou de receber as obrigações prestacionais ou a recebeu de forma insuficiente.

No caso específico do direito à educação, aqui sem limitação à básica, obrigatória e gratuita, mas na dimensão plena, os deveres do Estado encontram-se disciplinados no art. 208, em seus sete incisos e seus dois parágrafos. Trata-se de um conjunto de dispositivos normativos disciplinadores dos deveres do Estado, de natureza imperativa, dirigidos à realização das políticas públicas voltadas à educação.

A relevância do direito à educação é registrada por Ranieri (2009b, p. 315) ao assinalar que este direito social mereceu o maior número de dispositivos no atual contexto social. Em percuciente análise, identifica a existência de 22 artigos, dois dos quais no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Desde a promulgação da Carta Constitucional várias alterações já se efetivaram, com destaque para as Emendas Constitucionais 14 e 59, cujo conteúdo amplia a proteção e a promoção deste direito.

Ranieri (2009b, p. 316-317) destaca que o arcabouço normativo constitucional desdobrou-se nas Constituições estaduais, nas Leis Orgânicas municipais e em diversas leis federais, legislações estas que passaram a conferir substância ao conjunto das disposições alusivas à exigibilidade do direito à educação.

Toda a atividade legislativa possibilita concluir que a educação é o grande vetor para a superação das desigualdades sociais. Souza (2010, p. 34) aduz que a educação é elemento fundamental da formação para a vida em sociedade, na transmissão de princípios éticos e morais e na capacitação para o trabalho. Na transmissão desses princípios éticos e morais, o indivíduo desenvolve sua capacidade de participação nos processos políticos; a consequência positiva é o pleno exercício da cidadania.

Nesta senda, pode-se mencionar, sem prejuízo da existência de outros conjuntos normativos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), além de legislação de concretude impositiva do direito fundamental à educação, seja para a responsabilização dos agentes públicos, seja para a sua concretude, mediante a judicialização do direito à educação, como exemplos não taxativos, a Lei da Ação Pública (Lei nº 7.347/85), a Lei da improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), o Decreto-Lei nº 201/67, a Lei Complementar nº 101/2001 e o uso de ações mandamentais constitucionais, como o Mandado de Segurança e a Ação Popular.

No processo legislativo ordinário, o legislador constitucional instituiu restrições, limites, diretrizes, critérios e princípios gerais, bem como as limitações negativas e positivas a serem cumpridas, sob pena de o processo legislativo ordinário apresentar vícios de inconstitucionalidade.

Pansieri (2012, p. 18) compreende que a dimensão negativa encontra-se representada pela cláusula de proibição de retrocesso social, resultante esta, da conjugação dos objetivos da República e da Dignidade da Pessoa Humana. Nesta dimensão negativa o direito subjetivo à educação obrigatória e gratuita existe toda vez que o Estado atentar, seja por ato legislativo ou administrativo, por exemplo, contra o nível de investimento no desenvolvimento deste direito.

Pansieri (2012, p. 18) realça que a dimensão positiva pressupõe uma imposição ao Estado de legislar e executar políticas públicas que possibilite ao indivíduo o seu pleno desenvolvimento por intermédio da educação, inclusive, com a alocação de recursos mínimos para o financiamento da política educacional. Nesta dimensão, o direito subjetivo público se mostrará presente

quando as condições mínimas de atendimento correspondam à ideia de mínimo existencial.

Nesta linha de pensamento, Ranieri (2009b, p. 321), a título de exemplificar uma limitação imposta do legislador ordinário, refere-se ao art. 205 da CF, que institui as finalidades do direito da educação, quais sejam: formar o indivíduo, o trabalhador e o cidadão, a fim de que possam participar do processo de construção do Estado Social, fazendo-o com fundamento no núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

No momento, não é necessário avançar na compreensão desses elementos consubstanciados do mínimo existencial; tão só identificar quais os modelos que podem ser utilizados, a partir das prescrições constitucionais e legais, para a fixação das políticas públicas dirigidas à efetividade do direito à educação.

A abordagem sobre os modelos não pressupõe a afirmação de que a adoção de um ou outro modelo represente a garantia da efetividade da política pública de educação, porquanto a sobrecarga das demandas sociais impõe ao Estado a contínua expansão de suas ações positivas até o limite de sua realidade fiscal.

Ranieri (2009b, p. 157) adverte sobre as dificuldades inerentes ao processo de construção e implantação de políticas públicas pelo Estado. A autora identifica como elementos dessas dificuldades as incertezas da urgência, os exíguos lapsos de tempo para o atendimento das demandas e a velocidade com que se entrelaçam as circunstâncias dessa situação de complexidade, numa sociedade pluriclasse e multicultural.

Em adição à complexidade que envolve as demandas sociais e a limitação fiscal, Rawls (2016, p. 322) anota que a doutrina da economia política deve conter uma interpretação do bem público que deve fundamentar-se numa concepção de justiça. É neste ambiente de efetividade dos direitos fundamentais, especialmente da educação básica, obrigatória e gratuita, e da escassez fiscal, que o gestor público deve proceder à escolha do modelo de implementação pública que melhor se amolde ao ambiente fiscal, sem que se distancie da centralidade do Estado Moderno, atento sempre à promoção dos direitos fundamentais.

Relevante, para compreender o processo na fixação de políticas públicas, o estudo desenvolvido por Viana (1996, p. 2-4), fruto de uma revisão bibliográfica sobre este tema, com ênfase para autores alienígenas, razão por que a sua compreensão deve ser desenvolvida sob a ótica da ordem constitucional brasileira.

No plano do processo decisório, quatro modelos são destacados: Modelo de Processo Burocrático, Modelo de Recursos Humanos, Modelo Político e Modelo Anárquico ou Simbólico. Nos modelos analisados e mencionados pela autora, o que se observa é a aplicação no Estado brasileiro do modelo burocrático. Este modelo, como bem observa a autora, é repleto de pontos fracos, o que tem resultado no insucesso de várias ações governamentais na área educacional.

Os autores analisados por Viana definem a agenda como sendo constituída por uma lista de problemas ou assuntos que chamam a atenção do Governo e dos cidadãos que atuam com o Governo.

Como já dito, a finalidade do Estado brasileiro é aquela consignada no art. 3º da CF. Registre-se que isso representa o mínimo necessário. No Estado brasileiro, a agenda deve atender aos objetivos fundamentais. Na implementação das políticas públicas educacionais não se tem observado na formulação da agenda a participação dos atores que necessariamente deveriam estar envolvidos, a saber, Governo, agentes públicos executores e cidadãos destinatários das ações governamentais.

Importante, ainda, destacar que o Estado brasileiro, se efetivamente pretende atender aos seus objetivos fundamentais, deveria observar na fixação das políticas educacionais as condições políticas, econômicas e sociais, compreendendo, neste cenário, a disponibilidade de recursos orçamentários, os reflexos das condições sociais e econômicas do território de implantação, a opinião dos atores destinatários das ações, os partidos de oposição e os grupos da sociedade civil (não institucionais) comprometidos com a solução dos problemas.

No processo de implantação de políticas públicas, necessária se faz a observância dos fatores que influenciaram o processo de tomada de decisão.

Relevante, no campo das políticas públicas educacionais, atentar para o que corresponde à avaliação política e à avaliação de políticas. Esta apreciação é muito bem estudada por Figueiredo e Figueiredo (1986, p. 108), no texto “Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica”. Para os autores, a avaliação política corresponde à análise e à elucidação do critério ou critérios que fundamenta(m) determinada política. Na escolha dessa política, é importante ressaltar os princípios que a justificam em relação a qualquer outra.

As políticas públicas educacionais, a exemplo das demais, quando idealizadas, implantadas, executadas e avaliadas, devem gerar resultados. Tais resultados, como identificam os autores acima referidos, podem representar um produto físico, tangível e mensurável, ou um impacto que modifique atitudes, comportamentos e/ou opiniões.

O processo de avaliação das políticas observa razões de natureza moral e instrumental. Do ponto de vista moral, é de se considerar a probidade dos gestores na execução da política e na apropriação de seus resultados. No tocante à razão de natureza instrumental, é de se observar o nível alcançado do produto, quanto à quantidade e à qualidade, objetivando monitorar e controlar os seus impactos.

As políticas públicas, no Estado brasileiro, deveriam ser todas dirigidas ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República, no plano mediato, em face da dificuldade para se alcançar a plenitude dos objetivos. São identificáveis, na observação de Figueiredo e Figueiredo (1986, p. 119), cinco problemas que comprometem o grau de efetividade dessas políticas, a saber: a) interesse de grupos privados em detrimento do grupo beneficiário; b) subordinação do programa à política econômica ou a outros objetivos externos; c) baixa participação dos beneficiários; d) centralização na formulação, na efetivação e na organização administrativa; e) uso político e/ou clientelístico.

Esse diagnóstico quanto à avaliação política realizada por pensadores da área de educação não difere da avaliação procedida por pensadores da área jurídica. Para consolidar tal entendimento, oportuna a lição de Duarte (2006, p. 270) ao realçar que o processo deve iniciar-se pelas escolhas de prioridades e pela definição dos meios adequados para se alcançar os fins instituídos e a

precisão dos percursos a serem adotados. Identifica, ainda, como outro elemento imprescindível da política pública a previsão de financiamento, pois a alocação de recursos é indispensável para os custos dos recursos materiais e humanos. Como elemento final do trajeto impõe-se a realização da fase avaliativa de resultados da política implementada, o que está a exigir o controle e a ação fiscalizatória da sociedade civil, dos Tribunais de Conta, dos Conselhos Gestores e, excepcionalmente, a atuação do Poder Judiciário.

Nesta senda, analisar-se-ão, com base na previsão constitucional, os atores responsáveis pela concretização do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita.

### **2.3 A dimensão objetiva do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como dever constitucional de proteção e promoção, incluindo sua dimensão organizatória e procedimental, e o papel dos Poderes Legislativo e Executivo na sua concretização**

Para melhor compreender o que significa um direito público subjetivo, impõe-se a sábia lição de Sarlet (2015 a, p. 149), constitui-se na ideia de que o titular de um direito juridicamente tutelado é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses perante o destinatário (obrigado). É, no contexto destas palavras, a capacidade de o indivíduo, como membro da sociedade, colocar-se na posição de sujeito de direito, materializando o que prevê a norma em abstrato. Neste diapasão, o direito público subjetivo é a capacidade do próprio indivíduo de conhecer-se como sujeito apto a cobrar as imposições legais em seu favor.

Quanto à organização dos sistemas de ensino, prevaleceu a tese da colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competindo à União a organização do sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiando as instituições públicas federais e exercendo, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades edu-

cacionais e um padrão mínimo de qualidade do ensino, mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Na tendência da prestação do ensino pela iniciativa privada, o constituinte manteve como livre a iniciativa do ensino, contudo fixou como condições para o desempenho o cumprimento das normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Sobre o ensino religioso, manteve-se a tese de sua facultatividade, com as aulas nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Aos Estados e ao Distrito Federal competem, prioritariamente, o ensino fundamental e médio; quanto aos municípios, sua atuação se dará, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil.

No processo de organização dos sistemas de ensino, os entes que compõem a estrutura do Estado brasileiro deverão definir formas de colaboração para assegurar a universalização do ensino obrigatório.

O constituinte de 1988 fixou percentual mínimo para o financiamento da política de educação. A União deverá aplicar, anualmente, nunca menos de 18%; os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, nunca menos, da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino.

Como fonte adicional de financiamento, a contribuição social do salário-educação recolhida pelas empresas. O salário-educação encontra-se regulamentado pela Lei nº 9.766, de 18 de dezembro de 1988.

Com a finalidade de converter o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, a Constituição Federal determinou a elaboração do Plano Nacional de Educação, por intermédio de lei ordinária, devendo este plano ter vigência decenal.

O Plano Nacional de Educação deverá conduzir o Estado brasileiro, mediante a efetivação da política pública de educação, a erradicar o analfabetismo, a instituir a universalização do atendimento escolar, a melhorar a qualidade do ensi-

no, a formar para o trabalho, a incentivar a promoção humanística, científica e tecnológica e a propiciar o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação proporcionalmente ao produto interno.

É indiscutível que o ensino obrigatório e gratuito constitui um direito social classificado como direito público subjetivo. Consequência lógica da classificação deste direito como público subjetivo é o dever do Estado de promover a sua prestação por intermédio de ações positivas. A não prestação ou a prestação insatisfatória desse direito pelo poder estatal implica a possibilidade de o homem-cidadão exigir do Estado a sua prestação satisfatória.

Compreenda-se, neste cenário de não prestação ou prestação insatisfatória, a ausência de vagas nas escolas públicas, a não reposição de aposentados e falecidos, a carência de professores em determinadas disciplinas, a ausência de condições materiais para o funcionamento das instituições de ensino, situações fáticas comuns do ensino público nas esferas estadual e municipal.

Desse modo, é de se consignar que a não prestação dessa política pública assentada na Carta Constitucional implica não somente conferir o direito à satisfação da prestação ao homem-cidadão na sua individualidade, mas a todos os demais integrantes da sociedade politicamente organizada e destinatária do ensino obrigatório e gratuito.

A partir dessa compreensão, necessário se faz o desenvolvimento do conceito de direito subjetivo público e como deve o Estado desenvolver o processo de fixação e avaliação da política pública de educação, entendendo o Estado a partir da participação de todos os entes envolvidos na efetividade desta política, incluindo o Poder Judiciário, quando chamado a determinar a sua implantação, em face da omissão do Executivo na sua efetivação e na avaliação dos resultados.

Portanto, sendo o Estado brasileiro concebido sobre as bases de um Estado Social, é inaceitável sob a ótica política a inxequibilidade dos direitos sociais. A Constituição Federal, ao positivar os direitos sociais, aspira a superar a profunda desigualdade social observável no curso de sua história. Este o cenário para se entender a gênese e a implementação de políticas públicas no Estado brasileiro. Deve-se, num primeiro momento, compreender políticas públicas como

um fenômeno progressivo decorrente da evolução do homem-cidadão no interior da sociedade.

Nesta linha, identificar o seu surgimento é de fundamental importância. O Estado moderno é o marco determinante do surgimento das políticas públicas. Característica fundamental do Estado moderno é o exercício do poder por previsão legal. A construção da legalidade e a centralização da força fazem parte desta entidade, que busca por seus atos, constantemente, a legitimidade (DERANI, 2006, p. 131).

As ações do Estado, regidas pela legalidade e pela legitimidade, decorrem do debate político com a sociedade. Quanto mais desenvolvida esta for, maior será a participação no processo de construção das políticas públicas. A consciência crítica dos indivíduos faz com que venham à tona os embates sociais, cuja consequência é o surgimento da norma que determina o poder-dever de fazer do Estado.

Meneses (2010, p. 36), em seu artigo “A educação e o ensino na Constituição do Estado de São Paulo: propostas e realizações”, reconhece que o Estado brasileiro vive um novo modelo de ação na fixação de políticas públicas, decorrente da vontade popular: “O novo modelo proposto cria o Estado democrático de Direito. A Lei ou o Direito sucede ao arbítrio. Ou a vontade pessoal cede ao interesse coletivo. O democrático, a indicar a sua íntima conexão do poder emanado da vontade popular”.

Como consequência lógica, a política pública decorre de uma construção normativa, tendo como base o Direito. A finalidade social da política pública no Estado brasileiro deve atender aos objetivos fundamentais consagrados no art. 3º da Constituição Federal. O conteúdo do referido artigo é dirigido às autoridades governamentais do País. Têm-se como autoridades governamentais os integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e, excepcionalmente, para a definição de políticas públicas, o Poder Judiciário.

A título ilustrativo é de se mencionar os objetivos fundamentais instituídos no já aludido artigo, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; 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.

O norte a ser seguido na política pública é a finalidade consagrada no art. 3º da CF. Atender aos objetivos propostos pela ordem constitucional implica a formulação de ações coordenadas pelos entes estatais. De relevância para a efetividade das políticas públicas é a tomada de decisões administrativas competentes. Daí se reconhecer que o fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais (BERCOVICI, 2006, p. 144).

Se as políticas públicas no Estado moderno devem ter como fundamento o direito positivado, não se pode olvidar a assertiva de Massa-Arzabe (2006, p. 53): “não se cuida, então, do direito voltado a ordenar o já estabelecido, mas de um direito voltado para ordenar o presente em direção a determinado futuro socialmente almejado”. E acrescenta: “Essa ordenação prospectiva, que é plasmada por meio de políticas públicas, exige, além das normas de conduta e de organização, normas definidoras de diretrizes e de metas a serem alcançadas”.

A partir da compreensão de que as políticas públicas no Estado moderno são construídas a partir dos embates sociais, tendo como resultado a sua positivação na ordem constitucional e na ordem infraconstitucional, dirigidas, sempre, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, torna-se imprescindível o desenvolvimento de linhas gerais que traduzam o processo de fixação das políticas públicas.

As políticas públicas no Estado brasileiro encontram-se definidas na ordem constitucional, na ordem infraconstitucional e em normas infralegais. Como elemento de política pública é identificável o seu componente de estratégia, representado pela definição de ação, em um determinado momento histórico, que se presta a transformar uma realidade social.

Nesses suportes legais merecem destaque, para melhor compreensão, exemplos de disciplinamentos constitucionais e infraconstitucionais de políticas públicas. Observe-se, inicialmente, o Título VI (arts. 145 a 169) da Constituição Federal. As disposições indicadas expressam de forma sistematizada a política

econômico-financeira do Estado brasileiro, considerada precursora de todas as demais políticas públicas. Nela, merecem destaque os instrumentos de sua implementação dispostos na Constituição Federal – plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária anual (LOA), as duas últimas regidas pelo princípio da anualidade.

Registre-se, neste cenário, a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que se refere à política “econômico-financeira” e ao “programa de trabalho do Governo”. Refletindo sobre o tema, Bucci (2006, p. 15/16) consigna “que na dicção constitucional só o PPA e a LDO são tratados em termos propriamente políticos, isto é, referindo-se a objetivos, metas e prioridades da Administração”. Essa observação revela a inexistência dos termos políticos sobre a LDO na regulação da matéria na Lei nº 4.320/67. Na explicação jurídico-política, destaca-se que a obrigatoriedade de elaboração da LDO nas três esferas de Governo se deu por imposição do art. 165, II, da Constituição Federal.

Necessário registrar que com a edição da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, os ditames para a elaboração da LDO, nas três esferas de Governo, encontram-se disciplinados na legislação infraconstitucional.

Na sequência de disciplinamento de políticas públicas, ressalta-se o Título VIII da Constituição Federal, alusivo à ordem social, cuja ordenação apresenta-se por matéria (da seguridade social, da saúde, da previdência social, da assistência social, da educação, da cultura e do desporto, da ciência e tecnologia, da comunicação social, do meio ambiente, da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso e dos índios).

Define o texto constitucional no art. 193 que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Inferem-se, de imediato, a responsabilidade e o dever do Estado de viabilizar o ingresso do homem-cidadão na cadeia produtiva por meio do trabalho, cuja finalidade é alcançar o bem-estar e a justiça sociais.

Para financiar a política pública de seguridade social, o legislador constituinte fixou no art. 195 da CF que o seu financiamento será de responsabilidade da sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei,

mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de contribuições sociais.

Sem exaurir o debate, dada a existência do tópico próprio sobre a política pública de educação, não se deve, nesta oportunidade de construção do arcabouço normativo constitucional das políticas públicas, deixar de registrar que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, tendo a finalidade de propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A “educação básica obrigatória e gratuita” como direito público subjetivo foi reconhecida a partir da Constituição de 1988, conforme afirmação do § 1º do art. 208 da CF, com redação fixando como ações garantidoras desse direito o dever do Estado de concretizar educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria; a progressiva universalização do ensino médio gratuito; o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade; o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; a oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando e atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O não cumprimento dessas ações positivas pelo Poder Público, ou a sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente, conforme previsão do § 2º do art. 208 da CF.

Deve-se destacar, ainda, que a construção desse cenário do dever do Estado de ofertar ações positivas voltadas à realização da política pública de educação é fruto do constituinte originário de 1988 e das Emendas Constitucionais de números 14, 53 e 59.

O financiamento desta política pública acha-se disciplinado pelo art. 60 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Digna de registro é a renovação do programa Fundef, instituído pela Emenda Constitucional nº 14 e ampliado

pela Emenda Constitucional nº 53, com o título de Fundeb. A discussão será aprofundada quando do detalhamento da política pública de educação.

Na observação das políticas públicas normatizadas na ordem constitucional, merece destaque a implantação da doutrina da proteção integral para viabilizar a efetivação de política pública dirigida à pessoa em desenvolvimento. A ordem constitucional estabelece no art. 227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência comunitária”, além de colocá-los a salvo de formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esse dever envolve o êxito de várias outras políticas públicas, especialmente as de saúde e educação, e mais a efetiva política econômica, para suportar o regular financiamento das demais políticas de Estado.

No tocante à cultura, o Estado assegura o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, e apoia e incentiva a valorização e a difusão das manifestações culturais, *ex vi* do art. 215 da CF. Quanto ao desporto, incumbe ao Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, assim como a promoção e o incentivo do desenvolvimento tecnológico e científico.

Constitui dever do Estado, ainda, no campo da ordem social, assegurar a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem restrição alguma, observado o disposto na própria Constituição, de acordo com os artigos 220 *usque* 224 da CF.

Política pública de singular relevo é a destinada à defesa do Estado e das instituições democráticas, disciplinada no Título V da CF (arts. 136 a 144). Breve registro sobre segurança pública, a qual constitui um dever do Estado e um direito e responsabilidade de todos, cuja finalidade é a preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, efetivada pelos órgãos criados pela Carta Constitucional. A política de segurança pública constitui campo vastíssimo de pesquisa para observação da implantação de políticas públicas efetivas de prevenção não repressiva e prevenção repressiva, não constituindo, entretanto, objeto desta discussão.

Merece destaque a finalidade do Estado brasileiro de buscar a concretização do mínimo existencial fixado no art. 3º da Constituição Federal, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010, a qual prorroga por tempo indeterminado o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. O art. 1º da referida Emenda registra que fica prorrogado por tempo indeterminado o prazo de vigência do referido Fundo, disciplinado no art. 79 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

A perspectiva fundar-se-á na conscientização coletiva crítica dos indivíduos, instituída a partir de embates sociais observáveis em marcos históricos relevantes e em sua normatização na ordem jurídica. Isto significa dizer que o conjunto de ações do Estado é positivado a partir da necessidade de seus indivíduos e deve ser efetivado em face de ser o homem-cidadão o centro das ações do Estado.

Neste cenário de relevantes missões sociais a serem implementadas pelo Estado moderno, insere-se inquestionavelmente a educação obrigatória e gratuita, nas dimensões objetiva e subjetiva, cuja distinção será explicitada em tópico específico. Imprescindível, entretanto, compreender o processo da política pública de educação nas Cartas Constitucionais brasileiras.

Sobre a importância da concretude das relevantes missões sociais pelo Estado moderno, Sarlet (2015a, p. 136) assevera que os direitos sociais de cunho prestacional encontram-se a serviço da igualdade e da liberdade material, cuja finalidade é proteger a pessoa contra as necessidades materiais. Neste sentido, a missão estatal é garantir um mínimo existencial. Repousa nesta afirmação a sua fundamentalidade na prévia escolha do constituinte derivado de prorrogar por tempo indeterminado o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Emenda Constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010).

Na insuficiência do direito à educação impõe-se a atuação do Poder Judiciário, com a finalidade de determinar a implantação da política pública de educação, definida como direito público subjetivo. Esta atuação excepcional tem gerado acalorados debates, especialmente pela possibilidade de ser encarada como um processo de “politização” deste Poder.

Tal atuação requer a alocação de recursos para a satisfação da prestação desse direito, cujo reflexo repercute no campo da responsabilidade fiscal. Como então conciliar a efetividade da política pública educacional, classificada como direito público subjetivo (ensino obrigatório e gratuito), e a política fiscal, quando o Judiciário é provocado a determinar a sua implantação e execução?

Muito se tem discutido sobre o tema, até mesmo com a identificação de dois princípios que devem ser observados, sem que a aplicação de um implique a não aplicabilidade do outro. Está a se tratar dos princípios da reserva do possível e da proibição do retrocesso social, os quais são utilizados pelo Poder Judiciário nas suas decisões sobre a determinação e o reconhecimento de direito social como direito público subjetivo.

Apesar da relevância da intervenção do Poder Judiciário na determinação da política pública definida como direito público subjetivo, é de se destacar que esta não deve ser a regra, porquanto consiste num canal de concreção quando da ação omissiva do ente federativo responsável pela implantação de tal política.

Duarte (2006, p. 273) assevera: “Contudo, é preciso frisar que a ação judicial constitui apenas um canal de exigibilidade do direito subjetivo, e não o seu fundamento”. É que a judicialização apresenta-se como via excepcional da concretude do direito à educação.

Desse modo, reconhece-se que a exigência da implantação satisfatória da política pública tem como meta o delineamento de sua existência na ordem constitucional e infraconstitucional, sendo este o seu real fundamento, ficando a atuação do Poder Judiciário reservada para o momento de omissão ou de oferta insatisfatória da política pública de educação obrigatória e gratuita, classificada como direito público subjetivo. É de se concluir, portanto, que não há política pública para a educação sem a existência do direito público subjetivo à educação.

A judicialização da política pública da educação básica, obrigatória e gratuita será amplamente debatida em momento específico, sobretudo pela necessidade de se conciliar a escassez fiscal com a aplicabilidade no princípio da reserva do possível.

A finalidade de demonstrar a impositividade do direito à educação básica, obrigatória e gratuita como direito fundamental social, constitucionalmente material e formalmente explicitado na ordem constitucional pátria, exigirá, na sequência do estudo, compreender melhor a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, isto pela necessidade de, também, fundamentar a exigibilidade do direito à educação no direito internacional.

Para alcançar esse objetivo será necessário refletir sobre a Carta Internacional dos Direitos Humanos, que é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este último de maior relevância para o desenvolvimento do estudo, por elevar o direito à educação à condição de direito humano.

É possível imaginar a construção de uma sociedade livre e igual sem propiciar à pessoa a formação básica (educação obrigatória e gratuita)? A resposta para esta etapa da pesquisa é negativa, mormente porque o evoluir das aptidões físicas, éticas e intelectuais pressupõe uma formação mínima para que a pessoa possa promover o processo construtivo de seu plano de vida, sem que descuide o Estado liberal-comunitarista de consolidar as relevantes missões sociais. Eis, portanto, a razão por que impõe retroceder para melhor compreender como a educação, como política pública relevante, foi disciplinada nas Cartas Constitucionais brasileiras.

#### **2.4 A abertura material do catálogo constitucional do direito fundamental ao sistema internacional (universal e regional) de direitos humanos**

Os direitos fundamentais nas suas multifacetadas nomenclaturas carregam consigo o grande peso valorativo dos direitos subjetivos fundamentais. Embora adotadas diversas nomenclaturas nas mais diversas Cartas Constitucionais, sua fundamentalidade decorre da natureza do indivíduo como ser humano, em decorrência de sua trajetória histórica.

Inicialmente, sob as didáticas palavras de Sarlet (2015a, p. 30), distinguem-se direitos do homem de direitos humanos, bem como de direitos fundamentais. Aqueles se referem aos direitos naturais, não positivados; os outros, aos direitos reconhecidos na esfera internacional; estes, por sua vez, são os direitos reconhecidos e outorgados na esfera da Constituição pátria.

Tais distinções são apenas ilustrativas, pois se entende que os direitos apresentados em tais nomenclaturas visam apenas situá-los sob seu conteúdo, sua eficácia, assim como pelo regime da fundamentalidade formal e material (SARLET, 2015a, p. 30).

O autor ainda aponta a crítica de Bruno Galdino, que reconhece os direitos dos homens, os direitos humanos e os direitos fundamentais como sendo, todos, direitos inerentes à natureza humana. Nas palavras de Sarlet (2015a, p. 31), a distinção se faz necessária para aferir os critérios adotados para o plano de positivação de tais direitos.

Sarlet (2015a, p. 79-80) adverte que a materialidade dos direitos fundamentais é uma construção longínqua e permanente, que independe da construção do legislador derivado ou mesmo do legislador originário, haja vista serem os direitos fundamentais na ordem universal e local, base constitutiva dos Estados sociais. Neste diapasão, importa salientar o que Piovesan (2013, p. 188-189) registra sobre a formação dos direitos fundamentais em nível universal. Assevera a autora que estes decorrem da construção social de lutas travadas pelo homem na conquista do seu espaço. Para tanto, não reconhece esta construção como dados históricos que ora remetem a esta construção moral, ora são direitos inatos, ora são direitos históricos, ora são direitos positivos. Compreende a autora que os referidos direitos não são estáticos nem fazem parte de determinado momento; são, em sua essência, construídos ao tempo que se constrói a dignidade humana.

Neste sentido, os direitos fundamentais não podem limitar-se apenas ao que se acha posto na Carta Constitucional, pois têm uma abertura valorativa que compõe a natureza existencial do homem como ser social, logo, necessitam de um sistema de proteção integral e constante.

Partindo desse pressuposto, Sarlet (2015a), ao longo de sua obra, trata da abertura material dos direitos fundamentais na Carta Maior, prevista no art. 5, § 2º. Isto implica, conforme entende esse autor (2015a, p. 83), que não apenas os direitos escritos carregam o *status* de direitos fundamentais, já que aqueles que são imanentes à dignidade da pessoa humana recebem carga valorativa dos direitos fundamentais.

Da abertura material dos direitos fundamentais, a Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu no art. 5º o § 3º, estabelecendo posição hierárquica aos tratados e convenções internacionais que tratam sobre direitos humanos. Estes, seguindo o rito de emenda constitucional, se aprovados pelo procedimento ordinário, receberão *status* de norma supralegal. Depreende-se, desde já, que a incorporação dos direitos fundamentais discutidos e universalizados por meio dos tratados e convenções tem abertura no sistema constitucional e legal pátrio, desde que obedecidas as formas de inserção, matéria que será tratada adiante.

A dinâmica da abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, assim como no Brasil, está prevista também em outras Constituições. A título de informação, Sarlet (2015a, p. 80) aponta a “Constituição portuguesa (art. 16, nº 1), a Constituição da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e a da Venezuela (art. 50)”.

Constata-se a abertura material dos catálogos constitucionais, segundo Piovesan (2010), Sarlet (2005), Mazzuoli (2011), Guerra (2008) e Trindade (2000), pela natureza dos direitos fundamentais, que embora não previstos nas Constituições, por sua natureza imanente ao indivíduo – principiológica – fazem parte do catálogo constitucional (CARVALHO; MAGALHÃES; SOZINHO, 2014, p. 276).

Mazzuoli (2000, p. 184-186), a par da importância dada pela previsão constitucional do direito material consagrado à dignidade da pessoa humana, prevê três vertentes em que estes direitos se apoiam ao serem incorporados ao sistema pátrio, consubstanciando o que aqui já se acha posto. São elas: “a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados; e c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja

parte”. Assim, os direitos fundamentais também podem ser encontrados em sistemas internacionais e invocados no sistema pátrio. Ratifica o autor essa assertiva quando cita Piovesan, ao reproduzir que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais, *a contrario sensu*, está ela a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos”.

Neste sentido, a Carta Constitucional apresenta um rol de direitos já consagrados ao longo de todo o texto. Visando melhor fundamentar a distinção posta e afirmar a abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, Sarlet (2015a, p. 83) extrai, em primeiro lugar, que o art. 5º, § 2º, da CF, ao se referir genericamente aos direitos e garantias expressos na Constituição, não impõe a presença destes direitos a uma posição preestabelecida na estrutura da Carta Constitucional. Ainda, como elemento de sua fundamentação consigna a opção do Constituinte em acolher no título dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 os direitos sociais, porém disciplinados em outro capítulo.

Sarlet (2015a, p. 83) anota que o art. 6º da CF, que enumera a educação, a saúde, o trabalho, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, confere, com este conteúdo aberto, a possibilidade de se considerarem inseridos, no ambiente dos citados direitos sociais, alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional – como exemplo, os inseridos nos títulos “Da Ordem Econômica” e da “Ordem Social”.

Para dotar de maior embasamento as dimensões de direitos formal e materialmente fundamentais e de direitos materialmente fundamentais, Sarlet (2015a, p. 84) assinala que a República Federativa do Brasil singulariza-se como um Estado social e democrático, cujos limites básicos encontram-se no preâmbulo, nas normas dos arts. 1º a 4º da CF (Princípios Fundamentais, pelo catálogo de direitos fundamentais sociais – art. 6º a 11) e em face dos princípios disciplinadores da ordem econômica e social (arts. 170 e 193).

Por fim, Sarlet (2015a, p. 84) faz alusão ao § 2º do art. 5º da CF, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. Nesta linha, identifica-se a presença de norma geral inclusiva, permitindo-se interpretar os direitos fundamentais de acordo com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nesta perspectiva incontroversa, a constatação de que o art. 5º, § 2º, da CF constitui cláusula de abertura para o reconhecimento dos direitos fundamentais de natureza material (não escritos), resultantes estes do regime e dos princípios, os quais podem ser deduzidos por atividade interpretativa, fulcrada no catálogo de direitos fundamentais formalmente contemplados na Carta Constitucional.

Sarlet (2015a, p. 85) adverte sobre a existência de uma autêntica lacuna para a aferição de critérios numa conceituação substancial de direitos fundamentais, na dimensão material. Isto porque o conteúdo do dispositivo normativo previsto no § 2º do art. 5º da CF permite não somente a identificação de direitos fundamentais não escritos, mas também de direitos fundamentais constantes em outras partes da Carta Constitucional e dos tratados internacionais, razão por que se impõe a formulação de tais critérios para o emprego na atividade reveladora destes direitos.

Com a finalidade de permitir uma precisa compreensão dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, Sarlet (2015a, p. 88) apresenta dois grandes grupos de direitos fundamentais: os direitos fundamentais positivados (ou escritos) e os direitos não escritos, ou seja, aqueles não expressamente previstos na ordem constitucional interna e na ordem internacional.

De identificação não complexa ou dificultosa são os direitos fundamentais positivados, os quais podem ser subdivididos em duas categorias distintas: primeiramente, os integrantes do catálogo de direitos fundamentais ou explicitados em outras partes do texto constitucional, bem como os direitos fundamentais; em segundo, os direitos fundamentais explicitamente disciplinados nos tratados internacionais.

Sarlet (2015a, p. 88) identifica, também, duas categorias de direitos fundamentais não escritos, compreendidos na ordem constitucional brasileira:

primeiramente, os direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; em segundo, os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme disciplina o preceito normativo do § 2º do art. 5º da CF.

No propósito de melhor explicitar a construção das duas categorias de direitos fundamentais não escritos, em lapidar construção teórica, Sarlet (2015a, p. 91) afirma que os direitos decorrentes são fruto da opção do constituinte de expressamente permitir a possibilidade de se deduzirem novos direitos fundamentais (no sentido de não expressos ou implicitamente previstos) com base no regime e nos princípios da Constituição.

Sarlet (2015a, p. 90) reconhece a possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base naqueles constantes do catálogo ou a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, proveniente de uma redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já explicitamente positivado.

Fixados os contornos na moldura dos direitos fundamentais não escritos (gênero), Sarlet (2015a, p. 91-92) identifica exemplos na doutrina e decisões do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, menciona o direito à resistência ou o direito à desobediência civil, o direito à identidade genética da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, as garantias do sigilo fiscal e bancário (em geral deduzidas, por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência nacional, do direito à privacidade). Ainda, como exemplos, faz referência à boa administração pública, e, por fim, destaca a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a existência de um direito à ressocialização por parte do preso condenado.

Os exemplos apresentados revelam a grandeza da temática, mormente pelo ambiente aberto para a construção de um catálogo de direitos fundamentais não expressamente positivados, processo construtivo em permanente desenvolvimento, tornando impositiva a identificação de critérios, referência já realizada anteriormente, cuja tarefa se impõe, mesmo não sendo este o objeto da investigação deste trabalho.

A atividade do constituinte pressupõe a identificação de posições jurídicas relevantes da comunidade em determinado momento histórico, com a finalidade de elevá-las à categoria de direitos fundamentais. Sarlet (2015a, p. 93) destaca que é a efetiva importância da matéria para a comunidade jurídica, em momento histórico determinado, que fundamentará sua qualificação ao *status* de direitos fundamentais. E acrescenta o autor (2015, p. 94) que a qualificação de direitos fundamentais exige o reconhecimento da dimensão axiológica destes.

Sarlet (2015a, p. 93) identifica a “substância e a relevância” como critérios que se agregam para a formulação do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, muito embora não tenham o condão de, por si sós, clarificar o processo de equiparação com o catálogo de direitos fundamentais, embora figurem como fios condutores na construção do conceito material de direitos fundamentais na Constituição Pátria.

Nesta ambiência constitucional, Sarlet (2015a, p. 95) assevera que as posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), decorrentes do regime e dos princípios (art. 5º, § 2º, da CF), são aquelas deduzidas dos fundamentos, objetivos e princípios fundamentais da Carta da República (Título I, arts. 1º a 4º). Observa, ademais, que os direitos decorrentes do regime e dos princípios devem guardar, em conformidade com os critérios (substância e relevância), a necessária conexão com os direitos do catálogo.

Impende destacar que tanto os direitos integrantes do catálogo quanto os que lhe são estranhos (escritos ou não) guardam alguma relação – ainda que diversa no que diz respeito ao seu conteúdo e intensidade – com os princípios fundamentais na Carta Constitucional (SARLET, 2015a, p. 95). Da mesma forma, é de se reconhecer que os direitos sociais (saúde, educação etc.) têm suas raízes no princípio da dignidade da pessoa humana, como também nos princípios que consagram o Estado Social de Direito.

A estrutura classificatória proposta por Sarlet permite afirmar que o direito à educação básica e gratuita se insere no ambiente dos direitos sociais, achando-se diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e devendo ser compreendido como um direito fundamental material e formalmente explicitado na Carta Constitucional. A vinculação com o princípio da dignidade da

pessoa humana consiste no reconhecimento de que os direitos fundamentais nas suas mais diversas classificações possuem um conteúdo comum de aderência a este princípio.

Por fim, Sarlet (apud HESSE, 2015a, p. 85) sintetiza a distinção como sendo os direitos formal e materialmente fundamentais aqueles que representam posições jurídicas da pessoa, nas dimensões individual, coletiva ou social, afirmadas na Carta Constitucional, a partir de uma prévia opção do constituinte, enquanto os direitos fundamentais, em sentido material, são aqueles que mesmo não explicitados na Carta Constitucional, pela relevância de seu conteúdo podem ser equiparados aos direitos formal e materialmente fundamentais.

#### **2.4.1 Incorporação e o valor jurídico dos tratados de direitos humanos no Brasil**

O processo de consciência individual, social e ética do homem requer uma transformação do Estado como ente abstrato, a fim de dirigir suas ações para o homem-cidadão. Tal afirmação se torna observável a partir do processo de positivação dos direitos humanos, que surgiu, primeiramente, no âmbito da comunidade jurídica internacional. Neste cenário, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948.

O art. 1º da aludida declaração consigna que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, proclamando, ainda, em seu art. 2º, o caráter de igualdade fundamental dos direitos humanos, ao declarar que cada qual pode se prevalecer de todos os direitos e de todas as liberdades proclamadas, sem distinção de espécie alguma, notadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião pública, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Soares (2010, p. 134) compreende que a dignidade humana vem progressivamente sendo elevada a reconhecimento jurídico, este reconhecimento jurídico-constitucional representa a mudança de paradigma dos direitos humanos

dotados de natureza suprapositiva para direitos fundamentais acolhidos numa Constituição. A positivação desses direitos do homem não anula a sua validade ética, reforçando, em verdade, a sua exigibilidade jurídica, diante dos conflitos de interesse entre os atores sociais.

O processo de construção do Estado social pressupõe o homem como o fundamento e o limite do exercício dos poderes do Estado.

Bonavides (2008, p. 66) destaca que “do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a liberdade e a igualdade –, seguidas de mais duas, que se desenrolaram debaixo de nossas vistas e que se instalaram durante as últimas décadas”. Refere-se o autor, inicialmente, à revolução da fraternidade, cujo objeto é o homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade.

Da afirmação do autor decorre que cada revolução objetivou ou objetiva uma forma de Estado, seja ele liberal, socialista, social das Constituições programáticas, e, por fim, o Estado social dos direitos fundamentais. O Estado social dos direitos fundamentais é, no dizer do autor, por inteiro capacitado da juridicidade e da concretude dos preceitos e regras que garantem tais direitos.

Marco histórico relevante na evolução do Estado social dos direitos fundamentais foi a Revolução Francesa, fundada nos pilares da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Esta revolução elevou o ente humano à condição de homem-cidadão. Reconhecida a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade em favor do homem, esta revolução impulsionou o passado, impulsiona o presente e impulsionará o futuro da humanidade.

A positivação dos direitos sociais, típica do século XX, mas alicerçada nos ideais da Revolução Francesa, surge nos textos normativos da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919. No contexto do Estado brasileiro, é de se destacar a Carta Constitucional de 1988, que enumerou um rol significativo de liberdades e direitos, em especial os direitos sociais (arts. 6º e 7º). Para a concretude dos direitos sociais têm-se as disposições do Título VIII, “Da ordem social” (arts. 193 a 232).

Para Moraes (2002, p. 836), “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito”. Decerto que a finalidade é a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, a fim de materializar os direitos sociais.

Assim, o Estado Social é aquele em que o destaque é para o antecedente – a sociedade –, a fim de que o homem veja concretizado o direito à liberdade, à igualdade e à fraternidade. Este Estado em constante evolução visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, da marginalidade e a redução das desigualdades sociais. Neste cenário inclui-se o Estado brasileiro, conforme o art. 3º da Constituição Federal.

Piovesan (2013, p. 64) informa que a Constituição de 1988 é um marco no processo de transição democrática e na institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Com isso, segundo a autora, o Brasil volta a ocupar espaço no cenário internacional, na agenda dos direitos humanos.

*A priori*, importa frisar que os direitos humanos localizados no âmbito constitucional, têm caráter interdisciplinar, pois decorrem da interação do Direito Constitucional com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tal localização se torna importante quanto à incorporação do valor jurídico dos tratados de direitos humanos no direito pátrio, porquanto mostra que o valor jurídico e social dos direitos humanos tem uma dinâmica polarizada de fortalecimento dos mecanismos de proteção da pessoa humana (PIOVESAN, 2013, p. 77).

A Carta Magna de 1988, como projeção de um Estado democrático de Direito, consagrou em seus artigos 1º e 3º a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da construção do novo Estado. A partir dessa assertiva, todo o texto constitucional foi construído e sistematizado para atender principalmente a “pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado” (PIOVESAN, 2013, p. 86).

Segundo Piovesan (2013, p. 87) leciona, o princípio em comento tem suas raízes históricas na Europa, em decorrência, principalmente, na II Guerra Mundial, das atrocidades cometidas em nome da lei. O positivismo jurídico da época aparelhou a banalidade do mal. Observa-se que a ideia de proteção dos direitos

humanos é concebida em face do descaso com os valores morais e éticos, que se subjugavam às atrocidades consubstanciadas legalmente.

Nesse contexto, pode-se afirmar que nasce um movimento constitucional de adoção dos Estados de princípios morais e éticos, com observância à dignidade da pessoa humana. A abertura dos textos constitucionais consagrou o processo de democratização política.

Piovesan (2013, p. 88) ressalta o pensamento kantiano de que “as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio”. Logo, a acepção de pessoa como objeto é substituída pela da pessoa como sujeito de direito, assegurando-lhe o valor do indivíduo como sujeito de dignidade.

Sob a ótica de valoração da dignidade da pessoa humana, mudou-se a concepção jurídica na ordem constitucional. Foi incorporada aos textos constitucionais uma carga valorativa, promovendo assim novos Estados democráticos de Direito. É de se afirmar que o princípio da dignidade humana é norteador material e formalmente dos novos textos constitucionais. Desse modo, o sistema jurídico é constituído de poder axiológico e estrutura-se para salvaguardar os direitos fundamentais, conjugando as frentes doutrinárias que colocam a pessoa humana como fundamento ao sistema da ordem democrática.

Nas palavras de Piovesan (2013, p. 90-91), a Constituição de 88 inova como sendo uma Carta aberta aos direitos fundamentais, ditos direitos humanos, “fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional”. E cita Luño, ao observar que os direitos humanos na ordem nacional servem de “critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico”.

Pelo disposto no art. 4º da Constituição, o Brasil rege as relações internacionais pelos princípios da: interdependência nacional (inciso I), prevalência dos direitos humanos (inciso II), autodeterminação dos povos (inciso III), não intervenção (inciso IV), igualdade entre os Estados (inciso V), defesa da paz (inciso VI), solução pacífica dos conflitos (inciso VII), repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII), cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX) e concessão de asilo político (inciso X). Piovesan (2013, p. 92) assinala que o presente dispositivo coloca o Brasil no cenário internacional

na perspectiva da proteção dos direitos humanos, diferentemente das Constituições passadas.

Imperioso se faz aclarar a ideia de que tal disposição sistematiza a participação do País no rol das discussões de direitos humanos, invocando a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Em um panorama político, as relações internacionais pautadas pela proteção dos direitos humanos colocam o Brasil num sistema integrado de prevalência na proteção dos direitos humanos. Assim, o Estado que andar em descompasso com as políticas de proteção – em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados – estará sujeito às posições políticas contrárias (PIOVESAN, 2013, p. 93).

A incorporação do indivíduo como sujeito de direito no âmbito das relações internacionais emerge como quebra da absolutoriedade do Estado soberano. Com isso a hegemonia estatal no plano interno e externo sofre forte abalo. A Segunda Guerra Mundial é um divisor de águas; os Estados passam a sofrer interferências de organismos de proteção dos direitos humanos. Esta relação, segundo Mazzuoli (2002, p. 170), diminui competências discricionárias dos Estados; surge como modelo de constitucionalismo contemporâneo e como quebra do modelo monista. Tem-se hodiernamente um modelo de Constituições que dialogam entre si, permitindo que limites impostos coobriguem os Estados. É o que Mazzuoli (2002, p. 171 apud FIORI) chama de “independência limitada”.

Este engajamento do Brasil em seguir o sistema internacional tendo como prevalência os direitos humanos, coloca-o num plano de integração e implementação da ordem jurídica interna. Neste sentido, Piovesan (2013, p. 94) preceitua que a incorporação dos direitos humanos como valor jurídico, elemento obrigatório de prevalência das relações internas e externas, reforça “o processo de flexibilização e relativização, em prol dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado democrático constitucionalmente pretendido”.

Por força do princípio da prevalência dos direitos humanos previsto no art. 4º, II, da Constituição, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, foi incorporado ao sistema jurídico interno o Pacto de São José da Costa Rica –

Convenção Americana de Direitos Humanos, com *status* de norma supralegal. Ainda por força deste princípio, o art. 5º, § 3º, dá aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, desde que respeitado o rito de Emendas Constitucionais, o mesmo *status* destas.

Nas palavras de Fachin (2018, p. 5 apud FLORES, 2000, p. 19), a temática direitos humanos carrega um alto grau de complexidade, dada a sua imanente relação com a pessoa humana. Com isso, a natureza jurídica não mais se pauta por sua justificação, mas sim por sua proteção. Segundo o autor, para a concretização prática dos referidos direitos é imprescindível uma verificação prática. Canotilho (2002, p. 1.386) corrobora a concepção de que os direitos humanos/fundamentais devem “guiar-se a partir de uma teoria do direito *praxeologicamente orientada*”.

Nesta ordem, o art. 5º, § 2º, da Carta prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em comentário à abertura material trazida pelo dispositivo acima mencionado, Sarlet (2015a, p. 87) incorpora ao sistema constitucional e jurídico interno amplitude nas formas interpretativas jurisprudenciais, bem como a inserção de novos direitos fundamentais de ordem material. Constitui este dispositivo inovação na Carta Constitucional no tocante à flexibilização imanente à soberania, desvelando o modelo monista e colocando a pessoa humana como prioridade nas discussões internas e externas.

Os tratados, por força das disposições, obrigam os Estados membros, regidos pelo princípio da boa-fé, coobrigados a cumprir o acordado. A incorporação do tratado na ordem jurídica brasileira inclui um procedimento de assinatura, aprovação e ratificação. O art. 84, VIII, da Constituição destaca que compete privativamente ao presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. O art. 49, I, também da Constituição prevê que compete exclusivamente ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

A perfeição do tratado se dá por força da colaboração do Poder Executivo, por força da assinatura e do Congresso Nacional, mediante referendo. Como anota Piovesan (2013, p. 111-112), a simples assinatura do tratado não gera efeito jurídico; necessário se faz um complexo caminho que envolve relações políticas de ordem da soberania e da vontade do povo representado pela Casa Legislativa. Nesta senda, o tratado deve conter disposições que elevem o Estado soberano ao arrefecimento da rigidez, ao tempo que descentraliza o poder e protege a soberania nacional. Imperioso se faz ratificar que a assinatura de um tratado consigna força jurídica e vinculante e condiciona o Estado membro às obrigações assumidas no âmbito internacional.

Por força do art. 5º, § 2º, os direitos e garantias decorrentes de tratados serão incorporados à ordem principiológica e jurídica interna. Piovesan (2013, p. 113) adverte que tal disposição aloca os direitos e garantias decorrentes de tratados automaticamente ao catálogo de direitos constitucionalmente protegidos. Sarlet (2015a, p. 88-91) aduz que o dispositivo em comento merece análise detida e lança mão de classificações diferenciando os direitos e garantias decorrentes de tratados como os implícitos (não positivados), que estão no âmbito interno sob o manto das garantias constitucionais, e os decorrentes do regime e do princípio, como novos direitos.

O autor destaca que as duas classificações são de grande relevância na ordem jurídica interna. Se, por um lado, os direitos e garantias implícitos já carregam consigo valor jurídico, *a contrario sensu*, os direitos e garantias decorrentes assumem uma espécie de autorização expressa, permitindo a vinculação e o embasamento decisórios nos órgãos jurisdicionais. Assim, tanto os direitos e garantias implícitos, como os decorrentes, estão dotados de valor jurídico.

Neste diapasão, os tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte vinculam a ordem jurídica interna, principalmente pelo fundamento da dignidade da pessoa humana. Piovesan (2013, p. 114-115) ao refletir sobre a abertura do catálogo material da Carta Maior, compreende que a atuação do constituinte é fruto da evolução política, social e cultural, sem que a Constituição perca sua

força interna no tocante à globalização dos problemas atinentes aos direitos humanos e ao meio ambiente sustentável.

Ainda, Piovesan (2013, p. 115) destaca ser hodiernamente indispensável tal relação à construção do Estado democrático de Direito. Assevera que a interdependência constrói parâmetros de validade às Constituições. Desse modo, os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios, ou dos tratados, assumem hierarquia constitucional, com natureza materialmente constitucional. A autora assevera que tais direitos têm valor jurídico conferido na ordem interna, ainda “que não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais”.

Nesta quadra histórica, a atuação estatal pressupõe a atuação legitimamente ativa do Estado na construção do processo evolutivo de realização dos direitos sociais (saúde, educação, lazer, trabalho etc.), mas fulcrada as suas ações na realidade econômica, pois somente assim se pode efetivar um sistema de direção da sociedade.

O sistema de direção da sociedade, para resultar eficaz, especialmente quando se observa uma hipertrofia do Estado, ao reconhecer e positivar dimensões de direito fundamental e admitir o reconhecimento de outros direitos fundamentais implícitos, exige um condicionamento subjetivo atitudinal. Incumbe, portanto, ao cidadão atitudes diante do poder.

Neto (1991, p. 72) adverte que a participação do cidadão é altamente desejada no processo de integração do indivíduo e dos grupos nos processos de poder atribuído ao Estado; entretanto, é densamente problemática.

É de se reconhecer que não se pode prescindir da participação dos indivíduos na construção das ações diretivas de uma sociedade politicamente organizada, apesar dos obstáculos que são próprios da atividade atitudinal dos indivíduos. Os organismos de atuação global e regional influenciam na evolução política cultural e social das nações.

#### **2.4.2 O direito fundamental à educação obrigatória e gratuita no sistema da ONU e no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**

O direito à educação obrigatória e gratuita como direito subjetivo universal encontra respaldo por ser parte indissociável e inquestionável do direito da dignidade da pessoa humana. Como já visto, a educação se apresenta como mecanismo de elevação da dignidade do sujeito de direito, como elemento albergador de compreensões acerca do ambiente local e universal a que pertence. Hodiernamente, não há mais que se falar em sujeito de direito sob a perspectiva constitucional local; fala-se, sim, da posição do sujeito de direito sob a perspectiva universal, protegido por um conjunto de normas e princípios universais que transcendem as barreiras soberanas estatais, a posicionar o sujeito de direito como epicentro das discussões. Para tanto, devem os Estados seguir sistemas internacionais, podendo sofrer sanções caso se mostrem violadores de direitos e garantias locais e universais.

A educação é, portanto, instrumento multifacetado presente nas mais diversificadas áreas da vida individual e em sociedade. Revela-se como o ápice equalizador de um Estado democrático de Direito. Nas palavras de Claude (2005, p. 37), “a educação é o pré-requisito fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade hodierna”.

Grandes são os desafios para implementar políticas que visam equalizar os direitos e garantias da dignidade da pessoa humana universalmente reconhecidos. Isto porque as diversidades de regimes estatais, de políticas de interação e de realidades sociais, econômicas e culturais representam abissais barreiras para os órgãos que articulam as relações internacionais.

Atualmente, o grande desafio é alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Pela dinâmica da Organização das Nações Unidas, a premissa do desenvolvimento mundial requer articulações com todos aqueles que compõem esta esfera.

Entre os princípios que regem a Organização, está: realizar a cooperação internacional para resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, promovendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

A Revista Internacional de Direitos Humanos aponta números alarmantes de pessoas em situação de miséria em todo o mundo. Segundo Shetty (2005, p.

8), milhares de crianças têm o direito à educação fundamental negado, ou simplesmente têm acesso à escola de forma ineficiente, além da miséria da fome, guerras civis, entre outras questões de ordem local que impossibilitam uma vida digna.

Em 2000, lideranças mundiais assumiram o compromisso, até o ano de 2015, de atuar diretamente no combate à violação em massa dos direitos humanos fundamentais – Metas de Desenvolvimento do Milênio, ou Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (SHETTY, 2005, p. 8).

A Declaração do Milênio das Nações Unidas, aprovada em setembro de 2000, surge de um embate de reflexões acerca dos grandes desafios universais no combate às violações dos direitos humanos. Participaram 147 chefes de estados e de Governo de 191 países, a fim de assinarem compromisso com objetivos claros no tocante às questões de direitos humanos. Com base nos valores e princípios que regem as diretrizes da ONU, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, sob o pacto universal da responsabilidade, valores como liberdade, igualdade e responsabilidade comum sedimentam os objetivos postos na Declaração do Milênio.

Em todo o documento há referência ao “desenvolvimento da pessoa” como premissa de responsabilidade mútua e compromisso universal em prol da dignidade da pessoa humana. Verifica-se no Documento, no tocante aos Direitos Humanos, Democracia e Boa Governança (item V do documento), que prevalece o esforço mútuo na promoção da democracia e no fortalecimento do Estado de Direito; respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos – direito de desenvolvimento; além do respeito à integralidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos; esforço pela proteção e a promoção dos direitos civis, econômicos, sociais e culturais de todas as pessoas, em todos os países; ampliar, em todos os países, a capacidade de aplicar os princípios e as práticas democráticas e o respeito pelos direitos humanos, incluindo os direitos das minorias. Entre outros objetivos relacionados está a proteção da mulher e dos migrantes, bem como assegurar a liberdade dos meios de comunicação e garantir aos cidadãos a participação efetiva nos processos políticos.

Os objetivos elencados na Declaração do Milênio das Nações Unidas reúnem metas preestabelecidas em outros documentos. Com o pós-guerra, a necessidade de adoção de medidas de proteção acalorou os ânimos das comunidades internacionais. Pode-se dizer que se iniciam a partir deste marco novos Estados com premissas constitucionais voltadas aos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) traz em seu art. 1º: “todos os seres nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

O art. 26, 1 e 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe sobre a educação como direito da pessoa, que deve ser gratuita, pelo menos o ensino fundamental. Esclarece que a educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; ainda, deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

Na década de 90, no Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, realizado em 28 e 29 de setembro de 1990, na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, com a presença de 71 chefes de Estado, foi formalizada a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança.

Ranieri (2009b, p. 187) refere inúmeros acordos firmados no âmbito das Nações Unidas, nas décadas de 60, 70, 80, 90 e 2000, todos dirigidos, direta ou indiretamente, ao direito à educação.

Identificam-se cinco acordos firmados na década de 60, são eles: Convenção sobre a luta contra a discriminação no domínio do ensino e Recomendação acerca da luta contra a discriminação do ensino, Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Recomendação acerca da condição dos trabalhadores da educação.

Na década de 70, pela relevância do direito à educação, a preocupação internacional se manteve, sendo editadas duas recomendações: Recomendação sobre educação para a compreensão, a cooperação e a paz internacionais e

educação relativa aos direitos humanos e Recomendação sobre o desenvolvimento de educação de adultos.

A importância do direito à educação ensejou novas reflexões sobre políticas que devem ser efetivadas para a plena concretude do direito. Assim, na década de 80 foi editada a Convenção sobre o ensino técnico e profissional.

Na década de 90, mais três normas diretivas, a saber: Convenção para a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias, Recomendação sobre o reconhecimento de estudos e de títulos de ensino superior e Recomendação acerca da condição do pessoal docente de ensino superior.

A relevância do direito à educação tem exigido revisões e novas adições de atos regulamentadores, no ambiente internacional, na década de 2000: Recomendação revisada acerca do ensino técnico e profissional e a Convenção sobre os direitos dos deficientes.

O conjunto normativo internacional e o conjunto de dispositivos constitucionais e legais sobre o direito à educação figuram como indicativos da relevância deste direito, assim como elementos condutores aos gestores na implantação e no acompanhamento das políticas públicas veiculadoras do direito à educação.

A ambiência disciplinadora permite afirmar que os direitos humanos constituem a centralidade das ações na ordem internacional e na ordem interna dos Estados, com o reconhecimento de que o sujeito de direito à educação não é um membro isolado de uma comunidade, mas de uma universalidade plural. É nesta perspectiva que os atores devem agir para a construção de uma sociedade com predominância da liberdade e da igualdade de direitos civis, econômicos, sociais e políticos.

Esta afirmação, quase que uníssona na ordem internacional e interna, pode aparentar mera retórica, mas não o é. Ranieri (2009b, p. 185) ressalta que a educação voltada às relações dinâmicas entre a lei, a cidadania e os direitos humanos permite ao indivíduo compreender e questionar os padrões de organização social, política e jurídica da sociedade que integra. Desta forma, a

educação habilita a pessoa a construir raciocínios que lhe permitam atuar numa moldura condizente com os direitos humanos.

Como mecanismo descentralizador, as discussões acerca dos direitos humanos se organizaram regionalmente. Foram criados organismos para mais eficazmente fiscalizar, orientar e cobrar dos Estados-nações compromissos firmados na proteção e promoção dos direitos pertinentes ao desenvolvimento da pessoa humana.

Nas palavras de Sousa (2001, p. 178), o nascedouro das Organizações dos Estados Americanos – OEA remonta a 1948. Com ela foi adotada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Segundo Sousa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é marco referencial para a implementação de outros sistemas na proteção dos direitos e garantias dos direitos humanos.

Sousa (2001, p. 178) realça que a Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece não ser a Declaração um sistema jurídico, mas esta se posiciona acima de um sistema doutrinário. Neste diapasão, a Declaração não tem força normativa, porém, continua a autora, dela decorrem pactos, cartas, declarações, entre outros instrumentos de proteção dos direitos humanos.

Importar ressaltar a relevância dessas Organizações (ONU e OEA) no tocante à proteção dos direitos e garantias dos direitos humanos. Nesta senda, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem tem o homem como sujeito de direito universal, como pessoa humana, e não como apenas cidadão (SOUSA, 2001, p. 179). Assim, a violação de qualquer direito ou garantia dos direitos humanos está sujeita a sanções, pois se está a falar do sujeito de direito universal. Nesta acepção, o homem é indivíduo jurisdicionado, exercendo assim o chamado “*droits des gens*”.

Sousa (2001, p. 179) adverte que o sistema de proteção dos direitos humanos tem como base diretiva a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão e a Corte Interamericana. Da violação de um direito fundamental em ordem interna, o sujeito de direito tem apreciação garantida pela Comissão, desde que esgotados todos os mecanismos jurisdicionais locais.

A Declaração Americana compreende o homem como parte de um povo com acepções valorativas e principiológicas no âmbito da dignidade da pessoa humana. Entre seus artigos que concedem carga valorativa à pessoa humana, destaca-se o conjunto de direcionamentos, citado por Sousa, pertinentes ao entendimento a Bobbio (1992, p. 31), como fonte consultiva e diretiva às ordens locais. O art. 12, que prevê valores humanos que provém de um ser digno de direito e que não deve a este ser negado, relativo à educação, invoca a liberdade, moralidade e solidariedade humana, como inspiração a compreensão para a preparação do homem em sua subsistência.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) apresenta um corpo dispositivo, compreendendo, em suma, a universalidade dos direitos humanos. Em seu Capítulo III, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, apresenta a educação como parte do desenvolvimento progressivo do indivíduo.

O direito à educação é protegido pelos órgãos internacionais por se entender que a capacidade do indivíduo de relacionar-se e de compreender a sociedade em que vive e as demais sociedades é premissa para a paz entre os povos. Claude (2005, p. 38) informa que a Comissão dos Direitos Humanos da ONU, no início de seus trabalhos, teve como discussão a educação como fator indispensável à reconstrução do pós-guerra. De lá até então, visa-se promover os direitos humanos com base no educar as pessoas para que compreendam os seus direitos.

A educação é, por sua natureza, a própria essência do indivíduo. É o elemento do deslocamento do indivíduo como objeto do direito para sujeito de direito, protagonista de sua própria história.

A educação na órbita internacional ganha certo abstracionismo. Dela emanam vários elementos fatoriais de desenvolvimento da pessoa humana, que, por sua vez, devem estar nos planos das políticas públicas internas, para só assim ganhar *status* formal. É o que Claude (2005, p. 41) assevera ao interpretar a expressão “pleno desenvolvimento da personalidade humana”, presente nas Declarações de Direitos Humanos.

Incontrovertida a constatação de que a fruição dos direitos humanos tem seus alicerces reflexivos e fáticos na educação – esta, como direito indissociável da construção do ser ético e participativo a agir e reagir em seu interesse e no interesse coletivo. Se a educação é fundamental ao exercício dos direitos, estes, por sua vez, só nascem no seio de um Estado apto a desenvolver seu povo por meio da educação e do diálogo universal.

À medida que se reconhece a educação como um direito fundamental e essencial ao pleno exercício dos direitos humanos, é de se observar se o sistema normativo interno de proteção a este direito se compatibiliza com os parâmetros internacionais normativos e jurisprudenciais.

#### **2.4.3 Controle de convencionalidade e observância obrigatória dos parâmetros internacionais normativos e jurisprudenciais como parte do conteúdo do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita no Brasil**

As discussões acerca de direitos humanos se intensificaram nos idos do pós-guerra e de lá para cá muitos avanços foram verificados nas Constituições de diversas nações. A Constituição do Brasil traz em seu catálogo, princípios, objetivos e fundamentos que têm na dignidade da pessoa uma premissa. Assim, há no artigo 5º direitos ditos individuais; no art. 6º, os direitos sociais; no art. 7º, os direitos dos trabalhadores, além de direitos políticos e demais direitos que incorporem o rol de direitos positivos voltados à concretização dos direitos fundamentais, ou que fundamentam os direitos subjetivos implícitos.

A Carta Constitucional aponta a dignidade da pessoa humana como base em todas as tomadas de decisões e orienta ao corpo legislativo fundar-se, impreterivelmente, na Constituição; quando da sua inobservância a lei ou ato normativo, estará sujeito ao controle de constitucionalidade. Neste sentido, a Constituição se sustenta sob dois pontos de vista: material e formal. Segundo Barroso (2013, p. 97-98), o conteúdo material tem caráter organizatório do exercício do poder político, é definidor dos direitos fundamentais, consagrador de valores e indicador de fins públicos a serem realizados.

Formalmente falando, o autor assevera sobre a fundamentalidade e superioridade da Constituição no sistema legal, pois regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico, bem como limita seu conteúdo. Barroso complementa seu entendimento dispondo que a Constituição é um “documento escrito e sistemático, cabendo a ela transportar o mundo político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito”.

Na visão de Kelsen (2009, p. 215-217), a validade de uma norma só pode ser extraída de outra norma designada como superior, a norma afirmada na premissa maior. Postula sobre a supremacia legal da norma que fundamenta as demais normas, formando assim um sistema normativo, no qual a norma superior é pressuposto de validade das demais normas. Sob uma perspectiva positivista clássica, Kelsen (2009, p. 215-217) coloca a norma superior – Constituição – como única fonte no ordenamento jurídico apta a dar validade a uma norma de ordem inferior, ao tempo que os sujeitos (legislador e legislado) devem obediência à norma postulatória de condutas sociais e legais. Aquele deve manter obediência ao legislar, com obediência total à previsão superior, e este último, como sujeito apto a receber as condutas postas e a obedecer-lhes.

Notadamente, são de grande relevância os estudos apontados por Kelsen na história do Direito. A teoria pura do direito delinea a estrutura normativa baseada no silogismo jusnaturalista, no qual a premissa maior com relação à conduta moral provém dos mandamentos de Deus, e a social, da norma superior.

A teoria pura do direito de Kelsen foi edificada, no tempo e espaço, em que o Estado se posta com um ente histórico, autônomo, acima do bem e do mal, razão pela qual não foi capaz de compreender o sistema constitucional humanista, que é capaz de conversar com outras fontes de direito. Há necessidade de esclarecer que o positivismo clássico já dotou de fundamentalidade formal inúmeras Constituições em toda a esfera global, porém, como bem assentado por Barroso (2013, p. 107), o Estado com poder limitador cedeu espaço ao constitucionalismo social.

Neto (1991, p. 68) identifica os grandes conflitos mundiais, principalmente, a I e II Guerras Mundiais, como os fatores decisivos para surgir essa configuração quase universal do mega-Estado contemporâneo. Nesta configuração de Estado

duas características, dentre outras, são identificadas, saber: uma concentração institucional de poder e um elevado dever de servir. Não raro, o Estado passou a desenvolver seus próprios interesses e forjar suas próprias justificativas, gerando com isto, situações conflituosas aos interesses e justificativas da sociedade. Para balizar os interesses antagônicos surge a jurisdição constitucional.

Barroso (2013, p. 108) faz breve digressão ao apontar o positivismo, no início do século XX na Europa, seguido por grande parte de outros países. Sob o ponto de vista dogmático, as normas constitucionais se apresentavam apenas como diretivas políticas, não possuindo força jurídica. Eram fontes de direcionamento aos legisladores ordinários. Contudo, o pós-guerra é para o sistema constitucional um divisor de águas, pois, com a “ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos”, disseminou-se a jurisdição constitucional, reconhecida atualmente por grande parte dos países.

Apresenta-se, a partir desta nova acepção, o reconhecimento da Constituição sedimentada sobre a soberania formal e axiológica. Barroso (2013, p. 109) observa que o novo sistema constitucional baseia-se numa ordem objetiva de valores, como um sistema aberto de princípios e regras. Afirma que tal revolução constitucional mantém “centralidade na ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação”.

Mazzuoli (2009, p. 114) apresenta em seu artigo intitulado “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, entendimento de como esse novo sistema, implantado no Brasil com a Constituição de 88, integra a ordem jurídica, social e cultural, com carga axiológica na hermenêutica constitucional e infraconstitucional, e esclarece como se dá o controle de constitucionalidade/convencionalidade a partir desta nova acepção normativa.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescenta ao art. 5º o § 3º, dá aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros, “equivalência” às emendas constitucionais. Interpretado conjuntamente com o § 2º, do mesmo dispositivo, que trata da abertura material do catálogo

constitucional, permite abrangência hermenêutica, colocando a Carta em “pé” de igualdade com outras normas superiores.

Nessa vertente, Barroso (2013, p. 110) se posiciona no sentido de que o desafio na sociedade jurídica hodierna é conviver com fontes normativas superiores, uma vez que todas aspiram à primazia, ou, no mínimo, à igualdade hierárquica, que tem o direito constitucional interno como fonte, assim também como o direito internacional e o direito comunitário.

Mazzuoli (2009, p. 214) ressalta a agregação constitucional, inovação no sistema jurídico interno no tocante ao controle de produção normativa, reconhecidamente como um controle de convencionalidade. O autor adverte que, além do controle de constitucionalidade, deve existir um controle de convencionalidade, que “é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”. Neste sentido, é de se concluir que os tratados e as convenções internacionais, são paradigmas de controle das normas infraconstitucionais, devendo ser observados como parâmetros na produção das normas.

Vale a pena trazer à baila o disciplinamento quanto aos tratados ditos comuns. Mazzuoli (2009, p. 239), a fim de delimitar o objeto de estudo, afirma que estes – o controle, bem como os parâmetros – sujeitam-se à legalidade – controle de legalidade –, tendo em vista que ocupam *status*, na ordem jurídica interna, de supralegalidade, pois não estão sujeitos às disposições legiferantes internas no tocante a sua revogação. *A contrario sensu*, as normas internacionais que tratam de direitos humanos, na visão de Mazzuoli (2009, 2005, p. 239), quando ratificadas, recebem tratamento hierarquicamente constitucional. Neste sentido, as normas brasileiras devem, para produzir efeitos, ser compatíveis com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, ou comuns. Para este estudo, interessam apenas os tratados de matéria de direitos humanos, podendo os de direito comum apresentar-se tão só de forma exemplificativa.

Para a compreensão do controle de convencionalidade, faz-se necessário observar o posicionamento dos tratados no plano de vigência e validade na ordem interna. Mazzuoli (2009, p. 115), inicialmente, adverte acerca da superação do

entendimento positivista clássico, que colocava a norma vigente como igualmente válida.

Segundo Kelsen (2009, p. 215), “dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é vigente) significa que ela é vinculativa”. Ferrajoli (1999, p. 20-21) adverte que tal compreensão se demonstra simples, dada a complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito. O autor destaca que a observância de validade e vigência de uma norma se desloca para dimensões distintas entre a formalidade e a materialidade. Adverte que não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis, porquanto se devem observar as normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais.

Vale agregar a exegese dos ensinamentos de Sarlet (2015a, p. 120-122), quando da detida análise do alcance do § 2º do art. 5º da Constituição. No contexto da referida análise, adota-se, *a priori*, a concepção da inovação da Carta Constitucional no tocante à hermenêutica dos direitos fundamentais. Esclarece o autor sobre a abertura do catálogo constitucional no nascimento do Estado Social.

No tocante à disposição do § 2º, embora aparentemente de abrangência restrita quanto aos ordenamentos internacionais, verifica-se que o legislador constituinte, ao se referir aos “tratados”, não cuidou de restringir a aferição das normas internacionais de matéria de direitos humanos. Deve-se considerar para o entendimento do diálogo das fontes o que a doutrina majoritária compreende por tratados, a dizer: termo genérico que incorpora todas as demais expressões (tratados, convenções, pactos etc.). Tal entendimento se faz importante para a compreensão do controle de convencionalidade.

Sarlet (2015a, p. 120-122) esclarece que “tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. Logo, a rotulação dada ao termo tratado deve ser interpretada de forma genérica, englobando todos os tipos de celebrações entre sujeitos de direito no âmbito internacional.

Sarlet (2015a, p. 120-122) esclarece sobre a interpretação terminológica apresentada pela Carta no dispositivo acima informado (art. 5º, § 2º), que se feita à letra fria do texto, desconsidera os direitos fundamentais pretéritos à Carta, de

grande relevância aos avanços e direcionamentos constitucionais modernos, a exemplo das previsões nos Pactos da ONU (1966), bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA (1969), aferindo grave restrição ao alcance de tal dispositivo.

Já quanto à hierarquia dos tratados de matéria de direitos humanos, ou de outras matérias, os arts. 84, VIII e 49, I, ambos da Constituição, apresentam competências entre os Poderes Executivo e Legislativo, no tocante à celebração e à aprovação no ordenamento jurídico interno. Estas previsões apresentavam problemas de ordem formal, pois o texto constitucional não explicita, até a EC nº 44/2004 (análise a seguir), como os tratados e demais fontes vinculantes do direito internacional seriam incorporados à ordem jurídica interna. Nas palavras de Sarlet (2015a, p. 123), quanto à ausência de previsão de ordem formal na Carta com relação à incorporação das fontes normativas de direito internacional, da leitura final do dispositivo em comento (art. 5º, § 2º) – tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil *seja parte* (grifo no original) – verifica-se que há uma formalidade, reconhecida pela doutrina doméstica como forma de recepção.

Sarlet (2015a, p. 123) apresenta duas teorias que explicam a concepção monista e a dualista. A primeira se encarrega de conceber a incorporação dos tratados de matéria de direitos humanos de recepção automática, sob a ótica da interpretação conjunta dos dispositivos (art. 5º, §§ 1º e 2º). Quanto à segunda, comunga da ideia de que os demais tratados (que não sejam de matérias de direitos humanos) se aperfeiçoam após o procedimento legislativo.

Pode-se dizer que desde 2004, com a EC nº 45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º, adotaram-se critérios formais, ou pelo menos, explicitamente formais, para a incorporação dos tratados e convenções ao ordenamento jurídico interno. Sarlet (2015a, p. 128-129) colaciona entendimento de que estes dispositivos se complementam nas dimensões formais e materiais dos direitos fundamentais. Porém, o autor (*idem*) chama atenção para a situação dos tratados colacionados à ordem jurídica interna, pretéritos à referida Emenda. Neste sentido, dada a relevância axiológica dos direitos fundamentais, compreende os tratados anteriores à Emenda, incorporados à ordem jurídica interna com *status*

hierárquico constitucional. A análise dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição é obrigatória quando do controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

Indiscutivelmente, os direitos humanos fundamentais atuam como direcionamento às comunidades internacionais para a adoção de mecanismos que possam manter a universalidade dos direitos humanos fundamentais. Piovesan (2002, p. 37) considera a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) como código pronto a produzir concepções científicas inovadoras no campo do Direito. A partir de então, a dimensão sistemática de direitos humanos foi se regionalizando com a finalidade de criar mecanismos de proteção, assim como o europeu, o africano e o americano. Segundo a autora, estes sistemas não são dicotômicos, e sim complementares, compondo o universo instrumental de proteção de direitos humanos (PIOVESAN, 2002, p. 37).

Diante de tamanha responsabilidade dos Estados com relação a essa nova acepção e desse novo sujeito de direito internacional (a pessoa), as convenções, tratados e pactos, entre outros instrumentos, ganham força normativa pela compreensão da indivisibilidade, universalidade e interdependência dos direitos humanos.

Os direitos postos na Constituição e a abertura material de direitos ditos humanos fundamentais, bem como a recepção hierárquica de tratados, acordos, convenções e demais atos normativos internacionais, devem passar pelo rito formal (ou aqueles já recepcionados na ordem interna). Neste sentido, as normas infraconstitucionais passam por duplo controle de verticalidade, a saber: constitucional e convencional.

Nas palavras de Guerra (2017, p. 6), o instituto do controle de convencionalidade permite dirimir conflitos entre direito interno e norma de direito internacional, podendo ser a norma violadora objeto de controle tanto pelos juízes e tribunais internos, quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vale, neste momento, trazer à baila questionamentos acerca da legitimidade da Corte, no sentido de aplicar o controle de convencionalidade às leis internas.

Cantor (2008, p. 43 apud TRINDADE) afirma que por força do art. 62.1, que dispõe sobre a competência da Corte em todos os casos relativos à

interpretação ou aplicação desta Convenção; anota que a Corte tem força de jurisdição. Uma breve reflexão acerca da leitura inicial do presente artigo leva à compreensão de que a tal disposição é uma faculdade dos Estados, pois “todo Estado parte ‘pode’, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação [...], declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte [...]”. Cantor (2008, p. 43 apud TRINDADE) conjuga a leitura do presente dispositivo com os arts. 2 e 32.2 da Convenção, que tratam, respectivamente, do “dever de adotar disposições de direito interno” e da “correlação entre deveres e direitos”, este último com base na universalidade dos direitos.

Completa seu entendimento declarando que o controle de convencionalidade é fruto de jurisprudências da Corte. Destaca também que os Estados partes da Convenção são conhecedores da competência da Corte e da Comissão. Compete à Corte verificar o descumprimento dos direitos humanos reconhecidos no tratado, a fim de fazer valer a supremacia da Convenção, por meio do controle de convencionalidade. Cita o caso que envolveu o Chile x Almonacid Arellano, no ano de 2006 (GUERRA, 2017, p. 6-7).

De acordo com Ramos (2009, p. 241-242), após a EC nº 45/2004, com a incorporação do § 3º ao art. 5º da Constituição, estar-se-á mudando consideravelmente o comportamento nos tribunais internos e até mesmo na Suprema Corte. Piovesan (2012, p. 69) aponta uma lista de Estados latino-americanos que incorporaram conceito material aberto aos tratados de direitos humanos; a título de exemplo: Argentina, Peru, Colômbia e Chile. Destaca a autora (PIOVESAN, 2012, p. 76) a atuação da Corte que condenara os respectivos Estados por violações de direitos humanos contidos na Convenção. Acerca do Brasil, a autora (PIOVESAN, 2012, p. 76) apresentou o caso de Gomes Lund e outros, em que o Brasil foi condenado pelo desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia, nos idos dos anos 70.

Colacionando o direito à educação obrigatória e gratuita como direito humano fundamental sujeito aos comandos sancionatórios da Corte, cumpre, finalmente, dialogar com Piovesan (2012, p. 80-81), ao se referir à atuação da Corte quando da proteção dos direitos sociais. Do caso Villagran *versus*

Guatemala, a Corte decididamente aplicou entendimento de que no tocante ao “direito à vida”, este não pode ser interpretado separadamente dos direitos sociais. Logo, nesse contexto, as pessoas são compreendidas quanto à dimensão negativa – direito de não ser privado da vida arbitrariamente – e à dimensão positiva – dimensão em que o Estado deve proteger o direito à vida.

Na mesma linha de raciocínio, apresenta o caso *niñas Yean y Bosico versus República Dominicana*, no qual a Corte enfatizou o dever da aplicação progressiva dos direitos sociais para assegurar o direito à educação, tendo em vista a vulnerabilidade das meninas. Nesta decisão, levou-se em consideração o pleno desenvolvimento da pessoa: *el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual*.

No caso em que se discutia violação à ordem judicial interna, a Corte reconheceu que “os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis”.

O art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece o comprometimento dos Estados no tocante ao desenvolvimento progressivo da pessoa humana. Para tanto, todo empenho econômico e técnico deve priorizar a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura. Observa-se que o presente documento coloca a educação separadamente dos direitos sociais. Nesta órbita, extrai-se que a educação não é mais um elemento integrante dos direitos sociais, mas dimensão de um agrupado de elementos essenciais ao desenvolvimento progressivo da pessoa humana, portanto com obrigatoriedade de previsão de recursos exclusivos.

No âmbito doméstico, vale conferir a atuação do Superior Tribunal Federal no tocante ao entendimento de incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica local. Ressalta-se o estudo de Piovesan (2012, p. 87-88), quando do rompimento da Corte Superior para adequar à ordem jurídica posição na pirâmide dos tratados internacionais. Nesta senda, vale destacar o Recurso

Extraordinário nº 466.343/2008, que entendeu que os tratados merecem regime diferenciado – de supralegalidade –, superando o entendimento de que os tratados estariam no mesmo patamar que as leis ordinárias. Piovesan aponta que até novembro de 2009, apenas dois casos na Corte Superior tinham sido julgados com base em jurisprudências da Corte Americana. Neste sentido, observa-se que a Corte brasileira acompanha entendimento de outros países, porém ignora o da Corte Americana.

Grandes ainda são os desafios a serem enfrentados no tocante à implementação e subsunção às normas de direitos humanos na ordem pátria, mas, segundo Ramos (2009, p. 246), eles estão sendo vencidos aos poucos. Embora haja mudanças significativas no direito pátrio no tocante às normas internacionais de direitos humanos, paradigmas pretéritos ainda se destacam, mesmo que de forma não alinhada. No tocante aos direitos humanos fundamentais, alguns já foram aceitos pela doutrina majoritária, no entanto, sua concretização ainda não se verifica no plano da eficácia.

#### **2.4.4 O direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como direito em especial a uma educação de qualidade**

Cumprir registrar inicialmente, acerca das disposições ao longo do presente trabalho no tocante à fundamentalidade da educação no processo de desenvolvimento pessoal e social, que por ser a educação direito fundamental tanto quanto o direito à vida, merece lugar de destaque nas políticas públicas de desenvolvimentista social, bem como se coloca sob o parâmetro de controle constitucional e convencional, quando da sua violação por ente estatal, por ação ou omissão.

Merecem registro os estudos já realizados em outro momento no tocante à implementação de políticas correlacionadas à oferta da educação obrigatória e gratuita com qualidade. Far-se-á um esforço hermenêutico nas disposições contidas na Carta Magna – da Seção II. O art. 205 da Carta apresenta a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, tendo a finalidade do pleno

desenvolvimento da pessoa. Para tanto, elenca um rol de princípios que envolvem um microsistema dentro do macrosistema que é a Constituição.

À educação obrigatória e gratuita está estruturada em dois pilares: o material e o formal. O art. 206 da CF apresenta um rol de princípios – de princípios como valores, normas dotadas de elementos hermenêutico-axiológicos – que devem estruturar o sistema educacional doméstico. Neste sentido, merece o reconhecimento o art. 208, § 1º, quando dispõe que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito subjetivo”.

Cunha Júnior (2013, p. 765) esclarece que as disposições constitucionais acerca da promoção e do incentivo à educação obrigatória e gratuita é direito social de ordem principiológica, logo, mandamentais, carecendo assim de regulamentação por leis infraconstitucionais para sua concretização. Ademais, enfatiza a aplicabilidade imediata do dispositivo acima informado (208, § 1º).

Impende rememorar o que aqui já foi dito: o direito à educação é direito próprio do indivíduo para seu desenvolvimento como pessoa humana, social, cultural, política e econômica, posto numa órbita de aplicabilidade imediata. Menciona-se disposição do art. 5º, § 1º, que informa terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata.

Sarlet (2015a, p. 267) declara que o texto constitucional opera por meio de normas definidoras de direitos fundamentais e de garantias. Há uma unanimidade de que as normas constitucionais ocupam três funções, a saber: de organização, definidoras e programáticas. À previsão do art. 205 (CF), é, portanto, uma norma definidora, quanto à sua função; já quanto à técnica, apresenta-se como norma de conteúdo programático. Assim como Sarlet e outros estudiosos estabelecem classificações às normas constitucionais de cunho social, com relação à sua aplicabilidade, em discussão no meio doutrinário.

No estudo de Sarlet (2015a) com relação ao alcance do art. 5º, § 1º, por força desta disposição busca-se entendimento se a imediatividade contida no dispositivo estaria relacionada apenas aos direitos fundamentais de cunho negativo (individuais de defesa), ou se comportaria todos os direitos fundamentais, mesmo os que estão fora do catálogo. Registre-se que para fins

deste trabalho, interessa o direito social à educação obrigatória e gratuita como direito fundamental.

Inicialmente, cumpre registrar o que advoga Sarlet (2015a, p. 270), quando assevera que, assim como os direitos individuais colacionados na Carta encontram-se no Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais, os direitos sociais – direito à educação –, também. O autor informa que a exegese amplamente realizada do referido dispositivo deve afastar qualquer discussão acerca do seu alcance restritivo, o que coloca o direito à educação no plano da aplicação imediata.

Inquestionavelmente, o direito à educação obrigatória e gratuita, mesmo alocado na ordem dos direitos sociais de cunho prestacional, são inequivocamente direitos fundamentais de aplicabilidade imediata. Tecem-se aqui algumas considerações sobre a eficácia desse direito, a fim de alocá-lo no plano da obrigatoriedade estatal.

Nesta senda, como bem diagnosticado por Sarlet (2015a, p. 293), aos direitos sociais, neste caso em específico, à educação obrigatória e gratuita, impende destinar recursos à sua promoção (questão amplamente delineada na parte II deste trabalho. Neste momento, tecem-se breves reflexões acerca da obrigatoriedade do direito à educação gratuita como um direito especial e de qualidade).

O art. 211 da Carta positiva o princípio da colaboração já suscitado no *caput* do art. 205. O referido artigo informa que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. Para tanto, cabe aos entes a aferição substancial de recursos econômicos para a efetivação do direito à educação gratuita e obrigatória com especial carga de qualidade.

O já citado art. 205, IV e VII (CF) estabelece que o ensino deve ser gratuito e de qualidade. O art. 208, em todas as suas disposições, informa que a educação deve ser amplamente ofertada desde os primeiros anos de vida da criança, respeitados seus projetos psicossociais de apreensão. Ao tempo que delinea responsabilidade material e formal acerca da promoção do direito à educação obrigatória e gratuita, permite, contudo (em respeito ao princípio da

livre-iniciativa), o ensino privado (art. 209 CF), embora sob a autorização do Poder Público.

Por ser a educação direito social programático, impende ao Poder Público munir-se de um sistema normativo de ordem infraconstitucional em total consonância com as previsões constitucionais e com as normas vinculantes do supraordenamento internacional. A promoção da educação fundamental obrigatória e gratuita encontra-se amparada por um sistema normativo tanto de ordem material (substancial) como de ordem formal (constitucional e infraconstitucional). Cita-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9.394/96); a lei do salário-educação (nº 9.766/98); a lei da promoção gratuita da educação através de organizações da sociedade civil de interesse público (nº 9.790/99), entre outras.

Parte-se, para tanto, da organização financeira de cada ente. Neste sentido, a fim de dar concretude aos direitos fundamentais de ordem programáticas, o próprio texto constitucional apresenta um sistema financeiro direcionador no tocante às políticas públicas de promoção ao direito à educação obrigatória e gratuita, tendo como instrumentos o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) (ARAÚJO, 2016, p. 33).

Araújo (2016, p. 33) destaca a responsabilidade do Poder Público, com previsão constitucional no art. 208, § 2º, quando a não observância pode trazer sérias implicações ao ente violador. O direito à educação é destaque nas agendas de discussões nacionais e internacionais, dada a relevância para a compreensão dos objetivos de universalização da promoção ao desenvolvimento da pessoa. Nas palavras de Duarte (2007, p. 698), a educação ocupa na sociedade hodierna lugar de destaque quanto à sua concretização, pois não está no plano da individualidade; é, pois, direito da coletividade, ou mesmo difuso, pois deve atender sujeitos indeterminados ou determináveis.

A oferta do direito à educação obrigatória e gratuita enfrenta grandes desafios à oferta de “qualidade”. Como informa Duarte (2007, p. 705), a implementação dos princípios informadores da Carta, sendo o Brasil um país continental com significativas desigualdades sociais (culturais, econômicas,

políticas etc.), requer esforço de ordem estrutural, uma vez que esta é premissa para a realização dos objetivos fundamentais da Carta, 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; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, CF).

Desse modo, o direito à educação obrigatória e gratuita com qualidade é, antes de tudo, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, porquanto esses objetivos só podem ser alcançados se o direito à educação for colocado no topo das políticas públicas.

O art. 1º da Lei nº 9.394 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – informa acerca do processo de educação como etapas contidas em todo o processo de formação da pessoa, em qualquer estágio da vida. No entanto, segundo Duarte (2007, p. 707), o processo de promoção e implementação do direito à educação obrigatória e gratuita com qualidade envolve complexo e engendrado sistema composto por institutos de natureza heterogênea que objetivam resultados para esta e as futuras gerações, como forma de consolidar o Estado democrático de Direito.

Importa observar que o direito à educação no sentido concreto é, entretanto, prolixo sistema no espaço, no tempo, ideológico, político, cultural, econômico, presente em todas as manifestações de vida individuais e coletivas. Neste sentido, os embates que envolvem a promoção dos direitos à educação obrigatória e gratuita resultam nas crises institucionais que enfraquecem a produção do sistema educacional (DOURADO, 2010, p. 679).

Dourado (2010, p. 680), ao empreender profunda análise do Plano Nacional de Educação, faz duras críticas ao sistema pátrio, no sentido de que, embora dialogicamente conexo com as acepções internacionais, enfrenta severas crises institucionais, política e socialmente contraditórias à fundamentalidade desse direito social, criando sérios problemas de ordem estrutural, ideológica, social, cultural e econômica sem precedentes. Complementa o autor (DOURADO, 2010, p. 681) que o processo de descontinuidade no âmbito da gestão das políticas de promoção e implementação do direito à educação obrigatória e

gratuita é resultado dos modelos pretéritos de fazer política e de administrar. Neste diapasão, observa-se que há um paradoxo de ordem política, social, cultural e econômica, onde, de um lado, se tem uma Constituição inovadora nos aspectos dos direitos fundamentais, e do outro lado, um sistema que viola tais direitos.

Da análise da oferta da educação obrigatória e gratuita com “qualidade”, tecem-se algumas considerações no tocante ao direito à educação obrigatória e gratuita como direito em especial a uma educação de qualidade. Para Cabral & Di Giorgio (2012, p. 117-118), a educação enquanto direito social subjetivo vem assumindo paulatinamente seu papel na sociedade, tendo ênfase nos juízos e tribunais como direito garantido. No entanto, pouco se vê, ou quase nada, de jurisdição no tocante à qualidade da educação. Nesse sentido, os autores pontuam algumas considerações acerca da qualidade na oferta da educação obrigatória e gratuita. Esclarecem que a educação, como elemento de qualidade, perpassa pela própria formação do indivíduo nas suas mais diversas manifestações na vida, com a finalidade de torná-lo parte da sociedade com percepções críticas reflexivas ao ponto de entender e cobrar tudo aquilo imanente à sua existência.

Não há um consenso sobre o que caracteriza a qualidade no direito à educação, dada a sua subjetividade. Furtado (2009, p. 159) observa que os atores discutem sobre educação com qualidade, mas destoam no consenso do que representa essa qualidade na educação, levando sempre aos processos quantitativos de concorrência de mercado. Pode ser sim este um indicador da qualidade na oferta da educação como direito fundamental obrigatório e gratuito, porém não é (nem deve) ser o único instrumento de aferição.

Para a UNESCO (2008, p. 29), a qualidade na educação é parte imanente do contexto social, político e cultural de cada sociedade. É, portanto, processo dinâmico que compreende o ensino básico obrigatório e gratuito, pois condiciona fatores ideológicos e políticos para as diferentes concepções subjetivas.

Neste contexto, não se pode deixar de destacar a previsão da Carta quando trata da ordem social. Coloca a criança e o adolescente sob o manto da proteção integral, tendo como premissa a proteção à vida, à saúde, à

alimentação, à educação [...], cabendo tal proteção à família, à sociedade e ao Estado.

Alguns avanços podem ser percebidos no âmbito da participação social no tocante às fiscalizações de controle e de políticas públicas na promoção do direito à educação. Os conselhos são instrumentos de participação direta da sociedade na escola. Há, na forma estrutural e conjuntural das políticas públicas, uma rede de atuação que muitas vezes se mostra ineficaz pelo sistema se mostrar burocrático e ineficiente.

O tema se mostra tão complexo que qualquer esforço para esgotar a matéria soa pretensioso. Mas não este é o objetivo. Não se pode olvidar que a educação é, como direito fundamental, embora de caráter social positivo, direito indisponível, haja vista ser um complexo sistema de desenvolvimento que envolve todas as fases da vida da pessoa humana (social, profissional, econômica, cultural, psicológica). A promoção da educação obrigatória e gratuita de qualidade é objetivo fundamental do Estado social, não cabendo a este invocar o poder discricionário.

### **CAPÍTULO 3 – COMPREENSÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL ESTRANGEIRO PELAS CORTES DA ESPANHA E DE PORTUGAL E NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL**

### 3.1 No direito constitucional estrangeiro

Amplamente discutidas as dimensões que colocam os direitos fundamentais no tempo e no espaço, não necessariamente se fará uma digressão destas passagens, mas relevante se faz abordar os direitos fundamentais sob a ótica das jurisdições da Espanha e Portugal, tendo em vista serem bases inquestionáveis ao direito constitucional pátrio. Apontar-se-ão também algumas notas sobre o direito fundamental na órbita global.

Em notas introdutórias em sua obra, Sarlet (2015a, p. 21) aguça o olhar aos direitos fundamentais, por serem estes “construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade”. Diante da singularidade cultural, social e política, os direitos fundamentais, ditos direitos humanos na esfera universal, ganham nova roupagem a cada dimensão que surge, sem, indiscutivelmente, assegurar aqueles já suplantados jurisdicionalmente.

Inicialmente, é importante registrar que o entendimento dos direitos fundamentais no direito pátrio obriga a recorrer ao direito internacional, em especial ao direito germânico – espanhol e português –, haja vista a indiscutível influência ao processo de (re)democratização, institucionalização e jurisdição com a Carta de 1988. À luz do entendimento de Sarlet (2015a, p. 23), não há como compreender os direitos fundamentais sem que se busque esta essência no direito alemão. Para Häberle (2003, p. 83-84), o direito germânico é uma voz presente. Embora o sistema jurisdicional americano tenha sua maior influência no da Espanha e de Portugal, não se pode desconsiderar a utilização do direito comparado *lato sensu* no entendimento da Corte brasileira.

Indiscutivelmente, foram e são as mudanças sociais, políticas e culturais as maiores responsáveis pelas transformações constitucionais. Em recente episódio – *annus mirabilis* de 1989 –, segundo Häberle (2003, p. 84), ampliaram-se as portas ao uso do direito comparado na eficácia da jurisdição constitucional.

Nas palavras de Piovesan (2013, p. 67) refletindo sobre o Estado Contemporâneo Universal reconhece que os indivíduos deixaram de ser objetos de compaixão pelo Estado e adquiram *status* de sujeitos de direito. A autora verifica que

este alcance dos direitos fundamentais nas dimensões subjetiva e objetiva responsabilizam os Estados violadores destes. Desta forma, o *status* de sujeito de direito preconiza um ordenamento jurídico-formal e material universalizado.

Duas dimensões são consideradas com o objetivo de garantir os direitos fundamentais no sistema internacional: a) a observação pelos Estados dos parâmetros protetivos, evitando assim o retrocesso no sistema; b) uma instância internacional de proteção pronta para atuar quando da ação ou omissão dos Estados no tocante à violação da proteção dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2013, p. 67).

A aplicação dos direitos fundamentais na comunidade internacional tem como vetor as grandes atrocidades ocorridas na Segunda Guerra. De acordo com Mazzuoli (2002, p. 170), a partir deste marco histórico é que se pode verificar a quebra do paradigma que colocava o sujeito como objeto do direito para o sujeito de direito. Para Sarlet (2015a, p. 45), os direitos fundamentais são partes de um processo de construção que se complementam.

No campo do direito alemão, a constitucionalização dos direitos fundamentais vem de um processo longínquo, mais precisamente com a Constituição de Weimar, em 1919 – inicialmente –, até a então Lei Fundamental de Bonn, em 1949. Estas Constituições trazem em seu bojo as marcas das duas Grandes Guerras.

Em discurso proferido para a comemoração dos 60 anos da Lei Fundamental de Bonn, Häberle (2009, s/p.) destaca que esta se constitui como a própria ideia de modelo de Estado constitucional de Direito, elevando os princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; a ponderação como método de interpretação e aplicação e a resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado, e até mesmo dos particulares em relações privadas; o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretação da Constituição; e a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral. O autor enfatiza que “a Lei Fundamental de Bonn é o gérmen de uma nova cultura jurídica”.

Neste sentido, a compreensão dos direitos fundamentais, também entendida por Sarlet (2015a, p. 59) no processo de constitucionalização, é elemento nuclear material e formalmente falando. Sarlet (2015a, p. 59) compreende que a constitucionalização dos direitos fundamentais assume feições de um Estado ideal, nesta perspectiva, a edificação do Estado ideal exige ações atitudinais permanentes.

Nesta linha, Häberle (2009, s/p) destaca que “para que a Constituição preserve sua força regulatória em uma sociedade pluralista, ela não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como projeto (*‘Entwurf’*) em contínuo desenvolvimento”.

Os direitos sociais – educação obrigatória e gratuita – são, na ordem germânica, assim como os demais direitos individuais e sociais, direitos fundamentais, assegurados e garantidos como direitos fundamentais subjetivos. Já Häberle (2009, s/p) informa que a concretização do Estado social deve superar as questões utópicas de outrora. Aponta o autor a jurisdição germânica como fundamental à concretização dos direitos fundamentais, principalmente quando estes encontram limitações à sua efetivação nas realidades econômicas adversas.

A discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais no regimento jurídico pátrio também vem passando por grandes transformações desde a Carta Maior de 1988. A Corte brasileira vem adotando – o que se chama de jurisdição dos direitos fundamentais – inovações à aplicabilidade e efetivação destes direitos, tema que será amplamente discutido ainda neste tópico. Isto se dá pelo peso axiológico que a Constituição brasileira atribui aos princípios nela albergados – princípios como elementos normativos. Neste sentido, falar em direitos fundamentais nas diversas Constituições é entender que se está a falar de normas que são ponderáveis quando da sua aplicação, garantindo assim maior segurança jurídica.

Nas palavras de Sarlet (2015a, p. 61), a construção dos valores colocados nas Constituições que hodiernamente emergem como fundamentos das decisões nos mais diversos tribunais dá-se, na verdade, em duas bases axiológicas: os princípios e os direitos fundamentais. Aqueles são os valores normativos, enquanto estes são os direitos materiais de ordem subjetiva; logo, a aplicabilidade dos direitos fundamentais deve, em regra, respeitar os valores principiológicos. Portan-

to, quanto à aplicabilidade imediata da educação obrigatória e gratuita, deve-se considerar a dignidade da pessoa humana como princípio norteador.

Fazendo uma breve análise sobre a incorporação dos direitos fundamentais ao redor do mundo jurisdicionalizado – Cortes internacionais –, Barroso (2011, p. 3), adverte sobre a invocação dos direitos fundamentais nos planos abstrato e prático, colocando-os no cenário subjetivo como amparo aos mais diversos entendimentos.

O uso dos direitos fundamentais como referências assume lugar de destaque nas Cortes em maior ou menor escala. Nos Estados Unidos, de forma ainda tímida, os direitos fundamentais de ordem negativa (privacidade, liberdade etc.). Nos campos doutrinário e do Judiciário ainda há certa resistência em invocar a dignidade humana; porém, invocar a dignidade da pessoa humana como bem jurídico, é, acima de tudo, elegê-la para a resolução de questões complexas (BARROSO, 2011, p. 4).

Foi no Direito alemão que a sintomática busca pela dignidade ganhou *status* de garantia, incorporando-se ao corpo constitucional de diversos países, principalmente na Europa e América Latina, por problemas de ordem social sem precedentes. Barroso (2011, p. 8-10) assegura que o Tribunal alemão situa a dignidade humana “como ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado”. Ainda de acordo com Barroso, amplo é o rol de decisões no Tribunal alemão que invoca a dignidade da pessoa humana.

O emblemático caso Lüth (1958) tem em sua órbita jurisdicional o princípio do sopesamento (ponderação) entre um direito provado e um direito fundamental. A Corte alemã reconheceu o direito do cidadão (Erich Lüth) de liberdade de expressão, quando este foi condenado pelo Tribunal Estadual de Hamburgo numa ação de matéria civil.

Bolesina & Migliavacca (2013, p. 239 apud MARMELSTEIN, 2008) trazem a lume a questão do que se pode chamar de preceitos conceituais de direitos da dignidade – fundamentais, ao informar que a Corte Constitucional Alemã empregou a dignidade como dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a eficácia horizontal destes direitos, utilizando-se da ponderação em caso de colisão de di-

reitos. Neste sentido, concluem esclarecendo a constitucionalização dos direitos então alçados no âmbito de direito privado.

Barroso (2011) apresenta no cenário da França a dignidade humana como elemento fundamental e normativo. Desde 1949 as Cortes invocam o princípio em diferentes contextos. Em uma breve análise, o ministro exemplifica com algumas decisões que contextualizam a ampla dimensão na aplicabilidade do direito fundamental. Em 2010 o Parlamento francês vota duas leis controversas: uma delas torna ilegal o uso, em público, de véu que cubra integralmente o rosto, o que inclui a burca islâmica; a outra proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ambas foram consideradas constitucionais pelo Conselho Constitucional.

Percebe-se que a invocação dos direitos fundamentais se reveste de dimensões subjetivas, assumindo formas nas mais diferentes culturas e sociedades. Nesta senda, os direitos fundamentais são, em sua essência, uma tela em branco pronta para ser colorida conforme as mãos do pintor e os tipos de pincéis dispostos.

Sobre o caso *Perruche*, a Corte de Cassação proferiu decisão polêmica: o “direito de não nascer” (grifo no original), quando levou em consideração que os problemas na vida da criança poderiam ter sido evitados por meio do aborto. Ainda no Canadá (1982), Israel (1992) e África do Sul, o direito à dignidade da pessoa humana vem desenhando contornos jamais vistos. Em cada especificidade social está sendo invocado para solucionar conflitos históricos em âmbito local (BARROSO, 2011, p. 11).

Levando essa discussão para o âmbito regional no alcance das Cortes, Barroso (2011, p. 12) faz um resumido, porém rico panorama de como se acha situado o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio informador de decisões, balizador de ponderações entre direitos até então predominante, como no direito civil, por exemplo. Informa que a Corte Europeia de Justiça sustenta suas decisões levando em conta o princípio da dignidade como indisponível, da mesma forma como o referido princípio vem sendo também instrumento de hermenêutica pela Corte Europeia no tocante à Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950).

Ainda de acordo com Barroso (2011, p. 14), as Cortes por toda parte do mundo começaram a canalizar esforços em um crescente diálogo constitucional. Num processo intercambiário de conhecimento, utilizam as experiências uns dos outros, fomentando assim discussões de âmbito mundial que produzem um sistema normativo internacional. Têm como origem os Estados de Direito constituídos ao longo dos anos.

Na América Latina, o processo de democratização teve início nos anos 80. Barroso (2011, p. 15) esclarece com propriedade que esta relação axiológica que envolve os direitos fundamentais sedimenta, na verdade, um diálogo globalizado de decisões. Atualmente, com grande frequência, os tribunais vêm se embasando em decisões de outros tribunais para decidir ou fundamentar votos.

### **3.1.1. Espanha**

Inicialmente, cumpre fazer registro do preâmbulo da Constituição da Espanha, que assegura a proteção de todos no exercício dos direitos humanos, além de assegurar a todos dignidade e qualidade de vida. No Título I da Carta, art. 10.1 e 10.2, trata dos direitos fundamentais quanto à dignidade da pessoa, além de lançar, neste dispositivo, abertura material aos direitos humanos fundamentais.

A seguir, apenas a título de situar os direitos fundamentais sob a ótica do direito constitucional espanhol, apresenta-se um cenário de como os direitos fundamentais estão sendo insculpidos nos julgados e qual o seu alcance de ordem subjetiva e objetiva.

O modelo atual de controle de constitucionalidade da Espanha se sedimenta com a Carta de 1978, que tem no Tribunal Constitucional o guardião da Constituição. Por outro lado, coloca o cidadão espanhol acobertado de seus direitos e incumbe ao Poder Público a plena aplicação dos direitos fundamentais, estejam estes na Carta ou não, uma vez que dá abertura material para direitos estampados em documentos de âmbito internacional, ratificado pelo Estado (art. 10.2).

O art. 53.2 da Carta espanhola informa da abertura jurisdicional quando da violação de um direito dito fundamental, que pode ocorrer por via ordinária ou por

recurso de amparo no Tribunal Constitucional, e apresenta na seção 1<sup>a</sup>, intitulada “Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas”, do Capítulo II, um rol de direitos de ordem objetiva e subjetiva. A educação obrigatória e gratuita está situada no rol de direitos fundamentais que se acham sob a égide jurisdicional quando de sua violação, direito positivo objetivo (art. 27.1.2.4), cabendo ao Poder Público garanti-lo e fiscalizar por meio de gestão participativa.

Cabe tecer algumas considerações acerca do funcionamento da Justiça. No Título VI – “Do Poder Judiciário”, a Constituição espanhola apresenta, assim como a do Brasil, o funcionamento do Poder Judiciário no tocante à sua atuação. Diferentemente da Carta brasileira, ancora no título da justiça alguns direitos sedimentados aqui no título dos direitos fundamentais (art. 5<sup>o</sup>), como o acesso à justiça gratuita e a responsabilidade do Estado por danos causados por erro do Judiciário (arts. 119 e 121, respectivamente).

Imperioso notar na íntegra a previsão do art. 121 da Carta da Espanha: “Os danos causados por erro judicial, assim como os que sejam consequência do funcionamento ‘anormal’ da Administração da Justiça, darão direito a uma indenização paga pelo Estado, conforme a lei”. Mesmo não alocado no rol de direitos fundamentais, o direito de indenização ao qual o mencionado artigo se refere, embora direito de eficácia limitada, embute na acepção uma garantia: a disposição do art. 9.1 da mesma Carta, que estabelece responsabilidade ao Poder Público de remover qualquer obstáculo que impeça ou dificulte a participação do cidadão na vida política, econômica, cultural e social. O acesso à justiça é direito fundamental, uma vez que a própria Carta (art. 53.2) dá ao cidadão o direito do acesso à justiça pela via ordinária ou por meio do recurso de amparo no Tribunal Constitucional, quando violados direitos fundamentais.

A estrutura do Poder Judiciário da Espanha se assemelha à do Brasil. É o Supremo Tribunal órgão superior em todas as ordens, salvo com relação a matérias de ordem constitucional. Nesta relação de controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, órgão autônomo, é competente para conhecer: do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei; do recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades [...] (art. 161). A disposição do art. 162, que trata da legitimidade, esclarece que tem legitimidade para in-

terpor recurso de amparo a “pessoa individual ou coletiva que invoque um interesse, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Público”.

Seguem algumas notas importantes sobre o recurso de amparo. Peter Häberle (2009, p. 110) tece algumas notas sobre este instituto no Tribunal Constitucional Federal Alemão, como instrumento efetivo de proteção aos direitos fundamentais. É, contudo, um instrumento que dá aos direitos fundamentais significado elementar no âmbito das dimensões objetivas e subjetivas. Importante pontuar a ampliação dada pelo autor (2009, p. 114) no que tange ao Poder Público. Quando da lesão dos direitos fundamentais, da possibilidade de responsabilização do Poder Público, que esta limitação formal não atinja apenas o Poder Executivo, pois o alcance da eficácia dos direitos fundamentais se sobrepõe a todas as funções soberanas. O referido instituto pode ser impetrado tanto pelo sujeito que tenha seu direito subjetivo violado, como pela coletividade, se houver a violação de um direito objetivo (CORREIA, 2014, p. 12).

O Tribunal Constitucional da Espanha tem um largo acervo de decisões que envolvem direitos fundamentais por meio do recurso de amparo. Citam-se alguns: no recurso de amparo nº 624/2013, julgado pelo TC, com sentença de nº 130/2016, em que Garazi Rodriguez Rubio impetrou recurso em face de resolução de decisão que arquiva inquérito que investigava crime de tortura, o Tribunal se manifesta no sentido de que o crime de tortura deve esgotar todos os meios razoáveis e eficazes de investigação. No caso em tela, a interessada foi representada pelo Ministério Público. A tortura acontecera enquanto o interessado esteve sob custódia e sofreu maus-tratos. A jurisprudência do tribunal resta consolidada no tocante às várias decisões que afetam o art. 24.1 da Constituição, *in verbis*: “Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se indefensão”.

A Corte fundamenta como sendo a prática de tortura violadora do art. 15 da Carta, além de invocar o art. 12 da Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis – Nova Iorque – 1984, passando a vigorar no país em 1987. Tais pronunciamentos violam jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Após ampla fundamentação, decide pelo reconhecimento de violação ao direito

fundamental à efetiva proteção judicial, sob violação do art. 24.1 (da tutela jurisdicional), uma vez sendo submetido a tortura.

A busca nos anais jurisprudenciais apresenta uma gama de julgados invocados nos mais diversos direitos fundamentais, sempre por disposição de juízes no plano ordinário, dos tribunais e/ou atos com força de lei, editados pela Corte. Neste aspecto, o Tribunal Constitucional se apresenta como controle difuso de forças normativas que emergem de processos transitados em julgado (sentenças ou decisões), ou leis e decretos, entre outros.

Interessante ementa apresenta interposição de recurso de amparo em que a parte interessada invoca direito em face de resolução da Secretaria Judicial de Tribunal Contencioso que convoca as partes para a realização de audiência em processo que tramitava havia mais de dois anos. A parte interessada invoca violação do direito a um julgamento sem atrasos indevidos. O Tribunal decidiu pela violação ao direito da parte de ter um julgamento sem demora indevida (recurso de amparo nº 4.455/2011).

Em observância aos catálogos de jurisprudências do Tribunal Constitucional, verifica-se um extenso número de julgados invocando os direitos fundamentais. A fim de finalizar esta discussão, traz-se à baila caso em que os interessados, representantes políticos dos cidadãos, têm por base o art. 23.1 da Carta, *in verbis*: “Os cidadãos têm direito a participar nos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes, livremente eleitos em eleições periódicas por sufrágio universal”.

No caso em tela, a impetração do recurso de amparo se dá para invalidar a Mesa do Parlamento da Catalunha, que comprometeu ato a processar a iniciativa popular por igualdade de oportunidade no sistema educativo catalão. A matéria, inicialmente, apresenta a proposta ao Parlamento para a aprovação (com mais de 50 mil assinaturas autenticadas), que foi rejeitada pelo Governo sob a rubrica orçamentária, uma vez suplantado prazo de apresentação de proposta a ser incluída na Lei Orçamentária (recurso de amparo 3.837/2023).

O Tribunal se manifestou por reconhecer o direito fundamental do normal exercício da iniciativa popular, que é um fator determinante a ser considerado vio-

lado. Neste diapasão, declara o direito fundamental dos declarantes de amparo à participação nos assuntos públicos (Madri, fevereiro de 2015).

Os direitos fundamentais são, dada a magnitude do resultado de prospecção, o maior conjunto de elementos no direito constitucional hodierno hábil a resolver questões de tamanho abstracionismo, com elementos fáticos ponderáveis que permeiam os juízos e tribunais de toda a esfera global. É um eloquente instrumento de diálogo que permite, nas esferas jurídica, social, econômica, cultural e política, ajustar diálogos ideológicos, subjetivos e objetivos em diversas línguas, culminando num mesmo objeto.

### **3.1.2. Portugal**

Inicialmente, abordam-se os dispositivos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais. A Carta portuguesa em seu art. 1º traz os princípios fundamentais à soberania da República, com base na dignidade humana e na vontade popular, para fins de uma sociedade livre, justa e solidária. No art. 16º.1,2, apresenta a abertura material dos direitos fundamentais ao observar que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes em leis e nas regras aplicativas de direito internacional. A Carta alinha a Constituição com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no tocante aos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais. Neste sentido, ressalta a abrangência dada pela Carta e reconhece os avanços em nível global de valorização da pessoa humana, sem restringir a subjetividade axiológica da natureza dos direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa dá ao Tribunal Constitucional competência para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 221º). No art. 204º da Carta, dispõe sobre a obrigatoriedade dos tribunais de obediência às disposições constitucionais e aos princípios.

Vale situar o entendimento acerca do posicionamento da Corte no tocante aos direitos fundamentais.

O Título II da Carta apresenta o catálogo dos direitos, liberdades e garantias: pessoais, de participação política, dos trabalhadores. No Título III, expõe o catálogo de direitos e garantias económicas, sociais e culturais. Neste ponto em específico, apresenta os direitos e deveres económicos, direitos e deveres sociais, direitos e deveres culturais, nestes incluso o direito à educação, ao passo que o art. 73º.1.2, dispõe sobre o direito à educação e à cultura, impondo ao Estado a promoção e a democratização da educação e as demais condições para a educação, prevendo a educação como apta à igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.

Importa registrar o que dispõe o art. 17º: “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza ‘análoga’”. Importante assento faz Sarlet (2015a, p. 92) quando da abordagem dos critérios que alimentam o sentido material dos direitos fundamentais. O autor aponta o referido dispositivo da Constituição portuguesa como importante no tocante ao alcance material dos direitos não contidos no catálogo dos direitos fundamentais. Na Carta portuguesa, o direito à educação obrigatória e gratuita está fora do catálogo dos direitos fundamentais, no entanto, dada a sua importância já exaustivamente ressaltada, não resta dúvida de que é revestida de fundamentalidade pelas normas e fundamentos que resguardam os direitos fundamentais.

Na esfera jurisdicional constitucional portuguesa, a Corte Constitucional é órgão autónomo que tem como objetivo precípuo garantir e defender a Lei Fundamental. Criado em 1982, emerge como pedra basilar do edifício do Estado democrático de Direito. A este competem duas funções: a primeira, fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas (controle de conformidade); a segunda diz respeito ao presidente, partidos políticos, matéria eleitoral e referendo.

O controle de fiscalização de constitucionalidade se dá de duas formas: abstrata e concreta. Pela forma abstrata preventiva, o Tribunal, por meio de um dos legitimados indicados na Constituição, analisa diplomas normativos que ainda

não foram publicados. Pela via abstrata sucessiva, o controle ocorre após a publicação do diploma, o que também é feito pelos legitimados constitucionais. Assim como no Brasil, pelo instituto do mandando de injunção, existe também o controle por omissão para assegurar principalmente princípios, direitos ou garantias assegurados na Constituição.

A fiscalização concreta, tão importante quanto as demais, porém com peculiar legitimidade ativa, tem sua gênese nas decisões dos tribunais nos casos concretos. É um controle difuso, que descentraliza o modelo de fiscalização, porquanto esta é feita pelos tribunais aplicadores das leis nos casos concretos. As decisões dos tribunais sobre constitucionalidade devem ser submetidas ao Tribunal Constitucional, que funciona como o controle do controle.

Todos os tribunais têm o dever de não aplicar normas consideradas inconstitucionais. Reconhecida a inconstitucionalidade de normas ou atos, devem recusar a aplicação do referido dispositivo. É um controle que passa pelo crivo do cidadão por meio de recurso apresentado no próprio tribunal julgador. A decisão faz caso julgado no tocante à constitucionalidade – se aplicável ou não. O Tribunal Constitucional não atua em matéria de direito, apenas faz controle de subsunção da norma ou ato à Constituição. A decisão de inconstitucionalidade regressa ao tribunal originário.

Feitas essas breves considerações sobre o Tribunal Constitucional português, no tocante às matérias de direitos fundamentais violados, é no conhecimento dos tribunais regionais que de fato se reconhece a aplicabilidade dos direitos fundamentais. As decisões do Supremo Tribunal de Justiça vêm se utilizando dos princípios basilares fundamentais para resolver questões em que estejam dois direitos fundamentais prementes.

A título de exemplo da invocação dos direitos fundamentais e da ampliação da aplicabilidade material deste, em Recurso de Revista nº 682/01, onde a matéria discutia o direito de repouso por fazer parte da personalidade física e moral, como componentes da integridade física, havia a justificativa: A “ilicitude dum comportamento ruidoso que prejudique o repouso, a tranquilidade e o sono de terceiros está no facto de, injustificadamente e para além dos limites do socialmente

tolerável, lesar tais baluartes da integridade pessoal. A ilicitude, nesta perspectiva, dispensa a aferição do nível do ruído por padrões legais estabelecidos”.

Neste sentido, os julgados do Supremo Tribunal de Justiça vêm ponderando entre dois ou mais direitos fundamentais. Comumente se observam conflitos de direitos considerados fundamentais, nos quais o sopesamento preserva sempre aquele direito considerado, no aspecto material fundamental, o mais elevado, como o direito de repouso (de personalidade) em face das limitações laborais produtivas, quando a discussão gira em torno do direito de descanso *versus* os direitos de produção de uma padaria, por exemplo.

### **3.2. Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ**

Depois de amplamente pontuado o alcance dos direitos fundamentais, perpassando por uma análise hermenêutica e prática, neste momento debate-se a efetividade dos direitos fundamentais na órbita dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ), acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais no controle de constitucionalidade e de legalidade.

Aos direitos fundamentais individuais ditos direitos negativos – de defesa –, como bem colacionado por Sarlet (2015a, p. 283), (in)existem esforços para a sua efetivação, haja vista requererem do Estado apenas uma omissão – a não intervenção. O mesmo não pode ser dito dos direitos sociais. Krell (1999, p. 239) destaca as controvérsias quanto ao alcance dos referidos direitos. Isto implica diretamente as dimensões da aplicabilidade dos direitos sociais e o modo como os direitos fundamentais sociais estão permeando os tribunais superiores, quando violados.

Importa frisar os direitos sociais iminentes ao Estado Social. Neste sentido, o fato de estarem submetidos a uma ação estatal não os coloca em grau de inferioridade em relação aos direitos individuais, pelo contrário, são complementares e interdependentes. A título de exemplo, não dá para imaginar um indivíduo sem o direito à saúde e à educação. Sarlet (2015a, p. 301) sustenta

que a dependência da ação do Estado torna necessária e urgente a materialização dos direitos sociais mediante os recursos necessários (estruturais e conjunturais). O Estado, como pessoa de direito público, subsiste para a satisfação do interesse público. O Estado nesta relação assume o lugar de garantidor.

A Constituição, por sua vez, apresenta um sistema normativo com força de mandamento que deve ter a observância do Legislativo, a ser executado por meio de políticas públicas. Não são meras normas de observação, mas verdadeiros comandos vinculantes. Segundo Sarlet (2015a, p. 298), na dependência dos direitos sociais de uma estrutura estatal, nesta relação obrigatoriedade vinculante *versus* sistema, residem problemáticas que comprometem a eficácia dos direitos fundamentais sociais e a própria essência do Estado social de direito.

Não obstante a realidade hodierna, vive-se num sistema paradoxalmente premente com relação à efetivação dos direitos fundamentais sociais e à previsão contida na Carta. Estão presentes no cenário político, social e econômico dificuldades que põem em risco o Estado social no tocante a seu fundamento de uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvida, sem preconceitos e igualitária.

Vencidas as discussões acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais, bem como de sua fundamentalidade de ordem material, o desafio no sistema pátrio não reside na formalização dos direitos fundamentais sociais. Quando realizadas buscas no sistema legislativo de normas regulamentadoras, percebe-se que há um aparato legal, *a priori*, satisfatório (não se estará a discutir a satisfação em sentido estrito, apenas naquilo que se reconhece estar postulado em linhas gerais). Por outro lado, a efetivação dos direitos fundamentais sociais tem seu maior problema na concretização por parte do Poder Público. Krell (1999, p. 242) tece algumas considerações no tocante à eficácia reduzida dos direitos fundamentais por omissão das políticas públicas. O país sofre de inanição política e econômica, apresentada pelos vários setores da Administração Pública como justificativas do não comparecimento da esfera pública na produção eficaz dos direitos fundamentais.

Sarlet (2015a, p. 289-291) apresenta alguns aspectos de ordem conceitual e estrutural que devem ser considerados ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais sociais. *A priori*, devem-se considerar as dimensões em que cada conjunto de direitos se situa. Por serem os direitos fundamentais de ordem prestacionais (programáticos), deve-se retirá-los do abstracionismo (de ordem interpretativa) material empregado pela Constituição e colocá-los num arcabouço normativo de ordem prática, permeando os caminhos amplamente estruturados para a aplicação eficaz das normas aos direitos sociais. Nesta órbita, os direitos fundamentais sociais são objeto de prestação do Estado, exigindo deste a total observância aos mandamentos.

Em que pese a norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, ainda se padece do reconhecimento desta aplicação dos direitos fundamentais. Neste aspecto, como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal assume papel importante na dialógica feição material dos direitos fundamentais.

Sarlet (2015a, p. 282) tece algumas críticas quanto ao posicionamento do STF quando do reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Adverte o autor sobre a inobservância pela Corte quando do mandado de injunção acerca do direito de greve dos servidores públicos. No voto alegou-se, com respeito à previsão do art. 37, VII, da CF, a necessidade de lei para regulamentar o direito de defesa social.

A busca nos anais jurisprudenciais no tocante à validação da norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF ainda é muito tímida. Não se constata jurisprudência que coloque os direitos fundamentais no centro das discussões. Embora não detidamente trabalhado o tópico que trata da Corte Constitucional espanhola – nos anais há uma enorme produção de jurisprudências que reconhecem os direitos fundamentais sociais (o que não foi detidamente trabalhado no tópico específico, devido à delimitação do objeto em sentido estrito) em seu mais aguçado sentido de eficácia.

Resta apresentar alguns julgados com conteúdos que representam evolução no tocante ao reconhecimento dos direitos fundamentais de ordem social.

No Recurso Extraordinário 410.715-5/2005 São Paulo, o Ministério Público pleiteou assegurar o conteúdo do art. 208, IV, da Carta Maior, que prevê o acesso à educação infantil em creches na primeira idade (até cinco anos). O município em sede de recurso alegou indisponibilidade econômica (pilar fundamental da eficácia dos direitos sociais) – reserva do possível. Nesta senda, o voto do ministro Celso de Melo invocou a fundamentalidade material e formal do direito à educação, como premissa fundamental para o desenvolvimento integral. Destaque-se: “a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliação meramente discricionária da Administração Pública”.

O ministro relator rememora o alcance material do direito em discussão ao informar que tal descumprimento compromete a eficácia e a integralidade dos direitos individuais e/ou coletivos contidos na estrutura constitucional. Neste sentido, converge com o entendimento de que o direito social em comento integraliza a compreensão individual dos direitos fundamentais.

A decisão consolida entendimento da Corte, do Acórdão do ministro Luiz Fux, Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, quando da ofensa ao direito em tela, por violação ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Resp. nº 575.280 – Santo André – SP). O ministro observa como é comum atos normativos de peso local e leis ordinárias consignarem efetividade imediata em face de disposição de elevado valor moral, social e político, que é a Carta Maior da República.

Na mesma linha de entendimento, outros recursos foram julgados no Superior Tribunal de Justiça, com base na mesma matéria: garantia do acesso às crianças de até seis anos na escola. Neste sentido é o julgado do Resp. nº 753.565 – Mato Grosso e do Resp. nº 718.203 – Santo André – SP. Os referidos recursos amplamente pacificam o entendimento do direito à educação obrigatória e gratuita como direito de aplicabilidade imediata, tanto que o colocam no âmbito da eficácia plena ao invocar direito individual indisponível.

Reconhecendo as diversidades culturais do Brasil e tamanha desigualdade social, os julgados quase nada representam na ordem jurídica na mais alta Corte do País. Merecem estudo mais aguçado julgados de marchas processuais nas

esferas ordinárias e dos tribunais, para então ter-se uma noção angular de com que frequência esses direitos (ditos sociais) vêm sendo cobrados. Com isso se teria uma mera noção da capacidade cognitiva de o endereçado do direito reconhecer que a omissão do Poder Público obsta a sociedade do desenvolvimento necessário.

Ademais, é de se registrar que talvez seja necessário melhor compreender os limites fiscais impeditivos, no tempo e espaço de efetivação dos direitos fundamentais, a fim de que as decisões judiciais e especialmente o processo interpretativo das Cortes brasileiras possam contribuir no dever estatal de proteção e promoção do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita.

Esta perspectiva fiscal é imprescindível para se perceber quais os limites dirigidos ao dever estatal de promover a proteção. Neste cenário, é de se registrar que os Tribunais pátrios, quando instados a garantir a proteção e a promover o direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, não podem prescindir, no processo interpretativo, do princípio da proibição do excesso. Este princípio é previsto expressamente no art. 18 da Constituição Portuguesa, quando assim se expressa: “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Novais (2003, p. 730) destaca que por influência germânica, a doutrina portuguesa adotou o princípio da proporcionalidade como o núcleo central dos requisitos materiais exigidos às restrições aos direitos fundamentais, procedendo, progressivamente, ao caminho entre um sentido lato e um sentido restrito da proporcionalidade. Compreendê-lo, em sentido restrito, é proceder à subdivisão entre três subprincípios, máximas ou elementos: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito.

Este breve diálogo entre o arcabouço normativo constitucional da Espanha, Portugal e Brasil é fundamental a fim de melhor se estabelecer o problema dos limites fiscais e orçamentários para a efetividade do direito fundamental e o dever de proteção e promoção do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita, a ser discutido na segunda parte deste trabalho.

Registram-se, já nesta oportunidade, alguns princípios fundamentadores dos julgados das mais diversas cortes constitucionais, os quais serão mais amplamente observados quando da análise de julgados dos Tribunais Superiores do Brasil.

## **2ª PARTE**

**O problema dos limites fiscais e orçamentários, bem como da assim chamada reserva do possível para a efetividade do direito fundamental e o dever estatal de proteção e promoção do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita**

## **CAPÍTULO 4 – A EVOLUÇÃO DO ESTADO FISCAL, OS LIMITES CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIOS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIAS PARA O DIREITO À EDUCAÇÃO**

### **4.1. A evolução do Estado Fiscal como fundamento das garantias constitucionais para a efetividade do DFEFOG**

É inquestionável que a educação figura como direito do homem, direito assim reconhecido a partir de longo processo de reconhecimento nas declarações de direitos até alcançar a afirmação de direito fundamental. As declarações de direitos, quando alcançaram o *status* de direitos fundamentais, adquiriram valor jurídico-constitucional. No contexto contemporâneo, já não mais se discute a juridicização teórica dos direitos humanos positivados na ordem constitucional interna, mas sim como garantir a proteção jurídica e jurisdicional.

Lobato (1996, p. 86) destaca que os países ocidentais, em sua grande maioria, trazem nas suas Constituições nacionais o reconhecimento do valor jurídico-constitucional dos direitos do homem, contudo, destaca que a efetividade e a concretude carecem de mecanismos jurídicos e jurisdicionais que assegurem o acesso dos cidadãos.

Na perspectiva de Sarlet (2015a, p. 21), o progresso é inquestionável na esfera de positivação e do conteúdo dos direitos fundamentais, representado pelo esquema das diversas dimensões de direitos. Mas reconhece que longe se encontra a solução para os problemas e desafios que a matéria suscita.

Estes desafios pressupõem a viabilidade econômica dos entes federativos responsáveis pela efetivação de políticas sociais, mormente pelo objeto do estudo: a política pública destinada à concreção da educação fundamental obrigatória e gratuita. Esta realidade eleva a responsabilidade dos gestores no processo de construção de um Estado Fiscal que comporte o adimplemento material dos direitos fundamentais positivados na lei constitucional.

Apesar de pouca reflexão doutrinária sobre a correlação entre Estado Fiscal e Estado Constitucional, a doutrina exterioriza timidamente esta correspondência para a viabilidade das ações positivas. Baratta (2001, p. 50) reconhece que o problema nodal do Estado Constitucional é o financiamento das políticas públicas, ficando a realização efetiva dos direitos culturais, sociais e econômicos submetida a uma reserva geral ao economicamente viável. Ser economicamente viável não é argumento isolado para a não realização dos direitos fundamentais positivados na lei constitucional, isto porque a viabilidade econômica pressupõe a adequada escolha das ações positivas em face da finitude dos recursos.

A finitude de recursos é realidade inconteste, o que significa que a realidade orçamentária e financeira vincula-se à dimensão do Estado Fiscal, devendo, portanto, obediência aos limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta relação impõe a edificação de um rígido processo de escolhas a ser realizado pelos atores responsáveis pelo planejamento e pela execução de políticas públicas que satisfaçam os direitos fundamentais dos cidadãos.

A generalização do termo políticas públicas na apresentação do tema responsabilidade fiscal não implica alargar a discussão. No decorrer do estudo, o debate restará vinculado ao financiamento da educação fundamental obrigatória e gratuita. A abordagem ressalta que a efetivação das ações positivas do Estado Constitucional para o cumprimento dos núcleos dos direitos fundamentais na dimensão do mínimo necessário perpassa pela finitude de recursos e pela rígida escolha dos gestores na construção da política pública obediente à ordem constitucional e legal.

Neste sentido, política pública compreende um conjunto de ações ordenadas, articuladas e concatenadas, desenvolvidas pelos agentes das esferas de governo, cujo objetivo é a realização dos direitos positivados na ordem constitucional adstrita à realidade fiscal.

O sistema de proteção dos direitos do homem concebido das dimensões global, regional e doméstica, instituído com edições de declarações solenes, apresenta-se consolidado e sempre em expansão, mas o desejável é o seu

efetivo cumprimento e a não violação. Bobbio (2004, p. 24) adverte que não mais se identifica problema no âmbito filosófico, senão nas dimensões jurídica e política. Afirma que se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos. Assim, o que se pretende no cenário contemporâneo é garanti-los e impedir que sejam violados, tornando efetivas as solenes declarações.

Sarlet (2015a, p. 59) destaca que os direitos fundamentais são pressupostos da existência do Estado Constitucional, assumindo desta forma feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser a tarefa permanente.

Na lição de Sarlet (2015a, p. 65), a Constituição brasileira apresenta três características identificáveis, a saber: analítica, pluralista e programática e dirigente. Tais características balizam os limites normativos do poder estatal, cujo propósito é cumprir a árdua tarefa de concretização dos direitos fundamentais. A característica analítica revela desconfiança sobre a atuação do legislador infraconstitucional, mas também objetiva salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual supressão pelos poderes constituídos.

A característica pluralista registra um catálogo expressivo de direitos sociais, ao lado dos já consagrados e acrescidos direitos de liberdade e direitos políticos. Sobre a característica programática e dirigente, Sarlet (2015a, p. 66) preleciona que no que concerne aos direitos fundamentais, por força do art. 5º, § 1º, da CF, a aplicabilidade é imediata, mas não há como negar, apesar de mitigado, o expressivo número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas e incluindo diversas ordens ao legislador, a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos.

Para a concretização dos direitos fundamentais nas suas mais diversas dimensões e a fim de evitar violações destes mesmos direitos, mormente pela finitude de recursos, o legislador infraconstitucional editou um conjunto de dispositivos disciplinador das finanças públicas com o objetivo de que ações governamentais sejam regidas pela responsabilidade fiscal.

Antes de se realizar uma análise percuciente do conjunto de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101, editada em 4 de maio de 2000, merece relevo a Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.

A Emenda introduziu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114, tendo a finalidade de instituir o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, com vigência de vinte exercícios financeiros, disciplinando o Novo Regime pelo conteúdo dos dispositivos normativos compreendidos dos arts. 107 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A interpretação dos dispositivos normativos da referida Emenda Constitucional, mormente os destinados ao financiamento à educação obrigatória e gratuita, será realizada na oportunidade de enfrentamento dos limites constitucionais orçamentários, mas já merece registro o disciplinamento do art. 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que destaca as regras sobre as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino.

A Lei Complementar nº 101, editada em 4 de maio de 2000, instituiu normas de finanças públicas destinadas à responsabilidade na gestão fiscal no âmbito da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal, compreendendo o Poder Executivo as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, bem como o Poder Legislativo, nestes abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Na essência, a responsabilidade fiscal tem a finalidade de corrigir as ações da Administração Pública, seja no âmbito dos Estados-membros, seja no dos Municípios ou da própria União, bem como limitar os gastos destes, por intermédio de técnicas gerenciais com base no planejamento, controle externo e interno, e, finalmente, a transparência das ações governamentais em relação à população, sujeitando os gestores ao processo de responsabilização, nos termos

da legislação existente, acrescida da alteração imposta pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.

Como destacado no capítulo anterior, o Título VI (arts. 145/169) da Constituição Federal expressa de forma sistematizada a política econômico-financeira do Estado brasileiro. Não se pode desconsiderar que a política econômica é aprioristicamente precursora da realização das demais políticas públicas positivadas na Carta Constitucional. A sistematização fixada na Constituição Federal para sua concretude se submete à disciplina da Lei nº 4.320/64 e ao cumprimento do código de conduta de que trata a Lei Complementar nº 101/2000. Neste cenário, é de se destacar que a Lei de Responsabilidade Fiscal promoveu o disciplinamento dos arts. 163 e 169 da CF.

Ao se afirmar que a política econômica é aprioristicamente a precursora da instrumentalização das demais políticas públicas, faz-se necessário que se reconheça que em todas as sociedades são identificáveis arranjos estruturados que providenciaram os meios materiais para a vida individual e coletiva.

Os arranjos estruturados responsáveis pelo fornecimento dos meios materiais, historicamente, são estudados pela antropologia econômica. Neste ambiente acadêmico, duas correntes buscam compreender o fenômeno econômico: os substantivistas e os formalistas.

Não se pretende neste estudo compreender com densidade teórica uma ou outra corrente, senão buscar identificar qual a corrente na perspectiva econômica que mais se alinha à evolução do Estado Constitucional Social.

Machado (2012, p. 172) identifica dois significados de economia que nada possuem em comum. A economia da perspectiva formal resulta da lógica; na perspectiva substantiva, resulta dos fatos. As regras do primeiro são as da mente; as regras do segundo são as da natureza. Em linhas gerais, Machado (2012, p. 175) esclarece a lógica formalista reportando-se ao postulado da escassez, que requer, em primeiro lugar, uma insuficiência de meios e, em segundo, que a escolha seja induzida por essa insuficiência. Por sua vez, a lógica substantivista constitui um processo instituído de interação entre o homem e o seu ambiente, que resulta numa contínua oferta de meios materiais para satisfazer as suas necessidades.

A teoria substantivista pretende demonstrar que uma teoria econômica universal deve alargar as bases institucionais e históricas para identificar a sobrevivência do homem como a sua principal tarefa.

Machado (2012, p. 184) destaca que parcelas maiores ou menores da população de todas as sociedades vivem num nível de subsistência considerado inadequado pela ciência. O sentido substantivo de economia refere-se à provisão de bens materiais que satisfaçam as necessidades biológicas e sociais.

Neste ambiente, pode-se afirmar que toda a sociedade possui um sistema econômico constituído por meio de arranjos estruturados que providenciam os meios necessários à realização das necessidades da pessoa humana, na sua dimensão individual e comunitária.

Polanyi (2000, p. 276), ao refletir sobre o sistema econômico, destaca que a solução fascista para o impasse do capitalismo econômico liberal foi desenvolver uma reeducação que se propunha a desnaturalizar o indivíduo e torná-lo incapaz de funcionar como uma unidade responsável do corpo político. Esta reeducação negava a ideia da fraternidade do homem em todas as suas formas.

Polanyi (2000, p. 297/299) afirma que um sistema econômico que pretenda garantir uma liberdade jurídica e real pressupõe regulação e controle. Esta relação implica poder e valor econômico como um paradigma da realidade social. A função do poder é assegurar aquela medida de conformidade necessária à sobrevivência do grupo.

Polanyi (2000, p. 237) ressalta que o controle deve ser implementado quando o funcionamento da autorregulação de mercado ameaça destruir a sociedade. A ação autopreservativa visa impedir o seu estabelecimento ou interferir no seu livre funcionamento, quando já estabelecido.

A busca de um sistema econômico estável que possa propiciar os meios necessários de subsistência do homem nas dimensões individual e comunitária propiciará a edificação de um Estado Fiscal capaz de promover o processo de redistribuição de riquezas e assegurar a proteção dos direitos fundamentais na ordem constitucional dos Estados Modernos.

Polanyi (2000, p. 291) destaca que na história das nações já se testemunha um desenvolvimento em que o sistema econômico deixa de organizar a lei da sociedade e em que se garante o primado da sociedade sobre esse sistema. Não há uma forma própria de organização do Estado para o reconhecimento do primado da sociedade, que pode ser alcançado pela forma democrática, aristocrática, constitucionalista ou autoritária, mas somente se o sistema econômico assegurar a promoção e a proteção das necessidades humanas nas suas mais diversas dimensões.

Destaca Polanyi (2000, p. 296) que cada passo na construção de um sistema econômico em direção à integração da sociedade será acompanhado de um aumento de liberdade, cujo planejamento incluirá o fortalecimento dos direitos do indivíduo.

Ademais, Polanyi (2000, p. 296) registra que as instituições são necessárias para a efetivação dos direitos, ressaltando, inclusive, a preponderância da declaração dos direitos humanos contra os abusos de todas as autoridades.

O resultado de um sistema econômico construído sob a égide da teoria substantivista é consolidar o Estado Fiscal com regularidade e estabilidade na entrada e saída de recursos, cuja fonte é a eficiência da capacidade produtiva de uma economia estável e próspera. Assim, é de se reconhecer que a política econômica se apresenta como uma política apriorística das demais políticas públicas para a realização das necessidades da pessoa humana.

Oliveira (2011, p. 460) destaca que as finanças públicas são um fenômeno financeiro representado pela entrada e saída de dinheiro dos cofres públicos, estabelecendo desta forma o ingresso dos recursos públicos por intermédio dos tributos ou outras receitas, como também a realização dos gastos públicos.

Indiscutivelmente, a responsabilidade fiscal no Brasil constitui um marco relevante no lento e gradual processo de conscientização dos gestores públicos para distinguir o público do privado. Apesar dos 19 anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, os desmandos ainda são diariamente divulgados nas três esferas de governo, o que tem ensejado a propositura de ações penais e civis para a responsabilização dos gestores incorrigíveis na realização dos gastos

públicos. Essa irresponsabilidade compromete a concretude das políticas públicas e, em especial, a política pública de educação.

Observe-se a clareza do § 1º do art. 1º da LC 101/2000, ao explicitar que a responsabilidade fiscal “pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívida consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

Resulta claro que a responsabilidade fiscal tem por finalidade orientar a ação dos gestores da coisa pública e que tal orientação compreende a harmonização entre receita e despesa e a concretude das políticas públicas positivadas na Carta Constitucional.

Oliveira (2011, p. 464) assevera sobre os objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal que este marco representa uma verdadeira evolução conceitual, de forma a que o agente público saiba que exerce não apenas um mandato ou função, mas que é integrante de uma ordem completa de preservação dos valores sociais. Assim, é de se destacar que os eixos estruturantes da responsabilidade fiscal no Brasil estão intrinsecamente ligados aos princípios constitucionais da eficiência, da probidade, da economicidade, da publicidade, da moralidade e da impessoalidade, previstos no art. 37 da CF.

Pazzaglini Filho (2001, p. 140) destaca, acerca da responsabilidade fiscal, que o seu propósito é a regulação das finanças públicas, a fim de que a sua gestão seja planejada, eficiente, econômica, proba e transparente, sendo a consequência dessa ação planejada a execução das políticas públicas positivas com a finalidade de atender às necessidades e aos anseios legítimos da sociedade brasileira.

Na análise sistematizada da Lei de Responsabilidade Fiscal, quatro eixos são identificáveis: planejamento, controle, transparência e responsabilidade. Passa-se, portanto, à análise desses eixos, sob a ótica da política pública de

educação, quanto à avaliação política dos gestores no seu processo de implantação.

O primeiro eixo – planejamento – exige do gestor o dever de realizar as ações positivas voltadas à concretude da política pública de educação obrigatória e gratuita, sob o manto dos princípios universais da Administração Pública, porém de forma planejada, sem improvisação, visando sempre à escolha do melhor caminho para a obtenção de um resultado que possa efetivamente modificar a realidade, razão por que deve ser sempre submetida a avaliação a política implantada e executada.

Nesta quadra é de se identificar quais os instrumentos legais utilizados no ato de planejar. Dispõe o art. 165 da CF que os instrumentos legais a serem utilizados na tarefa de compatibilizar receita e despesa são o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Pazzaglini Filho (2001, p. 17) destaca que esses instrumentos legais não são documentos isolados, mas constituem etapas de um procedimento sistêmico, hierárquico e integrado de planejamento da atuação estatal na gestão das finanças públicas.

O plano plurianual, conforme disciplina o art. 35, § 2º, I, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, dispõe que o projeto de lei deve ser encaminhado para o Poder Legislativo dos entes federativos até o quarto mês do primeiro ano do mandato, para apreciação dos parlamentares, cujo conteúdo deve destacar as diretrizes, as metas e contemplar as ações que devem ser efetivadas, com a finalidade de viabilizar as políticas públicas normatizadas na Carta Constitucional.

Neste procedimento sistêmico é de se destacar que a elaboração do projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias exige dos atores envolvidos, como instrumento que é de planejamento fiscal, em harmonia com o Plano Plurianual, a tradução, de forma objetiva, das ações da administração para a alocação de receitas e despesas e o montante da dívida, destacando as despesas de capital para o exercício subsequente, a fim de fixar os limites na elaboração do projeto da Lei Orçamentária Anual.

Na sequência de atos para a concretização do planejamento da administração com base nos instrumentos legais, tem-se a elaboração do projeto

da Lei Orçamentária Anual, o qual deverá compreender o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas estatais controladas e o orçamento de seguridade social, em perfeita harmonia e compatibilidade com os instrumentos legais destacados.

Pazzaglini Filho (2001, p. 19) ressalta que o projeto deve ser instruído com um anexo atestando a compatibilidade entre a programação dos orçamentos e as metas fiscais de Diretrizes Orçamentárias e com documentos especificando as formas compensatórias da renúncia de receitas e do aumento das despesas obrigatórias de caráter continuado, assim como a previsão de reserva de contingência para o pagamento de imprevistos e de eventuais despesas.

A ordenação das fases procedimentais da produção legislativa orçamental é primordial para que os atores envolvidos no processo se distanciem de uma ação retórica e fundamentem as suas escolhas na dimensão financeira. A não observância da dimensão financeira é de ser interpretada como conduta grave a merecer uma nova abordagem legislativa sobre o grau de responsabilidade do agente estatal, na esfera político-administrativa, cível e criminal.

Valle (2018, p. 370), em participação na obra *Três Décadas de Reforma Constitucional*, destaca que a desqualificação atribuída à dimensão orçamentária – reputada menos relevante, ou mero recurso retórico para justificar o descumprimento dos deveres estatais – constitui um grande equívoco a pretender justificar o não cumprimento dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva.

Neste novo ambiente de reflexão suscitado pela autora, é de se destacar que a promoção e a proteção dos direitos fundamentais encontram-se vinculadas à dimensão financeira, compreendendo a dimensão financeira o real reflexo da musculatura fiscal estatal. A realização de gastos a garantir a promoção dos direitos fundamentais na dimensão objetiva pressupõe fidelidade fiscal e não somente fidelidade orçamentária, pois a legislação orçamental requer que os gastos se ajustem à capacidade fiscal.

Registre-se que a abordagem limitada sobre o procedimento na produção se deve ao fato da interdisciplinaridade da matéria em discussão e à desnecessidade de seu aprofundamento em razão do objetivo do trabalho, porém impende destacar que os gestores, na elaboração de seu planejamento, hão de

compreender as políticas públicas de acordo com o grau de prioridade que a ordem constitucional lhes confere, devendo, portanto, realizar as escolhas quanto à alocação de recursos e despesas e atender às expectativas dos menos favorecidos, a fim de que os objetivos da República sejam alcançados, mormente a redução das desigualdades sociais.

Nesta quadra, insere-se indiscutivelmente a política pública de educação obrigatória e gratuita, cuja primazia será fundamentada em capítulo próprio com o estudo da interpretação das normas constitucionais e dos princípios. Porém há espaço, neste momento, para identificar os atores no processo de planejamento da política pública de educação obrigatória e gratuita – início, portanto, do caminho para a judicialização desta política pública, quando não implantada ou quando executada de forma insatisfatória.

É de se destacar, primeiramente, que o direito em debate é recepcionado como um direito fundamental social originário, pois a própria ordem constitucional identifica o dever do Estado de utilizar um piso mínimo para o seu financiamento e institui a faculdade de o cidadão exigir de forma imediata as prestações constitutivas desse direito.

Pansieri (2012, p. 84), ao reconhecer a existência dos direitos prestacionais originários e derivados, identifica três elementos que caracterizam os direitos prestacionais originários, a saber: a) garantia constitucional de certos direitos; b) presença simultânea do dever do Estado de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; e c) faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

A importância de se compreender o papel dos atores do processo de construção dos pressupostos materiais é fundamental para a necessidade de bem se aplicar a cláusula da reserva do possível, a fim de que a atuação atitudinal seja fiel à higidez fiscal, pois somente assim se pode reconhecer a fidelidade constitucional fiscal.

A proteção e promoção da educação obrigatória e gratuita como direito subjetivo público, inserida na ordem constitucional, deve ser instrumentalizada por política pública construída, especialmente, por atores governamentais, sobretudo os integrantes do Executivo, que contemple na elaboração da proposta

orçamentária, de forma satisfatória, todos os encargos alusivos às despesas com pessoal, custeio e investimento, a fim de viabilizar a efetividade de tal política, sem a ocorrência de retrocesso no seu contínuo processo de concretude.

Outros atores são responsáveis pela efetividade da política em destaque, incumbindo aos integrantes dos parlamentos o processo de adequação dos recursos orçamentários aos gastos exigidos para a concretude desta política. Para tanto, necessário se faz o conhecimento da realidade educacional em que se efetivará a política de educação obrigatória e gratuita, razão por que devem ser confiáveis as informações que retratam a realidade da política educacional.

Dessa necessidade observa-se o papel de atores não governamentais e mesmo governamentais que, sem poder de decisão, podem influenciar no processo de planejamento compatível e exigível com o contínuo e permanente processo de concretude da educação obrigatória e gratuita. Identificáveis, neste cenário, os educadores, os pesquisadores, as organizações civis, os grupos privados, os conselhos escolares e os cidadãos como agentes do controle social das políticas públicas.

Indagação lógica e imediata: qual o espaço e fundamento legal dessa participação? Este espaço se encontra prescrito no parágrafo único do art. 48 da LRF, o qual consigna que a transparência será assegurada mediante a participação popular e a realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, das leis de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos.

Observa-se, portanto, que ao tempo que se identifica o espaço e o momento de participação dos atores referidos, viabiliza-se também a efetivação do eixo transparência, permitindo que se conheçam as escolhas dos atores públicos no processo de planejamento das políticas públicas. Inquestionável a relevância do preceito, porém necessário se faz que o homem, como razão da existência do Estado, reconheça-se como homem-cidadão e ator principal na transformação do Estado, a fim de que as políticas positivas se convertam em realidade. Indissociáveis da transparência do princípio democrático, daí decorrendo a publicidade, são a participação popular e a motivação que legitimam os atos administrativos e os atos jurídicos.

A relevância temática do eixo transparência exige o conhecimento dos fundamentos do voto do ministro Celso de Mello, proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 24.725 – sobre o tema.

Realça o ministro Celso de Mello que os postulados constitucionais da publicidade, da moralidade e da responsabilidade – indissociáveis da diretriz que consagra a prática republicana do poder – não permitem que temas como os da destinação, da utilização e da comprovação dos gastos pertinentes a recursos públicos sejam postos sob sigilo. No desenvolvimento dos argumentos expõe que uma República fundada em bases democráticas não pode privilegiar o mistério, isto porque a legitimidade político-jurídica da ordem democrática, com base em substrato ético, somente é compatível com um regime do poder visível.

Identifica o ministro, nos seus argumentos, que a atual ordem constitucional restaurou o velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade. De fato, o princípio da publicidade, previsto no estatuto político, rejeita o poder que oculta e é intolerante com o poder que se oculta, incluindo-o no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais.

Neste ambiente de direitos, garantias e das liberdades fundamentais, o postulado da publicidade faz extirpar do Estado o atuar sombrio, misterioso ou oculto, sendo dever dos agentes estatais atuar de forma transparente, pois somente assim se assegura o acompanhamento dos atos estatais pelo cidadão.

Evidente que apenas se avança na concretude dos direitos sociais positivados na Constituição com a efetividade dos princípios da responsabilidade, da transparência, da publicidade, da moralidade, corolários que são do princípio democrático, devendo, portanto, os recursos públicos ser alocados e empregados em função do homem-cidadão, com escolhas que privilegiem as políticas públicas que se apresentam em posição de primazia, entre elas, e como a principal delas, o direito subjetivo à educação obrigatória e gratuita.

No curso dos eixos estruturantes da Lei de Responsabilidade Fiscal destacam-se, ainda, o controle e a responsabilidade dos gestores públicos. O controle é indissociável da transparência com a disponibilização dos documentos utilizados no planejamento e na execução dos gastos públicos. É relevante

destacar que o controle interno é realizado pelas controladorias dos entes públicos e o controle externo dos órgãos estatais, pelas respectivas Casas Legislativas, com o auxílio dos Tribunais de Contas. Excepcionalmente, o controle pode ser efetivado pelo Poder Judiciário, quando obviamente este for o destinatário da provocação, que, em regra, decorre das ações intentadas pelo Ministério Público.

Os documentos disponibilizados, inclusive em meio eletrônico, de acesso público são os planos, os orçamentos e as leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Destaca-se, por força do previsto no art. 49 da LRF, que as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no órgão técnico responsável por sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade. Infere-se, portanto, que é assegurado o controle social; contudo, o que se discute é a complexidade dos documentos que registram os recursos e seus gastos, o que decerto pode impossibilitar o controle social eficaz.

Assim, a finalidade do Estado será sempre a contemplação dos interesses comuns, mormente a proteção e promoção dos direitos fundamentais normatizados na Carta Constitucional e que estão a exigir uma ação positiva harmônica com sua capacidade financeira, efetivadas a partir de escolhas corretas e adequadas, em estrita observância da primazia das políticas.

O quarto eixo da Lei de Responsabilidade Fiscal é representado pela responsabilidade dos agentes no descumprimento deste código de condutas. A LRF não institui as condutas que constituam infrações de natureza administrativa, cível ou criminal, mas determina que a sua regulamentação seja concretizada. Assim, foi introduzida no sistema jurídico a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que promoveu modificações no Decreto-lei nº 2.848, de 7/12/40 – Código Penal, na Lei nº 1.079, de 10/4/50, e no Decreto-lei nº 201, de 27/2/67.

No essencial, este texto legal deu nova redação ao art. 339 do Código Penal, passando a vigorar com a seguinte redação: “Dar causa à instauração e

investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. Este tipo penal visa inibir o denunciamento, exigindo, portanto, de todos um comportamento responsável na relação administrador e administrado.

O texto em debate inseriu o capítulo IV no Título XI do Código Penal, definindo os crimes contra as finanças públicas. Foram editados oito novos tipos penais, alusivos todos ao descumprimento das regras de condutas constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. Observam-se ainda as modificações impostas pela Lei nº 1.079/50, que regula as infrações político-administrativas com a introdução de condutas que atentem contra a responsabilidade fiscal; na mesma linha foram as mudanças impostas pelo Decreto-lei nº 201/67.

Esse arcabouço normativo constitui o instrumento para a aplicação de sanções de natureza político-administrativa, cível e criminal aos gestores que não atendam às regras de conduta da Lei de Responsabilidade Fiscal, inquestionável avanço para que atuem de forma responsável na execução dos gastos públicos. É uma inferência lógica a compatibilização dos gastos com os recursos de que dispõe a Administração Pública.

O art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal considera como despesa total com pessoal o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. Neste cenário inserem-se também, com a denominação de “outras despesas com pessoal”, os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos.

É de se destacar que neste conceito de despesa total com pessoal não se incluem as despesas de caráter indenizatório, a exemplo de diárias, ajuda de custo e vale-alimentação. Na apuração da despesa total com pessoal devem-se

observar as disposições do § 2º do art. 18 da LRF, a ser efetivada com o somatório da despesa realizada no mês em referência com as despesas dos 11 meses imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

A fim de disciplinar os gastos dos entes federados, o art. 19 da LRF fixou que para os fins do art. 169 da CF, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida correspondente a 50% para a União, 60% para os Estados e 60% para os Municípios.

Para que dúvida não pairasse em como proceder à repartição dos percentuais entre os órgãos que compõem a estrutura orgânica de cada um dos entes, o art. 20 da LRF assim detalhou: na esfera federal, 2,5% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União, 6% para o Judiciário, 40,9% para o Executivo e 0,6% para o Ministério Público da União; na esfera estadual, 3% para o Legislativo, 6% para o Judiciário, 49% para o Executivo e 2% para o Ministério Público dos Estados; na esfera municipal, 6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver, e 54% para o Executivo.

Entende Oliveira (2011, p. 505) que o dispositivo em destaque é inconstitucional, sob o fundamento de que a União, ao descer a detalhes, especificando percentuais e impondo-os a Estados e Municípios, extrapolou a norma de competência estabelecida no § 1º do art. 24 da CF, invadindo, pois, atribuições próprias das entidades federativas menores.

Apesar da relevância da problemática levantada por Oliveira, é de se registrar que o art. 20 da LRF já foi submetido a controle concentrado, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado constitucional por seis votos a cinco (OLIVEIRA, 2011, p. 505).

Oliveira (2011, p. 506) sustenta a sua tese de inconstitucionalidade do art. 20 da LRF e argumenta que o ente federativo poderá repartir de forma diversa os percentuais ali instituídos, permitindo que em não havendo a necessidade do percentual fixado para determinado Órgão, seja este repassado para outro, sem, contudo, ultrapassar o limite geral de gastos com pessoal.

Não há como deixar de reconhecer a importância da definição de um limite máximo de gastos com pessoal, evitando que gestores descomprometidos com o grau maior de efetividade dos direitos fundamentais assentados na Ordem Constitucional promovam um inchaço da máquina estatal, resultando na incapacidade de investimento e custeio desta máquina. Necessitava-se, portanto, deste código de condutas para frear a voracidade dos gestores com o empreguismo.

Cruz, Júnior, Glock, Herzman e Tremel (2001, p. 79) observam a invasão da União na autonomia dos Estados e dos Municípios, o que caracteriza a revogação da autonomia da auto-organização. Esta invasão afronta o art. 2º e o art. 60, § 4º, I e II, da CF; contudo, destacam a presença, na LRF, de avanços significativos nos aspectos de gestão e controle de gastos.

Cumprir observar quais os reflexos desses limites na construção da política pública de educação obrigatória e gratuita, mormente na escolha a ser realizada pelo gestor público.

Neste trabalho já ficou evidenciado que a educação obrigatória e gratuita é direito subjetivo público, o que exige uma atuação positiva do Estado para sua concretude, sob pena de responsabilização, como consta da Carta Constitucional.

Pela relevância e primazia do referido direito fundamental prestacional, o legislador infraconstitucional haveria de lhe conceder tratamento diferenciado, até mesmo no tocante aos gastos com pessoal, sem, obviamente, tornar ineficazes os limites instituídos. O controle da despesa total com pessoal e a verificação do cumprimento dos limites estabelecidos pelo art. 19 e 20 da LRF encontram-se disciplinados nos arts. 21 e 22 desta lei.

Dispõe o art. 21 da LRF que é nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal e não atenda às exigências dos arts. 16 e 17, os quais consignam que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que resulte em aumento de despesa serão acompanhados de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício que deve entrar em vigor e nos dois subsequentes, e da declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária

Anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, bem assim a ausência dos dados exigidos no art. 17 da LRF.

Adicione-se, ainda, a necessidade de atendimento aos art. 37, XIII, e 169, § 1º, da Constituição Federal.

No âmbito desses comandos destaca-se que se tem como ato nulo aquele que resulte em aumento de despesa com pessoal, desacompanhado de prévio estudo a indicar o suporte financeiro para arcar com o aumento concedido, e a ausência dos dados exigidos pelo art. 17 da LRF. Desta forma, editado o ato em desconformidade com os estudos e dados comprobatórios do suporte financeiro, nenhum efeito produzira, operando-se os dois significados do instituto da nulidade – vício e sanção.

Anote-se, ainda, que o parágrafo único do art. 21 da LRF também considera nulo de pleno direito o ato que resulte em aumento de despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20 do mesmo diploma legal.

De relevância inquestionável os comandos indicados, tendo em vista que historicamente era uma constante no serviço público a concessão de aumentos sem a capacidade financeira do ente para suportar os efeitos da ação governamental, que na maioria das vezes tinha o propósito único de extrair dividendos políticos ou inviabilizar as ações governamentais de seu sucessor.

Oliveira (2011, p. 509), ao analisar os comandos indicados, reconhece o conteúdo ético dos preceitos, cujo efeito é evitar que o administrador busque “fazer média” com os servidores à custa dos cofres públicos, obstando que onere o próximo governante e sentenciando, por fim, que os preceitos prevalecem no planejamento da Administração Pública.

A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 da LRF será realizada ao final de cada quadrimestre. Como limite prudencial tem-se que a despesa total com pessoal não poderá exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite instituído, e sua consequência é a vedação aos Poderes e órgãos de conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou determinação legal ou

contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição Federal; a criação de cargo, emprego ou função; a alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; a edição de atos de provimento de cargo público, a admissão ou a contratação de pessoal a qualquer título, com ressalvas para a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; e a contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e nas situações previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

As consequências decorrentes do não cumprimento do limite prudencial são severas, visando que seja restabelecido o cumprimento dos preceitos alusivos aos limites de gastos com pessoal; contudo, o inciso IV do art. 22 da LRF, compreendendo a relevância da política pública de educação, saúde e segurança, admitiu que essas áreas não fossem alcançadas pelo não provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal, restando evidente a primazia das referidas políticas. Observe-se que na indicação das políticas públicas a primeira referência é a educação, a fim de que o administrador, no processo de escolha na execução dos gastos públicos, opte sempre pela política pública educacional.

Esta indicação exige do administrador que as ações governamentais sejam encetadas sem afetar o contínuo processo de concretude da política educacional. A inobservância da relevância da política educacional resulta no acionamento do Estado-Juiz a fim de torná-la efetiva e em contínuo processo de concretude.

Bem se vê que até mesmo no rígido controle de gastos com pessoal, disciplinados na Lei de Responsabilidade Fiscal, o legislador reconhece a impossibilidade de retroceder nesta política, admitindo a imediata reposição de pessoal quando de aposentadoria ou falecimento de servidores, numa demonstração inequívoca de não admitir a carência de pessoal, mesmo quando o limite de gastos com pessoal já houver ultrapassado o limite prudencial de que trata o art. 22 da mesma lei.

Este rigor imposto ao controle de gastos exige do administrador, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22 da LRF, que o percentual excedente aos limites fixados para os Poderes ou órgãos seja eliminado nos dois quadrimestres

seguintes, adotando-se as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

As providências exigidas devem ter início com a redução de despesas com cargos em comissão e funções de confiança, e em seguida, se não for suficiente a redução, devem ser exonerados os servidores que não atingiram a estabilidade. Se forem insuficientes tais providências, os estáveis serão alcançados, conforme prescrevem os §§ 4º e 5º do art. 169 da CF, observando-se, contudo, o disciplinamento instituído pela Lei nº 9.801/99.

Fica evidente que essas providências para que os gastos com pessoal retornem aos limites legais não podem alcançar, em nenhuma hipótese, os servidores da área de educação, pois diante deste rígido controle o legislador assegura sempre a reposição dos servidores da educação, em razão de aposentadoria ou falecimento, mesmo diante da situação extremada em que é ultrapassado o limite prudencial, numa clara demonstração de que não se pode retroceder no processo de concretude da política educacional obrigatória e gratuita.

Assim, a ação governamental do gestor na execução da política pública de educação obrigatória e gratuita – repita-se – não poderá retroceder nem mesmo diante dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. O cumprimento dos limites deverá atingir outras áreas da administração do Estado, mas não a área de educação. Porém, nem sempre é o que se observa; o que se constata são entes omissos na proteção e promoção do direito à educação gratuita e obrigatória, devido à ausência de pessoal suficiente para atender à demanda desse direito. Surge daí a necessidade de que esse direito subjetivo público seja submetido à judicialização.

#### **4.2 Orçamento público, sua formatação e características na Constituição brasileira**

Inquestionável que os direitos fundamentais prestacionais positivados na ordem constitucional se efetivam pelo disciplinamento de políticas públicas, as

quais constituem ações ordenadas a serem financiadas nos limites fiscais do ente federativo.

A relação recursos e gastos da Administração Pública não poderia ser observada pelos entes sem que o disciplinamento dos procedimentos orçamentários, financeiros, contábeis e patrimoniais estivesse subordinado aos ditames da lei.

Assim, a título puramente ilustrativo, a fim de contextualizar a relevância do cumprimento das leis orçamentárias para a manutenção de sua execução regular e sem sobressalto, algumas considerações breves sobre o orçamento nas Constituições brasileiras se apresentam oportunas.

Giacomoni (1998, p. 49) destaca que a organização das finanças no Estado brasileiro teve início com a chegada da família real, em 1808, quando foram criados o erário e o regime de contabilidade. Posteriormente, com o advento da Constituição do Império de 1824, surge a exigência de orçamento formal.

Como observado no capítulo anterior, nem sempre as políticas públicas como instrumento de proteção e promoção dos deveres do Estado foram efetivados de forma imediata, e pelos mais diversos fatores, razão por que somente se pode falar no efetivo cumprimento da política financeira com o advento do Decreto Legislativo de 15/12/1830, que disciplinou as despesas e as receitas das antigas províncias para o exercício de 1.7.1831 a 30.6.1832.

Giacomoni (1998, p. 49-52) registra que a primeira Constituição republicana instituiu o Congresso Nacional com a função privativa de elaboração do orçamento e da tomada de contas, com o auxílio do Tribunal de Contas. Já na Carta de 1934 a elaboração ficou a cargo do Presidente da República, e ao Legislativo foi atribuída a tarefa de votar e apreciar as contas.

Com o advento da Constituição polaca de 1937, a iniciativa era do Presidente da República, e a votação submetida ao Legislativo, mas limitada a sua apreciação, sem possibilidade de apresentação de emendas.

A ordem constitucional de 1946, quando da redemocratização do país, restabeleceu o orçamento misto, com participação do Executivo e do Legislativo.

O regime militar manteve a iniciativa da lei orçamentária ao Presidente da República, e a apreciação ao Congresso, porém limitou as prerrogativas do Congresso quanto à apreciação de emendas que gerassem despesas, inclusive emendas ao projeto de lei.

Assentado na ordem constitucional o disciplinamento do processo legislativo para a produção das leis orçamentárias, necessitava o Estado brasileiro de legislação que empreendesse a padronização dos orçamentos nos três níveis de governo. Assim, em 1964 foi editada a Lei nº 4.320/64, que instituiu o modelo padrão para os três níveis de governo.

Com o advento da ordem constitucional de 1988, e por força do art. 165, § 9º, I e II, da CF, necessário se fez a edição de lei complementar que promovesse o disciplinamento sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, e estabelecesse normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e o funcionamento.

Não havendo até a presente data a edição da legislação complementar determinada pelo art. 165, § 9º, da Constituição para os fins dos incisos I e II, o art. 35, § 2º, da ADCT fixou para a União que o plano plurianual será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa, com vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente.

Já o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, devendo, o projeto de lei orçamentária da União, ser encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

Giacomoni (1998, p. 55) adverte que como a ordem constitucional atual confere o poder concorrente à União e aos Estados de legislar sobre orçamento, é possível que o princípio da padronização orçamentária seja revisto.

No contexto atual, a produção legislativa sobre orçamento deve obediência aos ditames constitucionais, à Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e à Lei nº 4.320/64. A legislação orçamentária sempre foi regida por princípios, e tais princípios encontram-se incorporados à legislação atual.

A política orçamentária objetiva primordialmente propiciar o controle parlamentar sobre o Poder Executivo, mas também funciona como instrumento de concretude das finalidades do Estado, dada a exigência de se compatibilizar a capacidade financeira com os gastos públicos. Neste processo são identificáveis alguns princípios de maior significação.

Do § 5º do art. 165 da CF extrai-se que a política orçamentária é regida pelo princípio da totalidade orçamentária, visto que a lei orçamentária compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social, elaborados em partes, mas consolidados num único instrumento.

Assevera Giacomoni (1998, p. 68) que o modelo brasileiro, em linhas gerais, segue a concepção da totalidade orçamentária, em que são elaborados múltiplos orçamentos de forma independente, porém consolidados para viabilizar o conhecimento do desempenho global das finanças.

Relevante para o êxito da política orçamentária é o princípio da unidade, o qual exige que a lei orçamentária contemple todas as receitas e despesas, na forma prescrita no art. 165, § 5º, da CF.

Giacomoni (1998, p. 68) ao refletir sobre o princípio da universalidade assevera que este permite ao Legislativo conhecer todas as receitas e despesas do governo e forneça autorização prévia para a respectiva arrecadação, como também obste que o Executivo promova a realização de receita e despesa sem a prévia autorização parlamentar.

Outro princípio relevante é o da anualidade, segundo o qual o orçamento público é fixado para ter vigência por um período de um ano. Por força desse princípio, discussões relevantes foram travadas quando da entrada em vigor da Lei Complementar nº 101/2000, cujo início se deu no curso no exercício financeiro

daquele ano. A questão fundamental do debate relaciona-se ao início do prazo para a adequação dos limites de despesas com pessoal. Dessa discussão resultou que o prazo de dois anos fixado para que os entes cumprissem os limites de gasto com pessoal somente teria início no exercício financeiro de 2001.

Neste cenário, merece destaque para fundamentar a primazia da política pública de educação gratuita e obrigatória o princípio da não afetação. Na essência, este princípio estabelece que nenhuma parcela da receita total deverá ser reservada para suportar determinados gastos, porém o inciso IV do art. 167 ressalva, entre outras políticas, a reserva da receita geral para a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Observe-se que é manifesta a vontade do legislador de assegurar a concretude desta política.

Da análise do art. 5º da Lei 4.320/64, identifica-se o princípio da especialização ou discriminação da despesa, havendo, portanto, vedação de consignação de dotações orçamentárias globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvados os programas especiais de trabalho que, por sua natureza, não possam ser custeados por dotações globais, classificadas entre as despesas de capital.

O art. 165, § 8º, da CF torna evidente o princípio da exclusividade, para que a lei orçamentária tão só contenha matéria de natureza financeira, limitando-se, desse modo, a estimativa de receita e a fixação de despesas, ressaltando-se a proibição da possibilidade de autorização para a abertura de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. A ressalva também é observável no art. 7º da Lei 4.320/64.

Relevante não somente para o processo orçamentário é o princípio do equilíbrio, porquanto alcança a própria política fiscal fixada pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Tal princípio exige o permanente controle dos gastos e do endividamento dos entes federativos. Outros princípios há, porém, sem significativo relevo, já que devem ser observados em todos os atos da Administração Pública, como os de publicidade, clareza e exatidão.

A evolução que se observa nas funções do orçamento como instrumento de controle do Executivo pelo Legislativo, como instrumento de planejamento e como eficaz instrumento de gestão, leva a reconhecer a importância da programação orçamentária no processo de execução da política orçamentária. Porém, pela incompreensão ou incompetência dos gestores públicos quanto à elaboração da proposta, deixam-se de observar as políticas priorizadas pelo constituinte, especialmente a política pública de educação gratuita e obrigatória, submetendo-se a programação orçamentária à constante intervenção do Judiciário.

De relevo incontestável, antes mesmo de se destacar a intervenção do Judiciário na programação orçamentária, é a compreensão do caráter vinculativo da Lei do Orçamento público na teoria da lei.

Canotilho (1979, p. 543) adverte que a ausência de uma teorização jurídica dos problemas da constituição financeira demonstra bem a falta de resposta da ciência jurídica perante a crise do direito financeiro tradicional e correspondente arquétipo de Estado, e perante o aparecimento de novas formas de imbricação entre os problemas financeiros e os problemas constitucionais.

Nesta perspectiva, o orçamento figura como elemento fundamental na ordem constitucional, assim como a ordem financeira e a ordem econômica constituem um complexo normativo coberto e ordenado pela ordem constitucional.

Neste diapasão, mais que pertinente a existência de uma visão estrutural entre o direito e a economia em geral e o direito constitucional e o financeiro em particular. Canotilho (1979, p. 545) anota que a teoria da lei do orçamento foi elaborada pela dogmática positivista alemã, cujo fundamento foi a relação de tensão na monarquia dualista entre um governo que se pretendia com poderes originários e um Parlamento que se arrogava da legitimidade democrática.

Aduz Canotilho (1979, p. 545) que a lei do orçamento está indissociavelmente ligada à teoria do duplo conceito de lei. O duplo conceito de lei (em sentido material e em sentido formal) foi desenvolvido por Laband. Este duplo conceito transformou-se em dogma científico para a doutrina alemã de direito público, e por influência desta, das doutrinas francesa e italiana do direito financeiro e do direito constitucional.

Canotilho (1979, p. 547) assevera que a lei em sentido material pode ser definida como o ato jurídico que estabelece uma regra de direito, enquanto a lei em sentido formal seria qualquer ato emanado do Estado e afirmado sob uma forma solene. Canotilho (apud LABAND, 1979, p. 547) cita como exemplos de leis formais as leis de aprovação do orçamento, as leis de aprovação de tomadas de empréstimos e as autorizações. A lei em sentido formal consiste numa forma sob a qual se manifesta a vontade do Estado, sem relevo para o conteúdo da vontade.

Neste diapasão, a partir da construção teórica labandiana, com a distinção entre lei em sentido material e em sentido formal, o alcance da disposição da Constituição do Império Alemão segundo a qual o orçamento do Império será fixado por lei, significará, simplesmente, que o orçamento será estabelecido na mesma forma que uma lei ou por via legislativa.

Canotilho (1979, p. 548), externando a compreensão de Laband, destaca que o orçamento, embora seja do ponto de vista formal estabelecido por lei, não constitui uma verdadeira lei, mas um mero plano de gestão.

Ao investigar os autores que se debruçaram sobre a lei do orçamento e a teoria da lei, Canotilho (1979, p. 549) destaca que G. Jellinek caracteriza o orçamento como um ato de administração e não como ato de legislação material. Destaca que G. Jellinek foi mais além que Laband na distinção conceitual entre lei material e lei formal, conceituando como lei material aquela que tem por finalidade imediata limitar a atividade livre das pessoas. Caso possua outra finalidade, ela não é uma lei material, mas uma lei que segundo o seu conteúdo pode ser caracterizada como um ato administrativo.

Na investigação de Canotilho (1979, p. 549), para G. Jellinek o orçamento não contém regras de direito, mas números; o seu fim não é a delimitação de direitos e deveres, antes se dirige a uma regulamentação da atividade econômica do Estado. No mesmo sentido, Otto Mayer, destaca Canotilho (1979, p. 549), repisa a mesma ideia e afirma que a lei do orçamento não constitui, pelo seu conteúdo, mais do que uma conta, um cálculo, um plano de exercício futuro.

A doutrina do duplo conceito de lei de base germânica foi transplantada para estruturas político-constitucionais diferentes. Diz Canotilho (1979, p. 550) que na França, a doutrina edificada por Haurion, Duguit, Jèze e Esmerin, na

essência, reconhece que a aprovação do orçamento é um ato administrativo que se apresenta na forma de lei, mas não é uma lei ordinária.

Na mesma linha interpretativa, à época, desenvolveu-se a doutrina italiana, inspirada, da mesma forma, na doutrina germânica. Canotilho (1979, p. 551) destaca que Orlando reconhece que a lei do orçamento é imprópria, por ser impossível determinar nela qual a relação jurídica regulada. Na mesma senda, Santi Romano, cuja posição é a de reconhecer que a lei do orçamento se limita a tornar possível a arrecadação de receitas e a realização de despesas previamente estabelecidas.

A Revolução Francesa figura como marco construtivo da ruptura do conceito entre lei em sentido material e em sentido formal, isto porque o conceito de lei deve reconhecer a produção normativa da qual o povo participa.

Canotilho (apud HELLER, 1979, p. 552) destaca que o conceito de lei cobre fundamentalmente as normas jurídicas superiores emanadas da legislatura popular. Neste sentido, não se pode falar de leis meramente formais, porque toda deliberação emanada sob a forma legislativa do Parlamento constitui uma norma superior de direito.

Apesar de superado o duplo conceito de lei, pois suplantada a lógico-teorética do duplo conceito e os condicionamentos político-constitucionais de tal doutrina, persiste o entendimento de que a lei do orçamento continua a ser considerada como um ato legislativo *sui generis*.

É de se destacar que a lei do orçamento não pode revogar as leis materiais preexistentes que são criadoras de serviços públicos e que fixam despesas e estabelecem receitas. Neste sentido, Canotilho (1979, p. 554) destaca que a lei do orçamento tem o carácter de legislação vinculada, geral e constitucionalmente.

Ao se reconhecer o carácter de legislação vinculada, geral e constitucionalmente, é de se perquirir qual a consequência quando da recusa do Parlamento ao projeto de lei orçamentário. Este fenômeno já se efetivou no Estado brasileiro, mas tão somente no retardo da apreciação do projeto de lei orçamentário. Canotilho (1979, p. 556) assevera que o Parlamento tem o dever de apreciar o orçamento, mas não a obrigação de aprová-lo. Assim, a suposta

paralisa do Estado poderá ser superada pela prática de exercícios provisórios, e, em situação de ausência de instrumentos normativos próprios de superação, lança-se mão da ideia de estado de necessidade, nos termos gerais de direito.

Na produção legislativa do orçamento outro questionamento sempre se faz presente, a saber, se será admissível a introdução de alterações por parte do Parlamento. A solução pressupõe o disciplinamento na ordem constitucional. Se se reconhece a lei do orçamento como lei material e com a ideia de participação do Parlamento na fixação do plano orçamental, não se impede que os parlamentares proponham e aprovem alterações ao projeto de lei do orçamento.

No Estado brasileiro o que se identifica, por força do art. 165 c/c o art. 84, inciso XXIII, ambos da Constituição Federal, é a competência privativa do Presidente da República para enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstas na Constituição.

Fixada a competência exclusiva para a iniciativa legislativa, isto não significa que não pode o Parlamento oferecer proposta de alteração no projeto da lei de meios, contudo, as alterações devem obediência ao disciplinamento constitucional e aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não poderia ser outra a interpretação, já que a participação do Parlamento na produção da lei orçamentária é a garantia da liberdade individual dos cidadãos através da coparticipação dos seus representantes no processo de produção legislativa.

Neste sentido, Canotilho (1979, p. 574) preleciona que a competência própria do Parlamento não deve, porém, ser limitada ao domínio da legislação. A partir desta reflexão, reconhece-se que certos atos de direção política, a exemplo da lei orçamental, exige a reserva do Parlamento, devendo ser esta a compreensão para a intervenção do Parlamento na fixação do plano orçamental.

Canotilho (1979, p. 574-575) compreende que a fixação do plano financeiro é um ato de direção do Estado que exige a participação do órgão político democraticamente legitimado e representativo – o Parlamento. Neste contexto e ao contrário do que estava subjacente nas doutrinas do duplo conceito de lei e de reserva de lei, a intervenção parlamentar não se limita a uma atuação legislativa, cabendo ao Governo as tarefas de direção política.

Na verdade, como descreve Canotilho (1979, p. 575), as estruturas constitucionais parlamentares apontam para a necessária participação das assembleias representativas em atos de direção. E arremata: a fixação do plano orçamental é um ato desta natureza, justificando uma reserva de Parlamento.

O regime constitucional português, segundo Canotilho (1979, p. 576), no art. 164 da Constituição, ao disciplinar a competência política e legislativa da Assembleia da República, inclui nesta competência a aprovação das leis do plano e do orçamento (alínea r). Desse modo, o orçamento é aprovado através de lei (art. 164/r), donde se deduz a indispensabilidade de reserva absoluta de lei formal. Afirma Canotilho (1979, p. 576) que o sistema constitucional português faz coincidir a reserva do Parlamento e a reserva de lei na aprovação do plano financeiro.

A ordem constitucional brasileira contempla a reserva do Parlamento e a reserva de lei na construção dos planos e leis orçamentais, a exemplo da ordem constitucional portuguesa. Dispõe o art. 48, II, da Constituição Federal que compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, deliberar sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado.

Compete, também, ao Congresso Nacional o julgamento anual das contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. Na ampliação do disciplinamento da atuação do Parlamento e da lei, dispõe o art. 166 da CF que os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

No processo legislativo orçamental, o Parlamento pode introduzir alterações à proposta do Poder Executivo. Esta participação não fica mitigada, desviada ou arredada mesmo que estabelecidos os limites à iniciativa parlamentar, a exemplo da proibição de projetos que impliquem aumento de despesas ou diminuição de receitas.

A ordem constitucional brasileira estabelece no § 3º, I, II, alíneas “a, b e c”, III, alíneas “a e b”, § 4º e § 9º, do art. 166, os limites da atuação parlamentar. Dos

dispositivos normativos indicados constata-se que as emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas quando compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias e indicarem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal ou relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com dispositivos do texto do projeto de lei.

Na fixação dos contornos dos limites à iniciativa parlamentar, é de se realçar o comando do art. 63, I, da CF, o qual explicita que não será admitido aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressaltado o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º, da Carta da República.

No ambiente das limitações à iniciativa parlamentar, merece registro o § 9º do art. 166 da CF, que ao disciplinar as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária fixa o limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo metade deste percentual destinada a ações e serviços públicos de saúde.

No arcabouço constitucional brasileiro é inquestionável o reconhecimento da reserva do Parlamento e reserva de lei no desenvolvimento no processo legislativo orçamentário-financeiro, nele compreendido o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentária e a lei orçamentária anual, bem como a permissibilidade de atuação parlamentar no oferecimento de emendas aos projetos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, desde que observadas as limitações previstas na Carta Constitucional, não constituindo, as limitações, diminuição na intervenção ativa do Parlamento.

Canotilho (1979, p. 578), ao refletir sobre a problemática do controle de constitucionalidade da lei do orçamento, destaca que um primeiro argumento é ser esta uma lei simplesmente formal; assim, como o controle de constitucionalidade é um controle de normas, afasta-se liminarmente que as não normativas não estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade. Contudo, como já destacado, a lei do orçamento pressupõe a reserva do Parlamento e a

reserva de lei, portanto, não se pode utilizar o duplo conceito de lei para impedir que o controle de constitucionalidade se efetive.

Neste sentido, Canotilho (1979, p. 578) proclama que os textos constitucionais positivos não estabelecem graduação alguma dos atos legislativos que assegure uma base minimamente objetiva para a distinção entre lei normativas, sujeitas a controle de constitucionalidade, e leis formais, isentas desse controle. Conclui que ao se admitir a restrição de controle de constitucionalidade de lei materiais, isso representaria uma ruptura dos atos estaduais com a Constituição e a admissão de atos legislativos livres da Constituição.

Um argumento relevante a justificar o controle de constitucionalidade da lei do orçamento é a existência de efeitos concretos em relação ao cidadão, especialmente no financiamento de direitos prestacionais disciplinados na ordem constitucional como fixação de piso para a sua realização. Exemplo irrefutável são os pisos fixados para os entes federativos do Estado brasileiro, os quais concretizam a educação, a saber: a União aplicará, nunca, menos que 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

No âmbito da ordem constitucional portuguesa, Canotilho (1979, p. 579) anota que as finanças estaduais podem transformar-se em ingerência direta sobre os sujeitos econômicos e não se limitar a ter apenas reflexos. Para exemplificar que os atos financeiros estão a merecer maior atenção jurídica e a fundamentar a fiscalização dos particulares e se submeter ao controle de constitucionalidade, faz referência ao financiamento dos partidos políticos. Suscita o que seguinte questionamento: a inobservância do princípio da igualdade no financiamento dos partidos políticos admitirá ou não o controle de constitucionalidade?

Para fundamentar a resposta ao seu próprio questionamento, Canotilho (1979, p. 580) destaca que o problema se insere numa questão de âmbito mais vasto que é precisamente a do grau de discricionariedade dos órgãos parlamentares ou executivos na administração ou fixação de seus fundos públicos. Entretanto, no ambiente do *indirizzo político*, não é conferida ao

legislador uma margem de discricionariedade que o leve a dispor livremente dos princípios constitucionais.

Neste ambiente, desfaz-se a ideia de que a lei do orçamento é um simples cálculo de previsão de receitas e despesas, ou seja, um produto de números juridicamente indiferentes. Canotilho (1979, p. 581) reforça a ideia de que a lei orçamental deve ser compreendida como a aplicação de meios financeiros à prossecução de certos fins, aplicação esta que não pode furtar-se à observância dos princípios constitucionais e à respectiva fiscalização pelos órgãos de controle.

Sobre o controle de constitucionalidade da lei orçamental, em Portugal, é de se destacar a recente decisão que julgou inconstitucional disposição da lei orçamentária em função da ofensa ao princípio da igualdade. Christopoulos (2016, p. 198) destaca o Acórdão nº 187/2013, do Tribunal Constitucional português, que declarou inconstitucionais as normas do art. 21º e do art. 25º da Lei do Orçamento para 2012, cujo conteúdo normativo implementava repartição desigual de encargos públicos com o equilíbrio financeiro do Estado. Na essência, os dispositivos suspendiam os subsídios de férias e de Natal dos servidores ativos e de reformados e pensionistas, mas tal suspensão não alcança os trabalhadores ativos do setor privado. A desigualdade de tratamento maculava o princípio da igualdade, porquanto instituíam uma repartição desigual de encargos públicos como equilíbrio financeiro do Estado.

Christopoulos (2016, p. 198) observa que a deliberação do Tribunal Constitucional português argumenta de forma decisiva sobre a necessidade do controle de constitucionalidade principal no caso de lei orçamentária, o que denomina de “força obrigatória geral”.

No caso em comento, o Tribunal deliberou por declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por interpretar que os artigos 21º e 25º da Lei do Orçamento de 2012 violavam o princípio da igualdade, previsto no art. 13º da Constituição da República Portuguesa.

Dispõe o art. 13º da Constituição Portuguesa que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, e que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem,

religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

Este dispositivo normativo da Carta Constitucional portuguesa fundamentou a deliberação da Corte no reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Orçamentária de 2012 por macular a igualdade de tratamento aos servidores do setor público e do setor privado. Esta decisão consolida o entendimento de que a lei orçamental admite controle de constitucionalidade.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado o controle de constitucionalidade principal de leis e normas orçamentárias em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação de Constitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Christopoulos (2016, p. 291), a partir de amplo e profundo estudo sobre o controle de constitucionalidade, identifica como precedente a ADI 4.048. A deliberação da Corte lançada com argumentos deontológicos e argumentos consequencialistas jurídicos passaram a orientar a produção das demais, rompendo, até mesmo, com a exigência de demonstração de que a norma veiculada pela lei orçamentária possui natureza geral e abstrata, bastando tão somente que conste em veículo dotado de força de lei, como as leis ordinárias e as medidas provisórias.

Christopoulos (2016, p. 195) destaca que no controle principal, em que o Supremo Tribunal Federal se apresenta como instância inicial, questões orçamentárias que são sempre de grande relevo jurídico e social podem ser decididas pela instância máxima judicial do país.

Por não ser objeto da tese a análise das decisões sobre o controle de constitucionalidade de leis orçamentais, mas necessária a referência para confirmar a admissão de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, registram-se ao menos Ações Diretas de Inconstitucionalidade que orientaram a construção jurisprudencial sobre a matéria.

Christopoulos (2016, p. 289) refere as seguintes ADIs: ADI 1.640/DF, ADI 2100/RS, ADI 2.108/PE, ADI 2.535/MT, ADI 2.925/DF, ADI 4.048/DF, ADI 4.049/DF

e ADI 4.904/DF e conclui que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988, evoluiu, pois, primeiramente, reconhecia que leis orçamentárias eram consideradas leis homoganeamente concretas, insuscetíveis de controle por essas vias, como ADI. Na sequência, passou a admitir o controle de constitucionalidade quando as normas orçamentárias apresentam caráter abstrato; por fim, superou a exigência de caráter abstrato, reconhecendo a permissibilidade de controle sem a exigência de caráter abstrato e concreto da norma.

As referências doutrinárias e jurisprudenciais afirmam que o Supremo Tribunal Federal evoluiu na construção da tese de submeter as leis orçamentais a controle de constitucionalidade principal, pela relevância social e jurídica identificável nas leis orçamentais.

No contexto da legislação orçamental, comprovada a possibilidade de controle de constitucionalidade, impõe-se observar, na sequência, a extensão da intervenção do Judiciário no curso da execução orçamentária, porém delimitando a intervenção na efetivação da política pública a instrumentalizar o direito à educação fundamental obrigatória e gratuita.

O princípio da anualidade constitui um dos pilares do orçamento. Neste cenário, elaborada a proposta e submetida à apreciação e à aprovação, os gestores deverão executar as ações governamentais com fundamento na programação orçamentária fixada da Lei Orçamentária Anual.

Ocorre, porém, que a política pública de educação obrigatória e gratuita, como dito anteriormente, foi concebida como direito subjetivo público, assegurada a sua universalização. Diante de sua prestação insatisfatória, o Judiciário, a partir da Constituição de 1988, tem sido o destinatário das mais diversas ações para a efetivação das ações positivas concernentes ao Estado.

Ranieri (2009b, p. 41-42) afirma que a Constituição brasileira, ao definir o dever do Estado com a educação e o seu comprometimento nacional com a construção de uma sociedade justa e solidária, estabelece a educação – direito de todos – como um bem jurídico, dado o seu papel fundamental para o desenvolvimento da pessoa e para o exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Torna-se inevitável o processo de judicialização da política pública de realização do direito à educação obrigatória e gratuita quando o ente federativo deixa de realizar as ações para a efetivação da referida política. Indiscutível que a judicialização implica intervenção do Judiciário na programação financeira. Assim, resta saber quais os contornos de tal intervenção.

Sobre a atuação do Judiciário na efetivação da política pública de promoção do direito à educação, Ranieri (2009b, p. 45) esclarece que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria educacional tem acompanhado a evolução desta política, reconhecendo ser inegável a atuação da Corte no que concerne à implantação de políticas públicas educacionais. Esta intervenção é fruto do Estado Social, do qual se exigem atuações interventivas para a concretude dos direitos sociais positivados.

Ainda Ranieri (2009b, p. 51), em lapidar reflexão sobre a intervenção do Judiciário no processo de concretude da política pública educacional, acrescenta que o Estado de Direito é um conceito formalmente jurídico, não o sendo o Estado Social. Portanto, as limitações do primeiro são de natureza técnica, voltadas à preservação do dualismo Estado/Sociedade, do que resulta a circunscrição do fenômeno do poder ao seu contorno constitucional. Quanto ao Estado Social, adverte a autora que este é politicamente ativo, desempenha funções interventivas e praticamente desconhece o dualismo Estado/Sociedade. Assim, é possível que determinadas intervenções venham a ultrapassar os limites do Estado de Direito em favor das aspirações sociais, tendo como consequência a alteração do caráter geral das normas.

As intervenções operadas pelo Judiciário para a efetividade das políticas públicas, em particular a política pública educacional, decorrem da utilização dos mecanismos judiciais previstos na ordem constitucional e na ordem infraconstitucional.

Pannunzio (2009, p. 69-71) identifica, na intervenção do Judiciário, os seguintes mecanismos: mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Menciona a ação judicial prevista no

art. 5º, § 3º, da LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96).

O dispositivo legal aludido preceitua que o cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público têm legitimidade para peticionar perante o Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal. Destaque-se ser gratuita a ação judicial e processada pelo rito sumário. Tais intervenções estão consolidadas na Justiça brasileira, porém há controvérsias.

Mendonça (2008, p. 231) assevera que críticas são sempre levantadas sobre a intervenção do Judiciário, sob o fundamento de que os magistrados não dispõem de legitimidade democrática para formular escolhas acerca do melhor emprego dos recursos públicos escassos, sobretudo por uma suposta incapacidade técnica, uma vez que o Judiciário não estaria estruturado para considerar realidades macroeconômicas e ponderar efeitos sistêmicos.

Como já advertido, essas críticas em parte são razoáveis, contudo, não podem alcançar os direitos sociais consagrados na Carta Constitucional, porquanto as escolhas dos gestores necessitam da observação das políticas descritas de forma abrangente, especialmente a política pública educacional. Não foi sem razão que o Superior Tribunal de Justiça, para bem dimensionar a intervenção do Judiciário no processo de execução orçamentária, ressaltou que não cabe a este Poder impor ou obrigar a Administração Pública a praticar atos administrativos.

Oliveira (2011, p. 477-478) destaca a decisão nos seguintes termos: “As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelos governantes”. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que aqueles devem edificar.

A lei orçamentária equaciona os dois elementos essenciais da atividade financeira do Estado – receita e despesa. Nesta equação o que se busca é o equilíbrio, e na busca desse equilíbrio a execução orçamentária deveria se processar sem sobressaltos decorrentes das intervenções do Judiciário. Nesse

sentido, a lei orçamentária representa uma escolha do legislador para a viabilidade das políticas públicas, em razão de sua disponibilidade financeira, devendo, em regra, ser cumprida nos limites instituídos.

Observa Mendonça (2008, p. 255) que a lei orçamentária não pode tudo; também reconhece inexistir fundamento para supor que o orçamento deva valer mais do que as leis em geral. Porém, isso não significa dizer que tudo é possível pelo fundamento acima, senão que a possibilidade de intervenção deve ser reconhecida quando o gestor e o legislador deixam de observar as prioridades contidas na Carta Constitucional, já que as escolhas não estão subordinadas ao arbítrio, mas à discricionariedade legal. Assim, se a ordem constitucional priorizou a política pública de educação obrigatória e gratuita, é dever dos atores públicos torná-la efetiva e sem possibilidade de retrocesso.

Mendonça (2008, p. 271) afirma que ao Judiciário compete verificar a existência de deveres jurídicos e subjetivos decorrentes da ordem jurídica e assegurar a sua realização, acrescentando que ao magistrado incumbe atuar com cautela.

Oliveira (2011, p. 478) chega à mesma conclusão ao sentenciar que há situações em que a interferência do Poder Judiciário se faz necessária. Esta interferência, como afirmam todos os estudiosos da temática, deve se concretizar quando do descumprimento manifesto de direitos sociais positivados da Carta Constitucional, restando estabelecida na própria ordem a sua primazia. Explícita ainda que, ante a desobediência das instâncias governamentais, nasce a sanção pertinente, e para que os princípios e normas constitucionais sejam cumpridos, faz-se imprescindível a intervenção do Poder Judiciário.

É de se destacar que o Poder Judiciário não institui nem estabelece a política pública educacional, mas reconhece e determina o dever do Estado de realizá-la, a fim proteger e promover a norma constitucional garantidora do direito subjetivo fundamental à educação obrigatória e gratuita, em face da ação omissiva do Estado em fazê-lo nos limites fixados pela ordem constitucional, sem que provoque desequilíbrio orçamentário, mas tão somente para corrigir a escolha inadequada dos gestores.

Retoma-se neste cenário a velha, a nova e a futura discussão: como compatibilizar a disponibilidade de recursos com os direitos sociais tutelados pela Constituição Federal?

Oliveira (2011, p. 479) estuda este cenário e o aborda sob o fundamento do voto do ministro Celso Melo na ADPF nº 45 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental): em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, com a finalidade de controlar as opções legislativas de organização e prestação. A intervenção é reconhecida de forma excepcional, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

Para fortalecer os argumentos do voto, o ministro sentencia que deve restar superado o vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação de serviços públicos básicos no Estado Social. Com maior firmeza, no sentido de afirmação da intervenção do Judiciário, acrescenta o ministro que “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como direitos”.

A afirmação da mais alta Corte da Justiça brasileira não deixa dúvidas acerca da possibilidade de intervenção do Judiciário, como também não nega que as escolhas efetivadas pelos demais órgãos do Estado devem ser consideradas e respeitadas, porém revela que no Estado Social não se pode negar a existência dos direitos sociais que exigem ação positiva por parte do Estado.

Ao observar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria educacional, Ranieri (2009b, p. 58) afirma que entre ambiguidades, avanços e retrocessos, a jurisprudência do STF propiciou significativos progressos na proteção do direito à educação e na definição do âmbito e dos limites da atuação estatal. Destaca como notáveis os debates sobre a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico para a efetivação do programa educacional enunciado pela Constituição.

Pannunzio (2009, p. 76) sustenta que a justiciabilidade do direito à educação é afirmação incontestada, concretizada por intermédio dos mecanismos judiciais internos de acionamento do Poder Judiciário. E, no estudo percuciente

que realizou, identifica no Supremo Tribunal Federal, no período 1988 a 2009, 33 (trinta e três) acórdãos que versam sobre matéria educacional.

As decisões indicadas neste trabalho demonstram a mesma linha de afirmação da justiciabilidade do direito à educação, porém todos os acórdãos que afirmam o direito à educação como um direito subjetivo público e a necessidade de sua concretude, a partir de ações positivas, registram, também, a sua pertinência com o princípio da reserva do possível.

O que se deseja a partir da discussão nos próximos tópicos é verificar se há espaço na ordem constitucional e infraconstitucional para se conciliar o princípio da reserva do possível com o princípio da proibição do retrocesso, utilizando-se a teoria da interpretação da Constituição e a interpretação dos princípios. A discussão objetiva estabelecer uma nova observação no sentido de se discutir a existência desse espaço nas decisões judiciais para obstar o retrocesso da política pública educacional brasileira, como instrumento de proteção e promoção do direito fundamental, sem que se pretenda com isso negar a existência do princípio da reserva do possível, pois só se concretizam as políticas públicas com a existência de suporte financeiro.

## **CAPÍTULO 5 – O PROBLEMA DA ASSIM CHAMADA RESERVA DO POSSÍVEL E SUAS DIMENSÕES NO BRASIL**

O Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, consolidou o entendimento da eficácia das normas constitucionais, sem, contudo, suscitar significativa discussão sobre as limitações financeiro-orçamentárias para a concretude dos direitos subjetivos por aquelas asseguradas.

Pimenta (2012, p. 7), com base na teoria da “reserva do possível”, fundada na experiência alemã, questiona se existe uma fórmula capaz de compatibilizar a aplicação desta concepção jurisprudencial com a eficácia inerente às normas constitucionais que asseguram direitos subjetivos.

O reconhecimento de eficácia das normas constitucionais afirmado pelo Supremo Tribunal Federal pressupõe a compreensão da eficácia das normas jurídicas. Pimenta (2012, p. 8) identifica três acepções na teoria do direito, a saber: aptidão para produzir efeitos jurídicos; produção de efeitos jurídicos; e aplicabilidade.

É de se compreender como aptidão para produzir efeitos jurídicos a denominada eficácia técnica, ou seja, a identificação se na estrutura da norma, a partir da fonte formal do direito, estão descritos os âmbitos de validade material, pessoal, temporal e espacial. Pimenta (2012, p. 8) afirma que se trata de uma questão intranormativa, ou seja, a análise da eficácia em comento é interna à norma.

A produção de efeitos jurídicos que corresponde à eficácia semântica exige a compatibilidade entre a hipótese normativa e o suporte fático exigido para a atuação da norma. Diz Pimenta (2012, p. 8) que o descompasso entre o plano dos fatos e o da norma importará na ausência desse tipo de eficácia.

Neste ambiente, presentes as modalidades eficaciais (eficácia técnica e eficácia semântica), a norma jurídica incidirá, gerando o fenômeno da jurisdicização do suporte fático. Pimenta (2012, p. 8) ressalta que a aplicabilidade da norma jurídica representa a sua eficácia legal, que corresponde à eficácia da regra jurídica correspondente à sua incidência.

Pimenta (2012, p. 8) ressalta, ainda, a denominada eficácia social (efetividade), que significa a produção dos efeitos previstos pela norma no plano dos fatos, por ter sido voluntária ou coativamente cumprida por seu destinatário. É de se observar que a eficácia social pressupõe a existência das demais modalidades eficaciais.

Segundo Pimenta (2012, p. 8), comprovados os planos eficaciais, e com base na eficácia técnica, é que as normas jurídicas, e não apenas as normas constitucionais, podem ser classificadas em normas de eficácia plena, contível e limitada.

Entende-se por norma de eficácia plena a função eficaz obtida sem a colaboração de outra regra; de eficácia limitada, quando necessita da ajuda de outra norma; e, de eficácia contível, quando é de eficácia plena, mas admite a possibilidade de outra norma restringir a produção de efeitos.

Pimenta (2012, p. 8) observa que as funções eficaciais geradoras da classificação acima exposta manifestam-se em duas categorias: positiva e negativa. Justificando sua escolha de graus, exemplifica com uma regra de outorga de competência: a principal função é a positiva, aparecendo a negativa de forma secundária. Desta forma, quando a CF outorga competência exclusiva à União para legislar sobre direito penal, faculta uma ação positiva e, secundariamente, gera uma função negativa aos demais entes da estrutura de Estado para legislar sobre a matéria penal.

Com o advento de novas missões sociais atribuídas aos Estados Constitucionais, especialmente após a 1ª Guerra Mundial, os textos constitucionais passaram a inserir dispositivos enunciativos de direitos econômicos e sociais, não mais se limitando à consagração de direitos civis e liberdades políticas.

Destaca Pimenta (2012, p. 9) que a mudança de postura nas Cartas Constitucionais fez surgir as normas constitucionais programáticas. Estas passaram a representar a fórmula adequada de reconhecimento de novos direitos, em sede constitucional, mesmo que, na sua origem, constituem tais normas conselhos, declamações ou exortações, período este já superado nos Estados de Direito e Social.

Com a finalidade única de classificar as normas programáticas para a inserção da educação obrigatória e gratuita na estrutura classificatória e contextualizar a sua efetividade no ambiente do princípio da reserva do possível, destaca-se a proposta apresentada por Pimenta (2012, p. 10-11). Este assevera que as normas programáticas podem ser classificadas em quatro grupos: a) normas programáticas em sentido estrito, que exigem a edição de legislação futura para a atuação do programa que veiculam (ex.: arts. 186, 174, § 1º, e 173, § 4º, da CF); b) normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, que vinculam todos os órgãos públicos à sua observância, como os dispositivos enunciativos dos arts. 6º, 196 e 205 da Carta Magna; c) normas programáticas meramente definidoras de programas, que podem ser identificadas pelo enunciado do art. 144 da CR; d) normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado, que são disciplinadoras do sistema organizacional do Estado, contemplando, inclusive, os de natureza econômica e social, conforme se observa nos arts. 170 e 193 da CF.

Interessam na discussão as normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, porquanto são veiculadoras dos chamados direitos fundamentais sociais. Essa modalidade de direito fundamental poderá ser satisfeita por meio de prestações normativas ou fáticas. Nesta, como nas demais modalidades, por serem as normas constitucionais eficazes, como já afirmado em passagens outras, geram direito subjetivo.

Nesta diversidade de posições jurídicas, o direito subjetivo à educação obrigatória e gratuita está a exigir do Estado a implementação de providências materiais, ou seja, de prestações fáticas, por intermédio dos mais diversos meios. Nesta diversidade de situações jurídicas, a realização dos direitos subjetivos poderá exigir a destinação de recursos financeiros pelo Estado, especialmente para a concretude do direito à educação obrigatória e gratuita, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência buscam apresentar uma solução satisfatória em decorrência da limitação dos recursos financeiros. Ressalte-se que a missão está a exigir argumentos deontológicos e consequencialistas para compatibilizar a equação receita x despesa.

Irrefutável que a satisfação de direitos subjetivos a prestações fáticas impõe a realização de custos financeiros ao Estado, sem que se deixe de reconhecer que a satisfação dos direitos à prestação negativa também exige custos do ente estatal, porém não na mesma relevância econômica das prestações positivas.

Sarlet & Figueiredo (2010, p. 28-29) identificam limites de duas naturezas para o Estado dispor das prestações reconhecidas pelas normas constitucionais outorgantes dos direitos que estão a exigir prestações positivas, a saber: a) limite fático, que se relaciona à disponibilidade efetiva de recursos; b) limite jurídico, pois há um limitado poder do Estado em dispor do objeto do direito reconhecido. Pimenta (2012, p. 12), como exemplo da segunda modalidade de limitação, realça a impossibilidade de determinado ente de realizar determinada conduta, por esta não se enquadrar no âmbito de suas competências constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem gradualmente avançado no reconhecimento da efetividade do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, mas sempre destacando a pertinência com o princípio da reserva do possível, renovando o debate sobre a adequada aplicação da reserva do possível para o reconhecimento de relevante direito social.

No cenário contemporâneo, observa-se o estudo sobre a construção de uma fórmula que melhor possa equacionar o problema da limitação fática para a realização de relevante direito subjetivo – *educação fundamental obrigatória e gratuita* – na perspectiva de superação do limite de recurso financeiro, a partir da intervenção do Judiciário. Este se utiliza, ainda, de uma construção teórica surgida na Alemanha, no início dos anos de 1970.

Pimenta (2012, p. 12) registra que a teoria da reserva do possível surgiu em um julgamento do primeiro Senado do *Bundesverfassungsgericht*, ocorrido em 18 de julho de 1972, denominado caso “*numerus clausus*”, realizado em sede de controle de constitucionalidade das leis que tratavam de limitação ao acesso à Faculdade de Medicina das Universidades de Hamburgo e da Bavária.

Para melhor entender a teoria da reserva do possível, necessário se faz conhecer os suportes fáticos motivadores de sua construção. Pimenta (2012, p. 12-13) anota que, primeiramente, a lei da Universidade de Hamburgo fixa em seu

§ 17º, I, que o acesso para algumas Faculdades poderia ser limitado, quando necessário à capacidade de absorção da Universidade, com o objetivo de assegurar o adequado estudo na área de especialidade. Fixava, ainda, que as limitações ao acesso à Universidade poderiam ser disciplinadas por regulamentos de admissão, levando o Conselho Acadêmico (Senado) a fixar, para o semestre de verão de 1970, que 60% seriam preenchidas pelo critério de desempenho e 40% pelo princípio anual. O primeiro critério considerava as notas do certificado de matrícula, e o segundo critério alcançava os candidatos que tivessem prestado serviço militar ou serviço comunitário.

Já a Lei do Estado da Bavária, de 8 de julho de 1970, continha as seguintes limitações, a saber: a) a admissão seria limitada pelo critério da necessidade de conservação de um determinado estabelecimento de ensino, guardada a adequação com a sua capacidade de absorção; b) fixava critérios de vagas e continha uma autorização para a regulamentação ser efetivada pelo Ministério da Cultura da Bavária.

Destaca Pimenta (2012, p. 13) que a Corte reconheceu que o art. 12, inciso I, da Grundgesetz, que garante a liberdade de profissão, está a exigir do Estado uma ação negativa, impedindo desta forma a edição de normas limitadoras para o acesso ao sistema educacional. Assim, não se trata apenas de uma função de proteção contra intervenções do poder público, mas também de uma exigência para que o Estado moderno assegure, por força dos direitos fundamentais, uma efetiva participação em prestações estatais. Como conclusão, a Corte entendeu que a interpretação do art. 12, I, combinado com o art. 3, I, da GG e o mandamento do Estado Social garantiriam ao cidadão um direito subjetivo ao preenchimento dos pressupostos subjetivos à admissão da Faculdade da sua escolha, admitindo-se, portanto, a fixação de limites de acesso.

Observa Pimenta (2012, p. 13) que, no julgado, não se identifica restrição ao direito de participação aos existentes, contudo, este se submeteria à reserva do possível, mormente ao que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir do Estado. Extrai-se, portanto, que incumbe, primeiramente, ao legislador a responsabilidade de realizar o julgamento sobre a capacidade do Estado Fiscal de realizar

prestações estatais, sem descuidar de outras preocupações da comunidade, mantendo-se o equilíbrio geral econômico.

Pimenta (2012, p. 12) identifica como elemento nuclear da teoria a existência de limitações orçamentárias à realização das prestações asseguradas por dispositivos constitucionais, competindo, primeiramente, ao legislador compatibilizar as prestações estatais com a realidade fiscal, fazendo com que as prestações estatais sejam suportadas pela capacidade orçamentária. Assim, o indivíduo somente pode exigir o que a sociedade lhe pode oferecer em condições razoáveis.

Sarlet & Figueiredo (2010, p. 30), em lapidar e irretocável interpretação do elemento nuclear da teoria da reserva do possível, identifica três dimensões, a saber: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos necessários à efetivação de direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos humanos e materiais – que se refere à distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas –; c) proporcionalidade e razoabilidade da prestação postulada pelo cidadão.

Não há como não se reconhecer que os direitos que estão a exigir prestações estatais podem sofrer limitações jurídicas e fáticas em decorrência da ausência de recursos financeiros suficientes para a concretude de uma providência estatal, mas a restrição há de ser submetida a ponderação, especialmente quando o direito reclamado é a educação fundamental obrigatória e gratuita.

O que historicamente vem se propondo para a resolução dos limites impostos pela ausência de recursos financeiros suficientes visando à realização satisfatória do direito subjetivo à educação obrigatória e gratuita é a utilização da lei da ponderação, a fim de sopesar princípios em conflito.

O emprego da ponderação como instrumento de solução do conflito será revisitado no curso do estudo, sobretudo para fundamentar o ato de julgar no ambiente constitucional, intentando efetivar direitos subjetivos realizáveis mediante prestações estatais. Parece oportuno observar a sua aplicabilidade na perspectiva da doutrina brasileira para o enfrentamento da limitação jurídica e fática resultante da reserva do possível.

Pimenta (2012, p. 13) afirma que o único caminho existente para resolver o problema da colidência de direitos fundamentais prestacionais com a ausência de recursos suficientes para sua realização é a aplicação da ponderação. Reconhece que em determinados casos poderá ter um peso maior um princípio orçamentário, em detrimento de um direito fundamentado numa norma que exigia ação positiva estatal. Noutra, haverá a inversão dessa colidência.

O que se afigura como ponto convergente na utilização da ponderação para a resolução do conflito é a preponderância do direito prestacional social mínimo. Como exemplos, podem ser destacados a educação fundamental e um patamar mínimo de sobrevivência, entre outros. Nesta linha de raciocínio, a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, mesmo dependente de suportes orçamentário e financeiro, cuja adequabilidade exigirá dos poderes constituídos as melhores escolhas.

Assim, não parece acertado Torres (2010, p. 74) quando afirma que a proteção do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Assim, afastar a aplicação da reserva do possível não significa a inexistência de políticas públicas e a não dependência de orçamento. O que se reconhece é que as prestações positivas representam maior relevância econômica, exigindo a disponibilidade de recursos financeiros mais expressivos.

As razões financeiras jamais poderão ser afastadas, mesmo para a preservação do mínimo existencial; o que se exige é a formulação orçamentária, alocando, no limite da capacidade fiscal do ente federativo, os recursos mínimos necessários à satisfação do elemento nuclear do direito fundamental positivado na Constituição.

Neste ambiente, é de fundamental importância romper o equívoco de parte da doutrina que confunde a não incidência da reserva do possível com o afastamento de disponibilidade de recurso financeiro na peça orçamentária para a realização do mínimo existencial, isto porque não se admite a fruição de direitos sem a existência de recursos financeiros, sejam menos ou mais expressivos.

No entanto, a não alocação de recursos na lei orçamental ou a alocação insuficiente para a realização dos direitos subjetivos, destacando-se, especificamente, a educação fundamental obrigatória e gratuita, exigirá o controle jurisdicional dos atos omissivos e comissivos dos atores responsáveis pela realização das prestações materiais.

Adverte Pimenta (2012, p. 14) que quando os atores dos demais Poderes do Estado alegarem a inexistência de recursos financeiros para a efetivação de direitos prestacionais, a incidência do princípio da reserva do possível deverá provar a alegação. Na essência, está a afirmar que a teoria não poderá ser utilizada para impedir um maior grau de efetividade dos direitos fundamentais.

Pimenta (2012, p. 15), sobre a judicialização de direitos prestacionais, identifica elementos imprescindíveis para orientar a intervenção na realização do direito subjetivo pretendido, quais sejam: a) identificar a razoabilidade e a proporcionalidade da pretensão, isto por força, nem sempre, da ausência de conhecimento sobre as possibilidades financeiras do ente – como exemplo, lança a postulação da construção de uma escola, quando, na verdade, o direito poderia ser reconhecido com a disponibilidade de vaga em escola pública já existente; b) identificar se a providência material postulada se insere no âmbito das competências do ente público a figurar com o réu na demanda; c) realizar a ponderação, caso o Poder Público utilize a reserva do possível para a não realização da prestação material.

Nesta perspectiva, impõe-se conhecer como o constituinte disciplinou o financiamento da educação. O art. 212 da CF determina que a União aplique, no mínimo, 18% da receita resultante de seus impostos na educação, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão, no mínimo, aplicar 25%, também, da receita resultante de seus impostos. O adimplemento dos percentuais mínimos estabelecidos pela Constituição deve ser respeitado e comprovado ao término de cada exercício financeiro anual, devendo ser acrescido ao montante de recursos o ganho líquido do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação).

É de se destacar que os percentuais fixados constituem o mínimo para União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, compreendendo, portanto, o piso

e não o teto, o que não impede que os entes federativos possam elevar os percentuais para a realização efetiva desse direito fundamental de natureza prestacional. Na preservação do percentual mínimo para a satisfação do elemento nuclear do direito à educação, o § 4º do art. 208 ressalva que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, ambos descritos no inciso VII do mesmo dispositivo, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

A vinculação expressa na Carta Constitucional tem por objetivo garantir a alocação de recursos para atender, especificamente, à realização da política pública de educação. Com pertinência, Gonçalves & Ribeiro Jr. (2013, p. 37) destacam que os valores vinculados são os resultantes de impostos (não dos recursos orçamentários, nem tributos em geral, ou seja, imposto entendido como o tipo de tributo que é, segundo a classificação do Código Tributário Nacional).

No ambiente constitucional, a vinculação de um piso para a satisfação do direito à educação permite inferir que o constituinte pretendeu garantir um mínimo existencial para tão relevante direito fundamental. Há uma unanimidade de que a educação é um veículo de construção do plano de vida de todo e qualquer cidadão. A própria Carta Constitucional, no art. 205, dispositivo que inaugura o disciplinamento constitucional sobre o direito à educação, enuncia que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A vinculação constitui um dever ao Estado na realização do mínimo necessário à educação, sem que isto represente ofensa ao poder discricionário dos atores estatais no exercício da atividade legislativa e administrativa. O que se pretende com a fixação do piso é orientar as ações dos entes federativos na concretude no direito fundamental à educação. Neste contexto, inexistente controvérsia sobre o percentual mínimo a ser aplicado; a controvérsia, por vezes suscitada, dá-se na exata compreensão do que corresponde às despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino.

Gonçalves & Ribeiro (2013, p. 37) observam que a temática “despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino” já aparenta ser ampla e passível de questionamentos e interpretações, de conformidade com os entendimentos dos Tribunais de Contas. Para reflexão, traz o julgado do Tribunal de Contas de Santa Catarina.

Gonçalves & Ribeiro (2013, p. 37) mencionam o Processo PDA-06/00534618, do Tribunal de Contas de Santa Catarina, cujo relator destacou que a não destinação das verbas nos exercícios de 2006 a 2010, em decorrência da não contabilização pela Secretaria da Fazenda de recursos angariados ao FUNDOSOCIAL, para as áreas de saúde e educação, resultantes de créditos relativos ao ICMS, constitui subavaliação da receita tributária, diminuindo, desta forma, os valores a serem aplicados nas políticas públicas de educação e saúde.

Na modulação da decisão, a Corte de Contas de Santa Catarina, ao reconhecer a subavaliação da receita tributária, determinou que, a partir da deliberação, a Secretaria de Estado da Fazenda efetuassem o repasse da parte que cabe às áreas da educação e da saúde, arrecadada pelo FUNDOSOCIAL, com a contabilização dos créditos relativos ao ICMS.

A deliberação da Corte de Contas de Santa Catarina é diretiva para os agentes públicos do Poder Executivo Estadual, de promover a alocação de recursos destinados ao FUNDOSOCIAL, sem a prática de conduta irregular na contabilização de créditos relativos ao ICMS. A subavaliação constitui conduta irregular, a ensejar sanções de natureza administrativa aos gestores, porquanto compromete sobremaneira os recursos que se destinam a custear despesas com direitos prestacionais relevantes: educação e saúde.

A deliberação do Tribunal de Contas de Santa Catarina é um exemplo de como os Órgãos que atuam no microssistema legal promovem intervenção para assegurar o avanço do processo de inclusão social. Em adição à composição desse microssistema legal, é de se registrar a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Consumidor (Lei 8.078/90), sem que se desconheça a existência de outros instrumentos legais de efetividade de direitos prestacionais.

Para contextualizar a referência à deliberação da Corte de Contas, ressalta-se que nos mais diversos níveis de governo identifica-se a preocupação com a composição de recursos para custear as despesas com a educação. A educação é reconhecida como direito fundamental e indisponível dos cidadãos; portanto, é dever do Estado dirigir ações viabilizadoras de sua efetividade. Este dever é imposto pelo preceito veiculado no art. 205 da Constituição Federal; desta forma, qualquer conduta irregular, como a aludida deliberação da Corte de Contas de Santa Catarina, constitui afronta à Constituição.

Sem que se pretenda afastar-se das dimensões da aplicação da reserva do possível no ambiente da ordem constitucional brasileira, por força do registro do caráter vinculativo de receitas para suportar os custos do direito prestacional em evidência – educação –, impõe-se o retorno sobre a dimensão da aplicação da reserva do possível na perspectiva do STF.

Não se distanciando da problemática da educação obrigatória e gratuita, é de se registrar que o precedente inaugural sobre a reserva do possível, no STF, efetivou-se com a prolação de decisão monocrática, em 31 de janeiro de 1997, da lavra do ministro Celso de Mello, que, no exercício da presidência, indeferiu pedido de suspensão de medida cautelar concedida por juiz de Direito do Estado de Santa Catarina, que havia determinado o custeio de tratamento de saúde de uma criança portadora de distrofia muscular de Duchene.

A decisão reconhece a eficácia da norma que consagra a saúde, sob o argumento da imprescindibilidade da medida cautelar determinada pelo Poder Judiciário de Santa Catarina, que estabeleceu o custeio da realização de transplante das células mioplásicas, por constituir a única intervenção capaz de salvar a vida da criança e pela impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as suas dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º). Estes configuram elementos que, associados a um imperativo de solidariedade humana, não permitem o deferimento da pretensão formulada pelo Estado de Santa Catarina (STF, Pet 1246 MC/SC, rel. min. Celso de Mello, DJ 13/2/1997).

Afirmada a efetividade do direito prestacional, impunha-se ao ministro Celso de Mello a realização de juízo de ponderação para afastar o argumento de impossibilidade de cumprimento da determinação judicial em face do ônus financeiro a recair nos cofres do Poder Público estadual. Para superar o argumento do ônus financeiro que causaria ao Poder Público, o ministro consignou que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável, prescrito no art. 5º, *caput*, e fazer prevalecer, contra esse direito fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, este conflito, por razões de ordem ético-jurídica, exige uma única posição: o respeito indeclinável à vida (STF, Pet 1246 MC/SC, rel. min. Celso de Mello, DJ 13/2/1997).

Na identificação do processo evolutivo de construção da aplicabilidade do princípio da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal, é de se registrar o julgamento da ADPF nº 45, ocorrido em abril de 2004, contra o veto do Presidente da República sobre o § 2º do art. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias. A ADPF foi julgada prejudicada, em face de o Presidente da República ter, posteriormente, encaminhado projeto de lei restabelecendo a integralidade do dispositivo, cujo conteúdo disciplinava a fixação de recursos financeiros mínimos para as ações e serviços de saúde.

Relevantes foram os argumentos utilizados pelo relator sobre o tema pautado pela ADPF nº 45. Primeiramente, mais uma vez afirmou a competência do STF na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, sob o fundamento de que o não reconhecimento constituiria violação positiva ou negativa da Constituição. No voto, o relator delimitou os limites excepcionais na formulação de políticas públicas, destacando que a Suprema Corte não tem atribuição para formular e implementar políticas públicas, porém observado e comprovado o não cumprimento dos encargos político-jurídicos dos órgãos estatais responsáveis imediatos pela concretude dos direitos individuais e/ou coletivos de estatura constitucional, o Poder Judiciário não pode manter-se inerte.

Reconhecida a competência, balizada a excepcionalidade na implementação de políticas públicas, o relator passou a enfrentar os limites da aplicação do princípio da reserva do possível. No voto, o relator não desconhece

que a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais exige suporte financeiro condicionado à lei orçamental do Estado. Desta forma, o intérprete pode deixar de considerar a finitude de recursos e deliberar se o bem jurídico pretendido poderá ser exigido por via judicial.

No processo interpretativo, o relator conclui que os limites impostos pela reserva do possível resultam num binômio, compreendendo, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em juízo, e, do outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para concretizar dos direitos vindicados.

No ano de 2005, nos autos do RE nº 410715, tendo como relator o ministro Celso de Mello, DJ 3/2/2006, figuram como partes o Ministério Público e o Município de Santo André, julgado este já destacado anteriormente (para manter a ordem cronológica da construção de precedentes sobre a aplicação da reserva do possível, impõe-se ser este revisitado). Na linha dos julgamentos anteriores, o Pretório Excelso consagrou as seguintes afirmações sobre a educação infantil: a) o direito à educação infantil é um direito fundamental de toda criança, positivado na Carta Constitucional, no art. 208, IV, que não se submete à avaliação meramente discricionária da Administração Pública; b) é competente o Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas, quando a omissão do Poder Público comprometer a eficácia dos direitos sociais e culturais previstos na Carta da República; c) a implementação dos direitos econômicos e sociais depende da realização de prestações positivas pelo Estado, que importam em custos financeiros.

Observa-se coerência argumentativa sobre a aplicação do princípio da reserva do possível. No julgamento em comento, o ministro relator ressalta que a realização do direito vindicado é gradual, em decorrência dos custos financeiros que devem guardar adequabilidade com a capacidade orçamentária, contudo, não se pode admitir que o Poder Público manipule a atividade financeira para criar obstáculo à concretização dos direitos fundamentais.

Pimenta (2012, p. 17) registra que em julgados posteriores, que também enfrentavam a concretização da educação, houve a afirmação de idêntico posicionamento. No ano de 2011, enfrentando o tema educação infantil, destaca

Pimenta (2012, p. 19) que no julgamento do ARE nº 639.337, a Corte ratificou a sua jurisprudência, enfatizando, em síntese, os seguintes argumentos: a) a fundamentalidade do direito à educação; b) a competência do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas, em face de omissão do Poder Público; c) a impossibilidade de alegação da cláusula da reserva do possível pelo Estado para se esquivar do cumprimento de um dever constitucional, salvo mediante a comprovação de incapacidade econômico-financeira do ente estatal; d) a incapacidade econômico-financeira do ente estatal impede a efetivação imediata, mas vincula o ente ao cumprimento do comando estatal, seja de forma progressiva, seja com soluções alternativas.

Anota Pimenta (2012, p. 19) que com a aderência aos fundamentos descritos, o tribunal determinou que o Município de São Paulo assegurasse os direitos das crianças, viabilizando em favor destas a matrícula em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus representantes legais.

No ambiente dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas para garantir acesso aos direitos fundamentais prestacionais e a aplicação da cláusula da reserva do possível, podem-se extrair de sua jurisprudência as seguintes diretrizes: a) competência incontroversa do Poder Judiciário para implementar políticas públicas; b) a implementação da política pública pressupõe omissão do ente estatal na concretização de direitos fundamentais; c) os direitos fundamentais prestacionais exigem para sua realização a existência de disponibilidade de recursos financeiros; d) os recursos financeiros são finitos e compatíveis com a realidade fiscal do ente estatal; e) não se reconhece o emprego da cláusula da reserva do possível sem a efetiva comprovação da escassez de recursos; f) não se admite manipulação da atividade financeira para gerar obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais; g) a ponderação como elemento de compatibilização do direito social vindicado e a capacidade orçamentária; h) preservação do mínimo existencial, nos limites orçamentários; i) a garantia do mínimo existencial exigirá soluções alternativas e compatíveis com a disponibilidade econômico-financeira.

Compreendidos os parâmetros que devem nortear a aplicação da reserva do possível no ambiente das decisões judiciais que objetivam a efetivação de direitos prestacionais, mormente a política de educação, é de se destacar uma variável ainda não identificada nos julgamentos da Corte Suprema brasileira, mas já refletida pela doutrina portuguesa, quando da existência de dois outros cenários: crise econômico-financeira e estado de exceção.

Miranda (2017a, p. 544) ressalta que, excepcionalmente, para além de dificuldades circunstanciais, pode ocorrer crise, mais ou menos prolongada, que interfira nas condições de concretização dos direitos sociais.

Miranda (2017a, p. 545) ressalta a crise ocorrida em vários países europeus, entre eles Portugal, em 2011, a exigir a celebração de dois “memorandos de entendimento”, um com o Fundo Monetário Internacional e outro com a União Europeia e o Banco Central Europeu, cujo conteúdo, entre outros compromissos, tratava da obrigação de contenção de despesas públicas, de aumento de receitas e de realização de reformas em várias áreas. Ressalta ainda Miranda (2017a, p. 546) que as obrigações assumidas nos “dois memorandos de entendimento” têm requerido da Corte portuguesa uma intensa atuação, exigindo que das 24 questões de inconstitucionalidade, em 12 fossem emitidas decisões positivas.

Miranda (2017a, p. 546) identifica como elementos balizadores das decisões da Corte Portuguesa, diante da grave fiscal, “a relevância do interesse público; a absoluta excepcionalidade das finanças públicas; a urgência na obtenção de receitas; a situação de grave dificuldade financeira do Estado e o desequilíbrio da segurança social”. Ademais, reitera que a Constituição não pode ficar alheia à realidade econômica e financeira.

O reconhecimento de que a ordem constitucional portuguesa não pode ficar alheia à situação fiscal do Estado não lhe retira a autonomia normativa que impede a prevalência dos objetivos econômicos e financeiros, sem limites, sobre parâmetros normativos como o da igualdade, o que está a exigir da Corte o emprego do princípio da proporcionalidade e da proteção da confiança.

Miranda (2017a, p. 547) destaca que apesar da crise fiscal, o Estado Português não chegou a um estado de exceção ou de necessidade econômico-

financeira, figura autonomizável homóloga ou semelhante ao estado de sítio ou ao estado de emergência. Reconhece, porém, a existência de alterações significativas e até de suspensão de normas definidoras de direitos derivados a prestações, não se identificando a suspensão das próprias normas constitucionais de direitos sociais fundamentais.

No desenvolvimento da tese, as decisões dos Tribunais Superiores sobre a efetivação da educação serão dissecadas e analisadas, apesar de referidas em contextos anteriores, pela pertinência com os temas em diálogo na pesquisa. Sobre a atuação jurisdicional, preliminarmente aqui referida, algumas observações se fazem necessárias.

Infere-se da reflexão que a hipótese única de suspensão de efetivação dos direitos fundamentais – sem deixar de considerar a possibilidade de mitigação diante de grave crise fiscal – dá-se quando da existência de estado de sítio, provocado por efetiva agressão com ocupação de parte do território nacional ou provocada por extrema subversão da ordem constitucional. (MIRANDA, 2017a, p. 548).

Miranda (2017a, p. 548) apresenta quatro condicionantes ou balizas aos poderes públicos, para o enfrentamento de efetivação dos direitos fundamentais, em face de crise fiscal, dissociada na conexão com o estado de sítio, a saber: a) garantia do mínimo existencial, correspondente ao mínimo material imposto pela dignidade da pessoa humana; b) respeito aos princípios da universalidade, da igualdade e da proporcionalidade; c) prévia autorização parlamentar; d) funcionamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e de legalidade.

Na essência, o que se extrai dos elementos balizadores, externados pela doutrina e pela jurisprudência pátria e portuguesa, na atividade dos mecanismos de controle de constitucionalidade e legalidade, em face de crise fiscal, a fazer incidir a cláusula da reserva do possível, é a ponderação dos princípios invocados – para a concretude dos direitos prestacionais e para a capacidade econômico-financeira do ente, a fim de suportar o custo do direito vindicado.

Em adição às balizas edificadas pelo Supremo Tribunal Federal para densificar a aplicação da reserva do possível, não se pode deixar de considerar

no processo interpretativo o enunciado normativo do art. 22 da Lei 12.376, de 2010 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que determina que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Ainda, por pertinente, para a atividade dos mecanismos de controle de constitucionalidade e legalidade e para o reconhecimento da incidência da reserva do possível, é de se destacar o comando normativo do art. 23 do mesmo diploma legal. Este determina que a decisão administrativa, de controle e judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever de condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente, sem prejuízo aos interesses gerais.

A discussão sobre a existência de solidez fiscal para custear o Estado Social em constante e permanente evolução explicita a importância que o conjunto de impostos e arrecadações exerce na renda nacional.

Piketty (2014, p. 462) afirma que os impostos representavam menos de 10% da renda nacional em todos os países no século XIX até a primeira Guerra Mundial. Este percentual indicava que o Estado se envolvia muito pouco na vida econômica e social.

À época, a atividade estatal limitava-se a cumprir as grandes funções soberanas; portanto, o percentual aproximado de 10% permitia atender à realização com segurança, justiça, exército, relações exteriores, administração geral e outras ações estatais, a saber: estradas, infraestruturas mínimas, certo número de escolas e hospital, mas realizados de forma precária para a grande massa.

Piketty (2014, p. 463) destaca que nos países desenvolvidos, em especial, Suécia, França, Reino Unido e Estados Unidos, no período de 50 anos, a participação dos impostos na renda nacional foi multiplicada por um fator de pelo menos três ou quatro (às vezes por cinco, como nos países nórdicos). Registra, ainda, que a estabilização na participação nos impostos se deu entre os anos de

1980 e 2010. Esta estabilização se deu em níveis diferentes entre os países, a saber: Estados Unidos, pouco mais de 30% da renda nacional; no Reino Unido, em torno de 40%; na Alemanha, 45%; na França, 50%; e na Suécia, 55%.

A transformação elevada dos percentuais corresponde ao processo de construção do Estado Social no curso do século XX. Piketty (2014, p. 465) identifica que a alta na participação da arrecadação nas riquezas produzidas permitiu ao poder público cuidar de missões sociais cada vez maiores. Entre as mais relevantes se acham a educação e a saúde.

Piketty (2014, p. 465) assinala que as despesas públicas com educação têm o objetivo de possibilitar a igualdade de acesso de toda criança à formação, independentemente da renda de seus pais. Não se pode deixar de reconhecer que a elevação na participação da renda representa um elevado progresso histórico, pois permitiu a edificação de um conjunto de direitos fundamentais, com maior relevo para o direito fundamental à educação.

No Brasil, considerando o período de maior densificação dos direitos fundamentais, seja por ações positivas dos agentes públicos, seja por determinação de implantação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, compreendendo, para fins comparativos, o período de 2002 a 2016, a participação da arrecadação nas riquezas produzidas alcançou estabilidade.

A carga tributária no Brasil, segundo estudo realizado pelo Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, da Receita Federal, permaneceu em 2017 entre 31,37% e 32,28%. No exercício de 2007 verificou-se o maior percentual, 33,66%; e 32,38% em 2016.

A referência aos percentuais de incidência na renda nacional para a efetivação das missões sociais de responsabilidade do Estado não objetiva advertir que os recursos estatais são finitos, pois constituem a capacidade da sociedade de contribuir para uma melhor redistribuição fiscal. Tem-se com a regular e eficiente atividade financeira do Estado a composição de total de receitas. Impõe-se, a partir da exata realidade fiscal do ente federativo e da instrumentalização dos recursos, por intermédio da legislação orçamental e mediante os elementos de otimização da receita e de racionalização das despesas, a realização da atividade orçamentária.

Depreende-se, portanto, que sempre exigirá um teto a ser estabelecido para o Estado compor a receita destinada à efetivação de todas as missões da atividade estatal. Assim, a alteração do quadro fiscal somente se alcança por duas vias: a elevação da carga tributária e/ou a eficiência na atividade econômico-financeira.

Neste ambiente constitucional, impera a necessidade de bem compreender o papel do STF e do STJ na efetivação do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, como instâncias superiores a orientar a intervenção do Poder Judiciário no enfrentamento do problema dos limites e das restrições dos direitos fundamentais, em decorrência de questões já suscitadas no curso desta reflexão, como imposições constitucionais orçamentárias e de receita, proporcionalidade, razoabilidade, proibição do retrocesso social, mínimo existencial e núcleo essencial.

Cabe agora refletir sobre os pisos constitucionais de recursos e os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.

## **CAPÍTULO 6 – LIMITES E POSSIBILIDADES DE REALIZAÇÃO DO DFEOG EM FACE DA RESERVA DO POSSÍVEL NO QUE CONCERNE AOS PISOS CONSTITUCIONAIS DE RECURSOS E AOS LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Refletir sobre o direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita no contexto da reserva do possível e dos pisos constitucionais exige identificar sempre a dimensão internacional e interna deste direito e sua função precípua na construção da cidadania, mesmo reconhecendo os mais diversos registros já realizados no curso do estudo, pois a fundamentalidade deste direito é essencial para a superação dos limites que lhe são impostos pela finitude de recursos e pelos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Já há registro no estudo sobre os instrumentos internacionais que disciplinam diretrizes para o respeito aos direitos humanos, delimitando para a educação alguns dispositivos normativos que merecem relevo, por força do compromisso do Estado brasileiro no tocante à sua efetivação. O art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla na sua essência que ao homem é de se assegurar o direito à instrução, devendo ser esta gratuita e obrigatória, ao menos nos graus elementares e fundamentais. De relevância, no mesmo dispositivo, é a finalidade a que se presta a instrução, qual seja: orientar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalecer o respeito aos direitos do homem e das liberdades fundamentais. A instrução também se apresenta como instrumento de promoção da compreensão, da tolerância e da amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos.

A preocupação com o direito à educação é observada no artigo XII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no qual se identifica que toda pessoa tem direito a educação, que deve inspirar-se nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humana. Daí se extrai a existência do princípio da universalidade. Baruffi (2009, p. 112) realça que não deve ser qualquer educação, e sim uma educação de qualidade, fundada, também, nos princípios da liberdade, da moralidade e da solidariedade humana.

A educação de qualidade proporcionará ao homem a formação necessária para sua subsistência digna, diminuindo as desigualdades sociais e a discriminação presente nas classes sociais menos privilegiadas.

Na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, identifica-se, também, a universalidade. O princípio VII consigna que a criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. A educação na perspectiva do princípio deverá favorecer sua cultura geral, a lhe permitir, em condições de igualdade e oportunidade, o desenvolvimento de suas aptidões, sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral, podendo, desta forma, ser útil à sociedade.

Neste diapasão, prescreve, em síntese, o art. 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, que os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa à educação, com a concordância de que a educação objetivará o pleno desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade, a fim de fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A exemplo das diretrizes já referidas nos compromissos internacionais, identifica a educação como veículo de capacitação das pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecendo a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos. A efetivação do direito à educação constituirá instrumento de fomento das atividades das Nações Unidas para a preservação da paz.

Na base normativa internacional, é de se destacar que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, no art. 26, reconhece a educação como uma garantia que deve ser consolidada mediante a adoção de providências, no âmbito interno e com cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, com a finalidade de alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais, sobre a educação, a ciência e a cultura.

Baruffi (2009, p. 114), ao reconhecer ser a educação um direito fundamental, consigna que a sua efetividade pressupõe investimento satisfatório

dos Estados na garantia da melhoria das condições de realização da cidadania, ou seja, melhorias econômicas e sociais e um eficaz investimento no direito à educação.

No arcabouço normativo internacional, observa-se, ainda, a universalidade da educação no art. 28 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de setembro de 1990, do qual se extrai a diretriz de que a criança tem direito à educação e que, para o exercício deste direito, incumbe aos Estados-partes tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos.

Sem a necessidade de revisitar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, temática enfrentada na primeira parte do estudo, infere-se que o direito à educação, reconhecido no ambiente das diretrizes internacionais como integrante dos direitos humanos, caracterizado pela universalidade, obrigatoriedade e gratuidade em determinados níveis, ao ser positivado na ordem constitucional interna, é direito fundamental tipicamente social (art. 6º da CF).

Ao se compreender que os direitos humanos, quando positivados na ordem constitucional interna, passam a constituir direitos fundamentais, a exemplo da educação, não se o tem como condicionante para o cumprimento dos direitos humanos declarados na normativa internacional, pois a vigência dos direitos humanos independe de declaração nas Constituições, dada a exigência de se respeitar a dignidade humana.

No âmbito interno, a Constituição Federal, nos artigos 205 e 206, determina que a educação constitui direito de todos e dever do Estado e da família, incumbindo, também, à sociedade a sua promoção e incentivo, objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua capacitação para o trabalho. A educação como direito de todos e dever do Estado tem como fonte de sua ação a igualdade, a liberdade, a pluralidade e a gratuidade.

Em estreita observância às diretrizes internacionais, o constituinte positivou na Carta Constitucional de 1988, em seu art. 208, inciso I, que a educação básica será obrigatória e gratuita, dos quatro aos 17 anos de idade, devendo o Estado assegurar sua oferta a todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

A fim de positivar a incorporação deste direito ao patrimônio de seus destinatários, o § 1º do art. 208 da CF consignou que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, registrando, no § 2º do mesmo dispositivo, que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importará em responsabilidade da autoridade competente.

A Emenda Constitucional nº 59/09, ao dar nova redação ao art. 214 da CF, assinalou como veículo de execução do dever estatal de concretizar a educação, o Plano Nacional de Educação, com vigência de dez anos, a ser instituído mediante lei, cuja finalidade é promover a articulação do sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas.

As ações integradas dos poderes públicos devem ser encetadas, nos termos da Lei 13.005, de 25 de junho de 2014, para: a) erradicar o analfabetismo; b) universalizar o atendimento escolar; c) melhorar a qualidade do ensino; d) formar para o trabalho; e) promover capacitação humanística, científica e tecnológica do país; f) estabelecer meta de aplicação de recursos públicos em educação com proporção no produto interno bruto.

Já demonstrada na primeira parte do estudo, a fundamentalidade material do direito à educação decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, fonte axiológica de todo o ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana é explicitada no art. 1º, III, da CF, figurando como elemento nuclear constitucional supremo, sendo, portanto, o princípio da dignidade humana basilar da República Federativa do Brasil, e a educação um direito essencial à formação do ser social.

É necessário que se compreenda a aplicação do princípio no contexto dos direitos fundamentais formal e materialmente descritos na ordem constitucional. Sobre o tema, Sarlet (2015b, p. 117) indica a existência de uma relação *sui generis* entre a dignidade e os direitos fundamentais, visto que a dignidade da pessoa assume (em muitos casos) simultaneamente a função de elemento e

medida dos direitos fundamentais. Neste contexto, a violação do direito fundamental implicará ofensa à dignidade da pessoa.

Reafirmando a posição anteriormente destacada, o não oferecimento do ensino obrigatório e gratuito ou seu oferecimento de forma irregular viola o direito fundamental à educação e, como consequência, macula de forma exponencial a dignidade de seu destinatário, pois inviabiliza a sua formação como ser social.

A disciplina constitucional sobre a educação impulsionou o legislador infraconstitucional a editar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, que reproduz as diretrizes internacionais e a normativa constitucional sobre a relevância da educação na construção do ser social, destacando a educação como veículo propulsor da convivência humana – na família, no trabalho, nas instituições formais de ensino, na sociedade organizada e nas manifestações culturais. Ainda, determina que a educação é dever da família e do Estado, inspirada, entre outros princípios, na liberdade e nos ideais de solidariedade.

Em harmonia, destaque-se, mais uma vez, com a normativa internacional e constitucional, o art. 4º, incisos I e IX, da LDB, determina que o ensino fundamental será obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria. A oferta do direito à educação deverá obedecer a padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e a quantidade mínima, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem.

Na concretude do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, intenta-se que sua concretude se efetive de forma voluntária pelos entes federativos responsáveis, mas não ocorrendo o oferecimento e/ou o oferecimento irregular, o art. 5º da Lei nº 9.394/96 reconhece a titularidade do cidadão, de grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e ao Ministério Público para acionar o Judiciário.

O conjunto de dispositivos normativos internacionais, constitucionais e legais assegura que a educação constitui um direito fundamental, formal e material da pessoa humana, devendo o Estado e a família, com a colaboração da

sociedade civil, empreenderem todos os esforços para a sua realização com padrões mínimos de qualidade. No âmbito interno, como se verá, o constituinte fixou piso para o financiamento, e não teto, numa demonstração de que os entes devem privilegiar a alocação de recursos para a sua concretude.

De logo, registre-se que a realização de direitos prestacionais pressupõe a disponibilidade de recursos e a obediência a limites estabelecidos na normativa fiscal e orçamental. A questão está em exigir melhores escolhas, em face da finitude de recursos, e na construção argumentativa para justificar a efetivação do direito subjetivo à educação, quando da judicialização desse direito.

A ordem constitucional brasileira, no art. 212, determina que a União aplique, no mínimo, 18% da receita resultante de seus impostos na educação, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%, também, da receita resultante de seus impostos. O cumprimento dos percentuais mínimos estabelecidos pela Constituição exige comprovação ao término de cada exercício financeiro anual, devendo ser acrescido ao montante de recursos o ganho líquido do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação).

O dispositivo normativo, referido anteriormente, disciplina os percentuais mínimos a serem aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, fixando, desta forma, o piso, e não teto. De fato, a fixação do piso permite que os entes federativos possam elevar os percentuais para a realização efetiva desse direito fundamental de natureza prestacional. Na preservação do percentual mínimo para a satisfação do elemento nuclear do direito à educação, o § 4º do art. 208 ressalva que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, ambos descritos no inciso VII do mesmo dispositivo, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

A existência de limite mínimo para a execução da política educacional comprova a vontade do constituinte de assegurar a efetividade do direito, a garantir o mínimo necessário à salvaguarda do elemento nuclear do direito fundamental prestacional, mas medidas eficazes devem ser adotadas para evitar

manipulação na atividade financeira estatal. É de se perguntar: há mecanismos de acompanhamento da atividade financeira?

No curso deste estudo, já foi destacada a edição da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual estabeleceu normas de finanças públicas dirigidas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. Na essência, o conjunto de dispositivos normativos da LRF tem por finalidade sedimentar o regime de gestão fiscal responsável, com a implementação de mecanismos legais a orientar a administração pública no emprego regular de sua capacidade fiscal.

MARTINS e col. (2001, p. 11) compreende a Lei de Responsabilidade Fiscal como um código de conduta gerencial a ser observado e cumprido na condução da coisa pública. Este código de conduta fixa limites, estabelece controle e oferece elementos balizadores do processo de receitas e despesas da administração pública. De imediato, é de se registrar a inexistência de incompatibilidade entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e as normas gerais de direito financeiro.

MARTINS e col. (2001, p. 11) anota que a Lei de Responsabilidade Fiscal oferece subsídios à compreensão da temática fiscal, em sinergia com a legislação orçamental. De fato, a sinergia entre as legislações fiscal e orçamental deve orientar e fundamentar a tomada de decisões do gestor público no contexto financeiro.

Para a questão suscitada – *como acompanhar a atividade financeira para evitar manipulação?* –, o art. 48 da Lei nº 101/2000 fornece a resposta, pois institui como instrumentos de transferência da gestão fiscal: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Identifica-se, ainda, como de fundamental importância no exercício da transparência e controle da atividade financeira, a participação popular nas audiências públicas que devem ser estabelecidas no curso do processo de elaboração e de discussão dos planos, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei

orçamental, conforme reza o parágrafo único do art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

MARTINS e col. (2001, p. 335) reconhece que o dispositivo identifica a relevância do princípio da transparência, o qual passa a exercer a relevante função de fornecer subsídios para o debate sobre finanças públicas, permitindo uma maior fiscalização dos órgãos competentes e da própria sociedade. A transparência ampla e efetivamente materializada legitima a atividade financeira dos gestores públicos.

MARTINS e col. (2001, p. 335) afirma que a LRF tem como fonte a gestão orçamentária responsável, conforme se observa do art. 1º, cujos objetivos são: a) evitar os déficits; b) reduzir a dívida pública; c) adotar política tributária racional; d) preservar o patrimônio público; e) promover a transparência das contas públicas. Com os objetivos alcançados pode-se afirmar que o dinheiro foi aplicado na forma previamente convencionada na legislação fiscal e orçamental.

MARTINS e col. (2001, p. 337) ressalta que a Lei de Responsabilidade Fiscal inspirou-se no *Fiscal Responsibility Act 1994*, da Nova Zelândia, em que se observa uma série de mecanismos para aumentar os relatórios sobre matérias fiscais, cujos propósitos são monitorar a consistência dos objetivos fiscais propostos pela lei com a atividade fiscal do Estado e implementar a transparência para as contas públicas.

A transparência da atividade financeira do Estado é maximizada com a efetiva participação popular, mediante a realização das audiências públicas, pois a participação da sociedade pode contribuir na identificação de carências sociais, por vezes não perceptíveis ou não reconhecidas pelos agentes da atividade financeira. Enfatiza-se a importância da participação popular para a alocação de recursos visando à concretude da educação obrigatória e gratuita, assim reconhecida, previamente, na discussão da atividade financeira, tal como a necessidade de novas escolas ou a disponibilidade de novas vagas para determinada comunidade. Alocadas as verbas necessárias, não haveria necessidade de judicialização do direito fundamental prestacional.

MARTINS e col. (2001, p. 337) indica dois pontos significativos da participação popular e da realização de audiências públicas, a saber: a) maior

legitimidade dos instrumentos de realização da atividade financeira; b) os instrumentos da atividade financeira são maximizados em sua qualidade com a interação entre a sociedade e o Poder Público. Registra, entretanto, a ausência, por vezes, de acuidade dos gestores, na percepção das carências sociais. Já a participação popular, por intermédio dos diversos entes sociais, pode contribuir para o aprimoramento dos instrumentos impulsionadores da atividade financeira.

No ambiente fiscal é impositivo o reconhecimento da finitude de recursos, mas já se identificam instrumentos que podem e devem ser utilizados a fim de potencializar a capacidade financeira, a partir de um adequado e eficaz planejamento na alocação de recursos, com responsabilidade na gestão fiscal e transparência da construção dos instrumentos.

Cumpra-se assegurar a participação popular e a realização de audiências públicas para diagnosticar as carências sociais mais relevantes, com ênfase para a concretude do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita. Esta atuação preventiva evitará a judicialização, e mais, consolidará a sinergia da normatiza internacional, constitucional e legal sobre o direito à educação.

A questão da realização do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita não se resolve exclusivamente com a gestão fiscal responsável, pois limites outros existirão e deverão ser enfrentados pelo Poder Público. É de se destacar que observações sobre possíveis variáveis foram analisados no desenvolvimento do estudo, até mesmo com a análise de julgados das Cortes Supremas do Brasil e de Portugal, dos quais foram extraídos elementos norteadores para a aplicação da cláusula da reserva do possível.

Pode-se afirmar que no ambiente fiscal e orçamental, onde a finitude de recurso é fator incontroverso, a realização do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita deverá observar, seja na fase de construção dos instrumentos de realização da atividade financeira do Estado, seja na fase judicializada, algumas diretrizes, tais como: 1) os direitos fundamentais prestacionais exigem para a sua realização a existência de disponibilidade de recursos financeiros; 2) os recursos financeiros são finitos e compatíveis com a realidade fiscal do ente estatal; 3) não se reconhece o emprego da cláusula da reserva do possível sem a efetiva comprovação da escassez de recursos; c) não

se admite manipulação da atividade financeira para gerar obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais; 4) a ponderação como elemento de compatibilização do direito social vindicado com a capacidade orçamental; 5) a preservação do mínimo existencial, nos limites orçamentais; 6) a garantia do mínimo existencial exigirá soluções alternativas e compatíveis com a disponibilidade econômico-financeira.

Neste ambiente de gestão fiscal, é de se refletir sobre os limites de gastos com pessoal, limite que, decerto, poderá repercutir nos recursos humanos destinados à efetividade do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita. A Lei de Responsabilidade Fiscal dedicou um capítulo próprio sobre o tema, a fim de que o gestor observe o regramento para a realização de sua conduta responsável na gestão fiscal e orçamental.

As reflexões sobre os limites são renovadas, nesta oportunidade, pois o estudo se encaminha para indicar as vias de afastamento dos limites fiscais para a concretude do direito à educação obrigatória e gratuita, consciente, entretanto, de que considerações genéricas foram apresentadas na abertura desta segunda parte da pesquisa.

Para melhor compreender os limites de gastos com pessoal, é necessário que se apresente um conceito pertinente a tais gastos. Na despesa total com pessoal foram abrangidos: 1) servidores públicos em atividade, ocupantes de cargo, função ou emprego, sem nenhuma distinção quanto à natureza do vínculo, permanente ou transitório, estatutário ou celetista, civil ou militar; 2) inativos, abrangendo o aposentado, o servidor em disponibilidade e o militar reformado; 3) pensionistas; 4) mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e membros de Poder.

Nesses gastos estão incluídos vencimentos, vantagens fixas e variáveis de qualquer natureza, subsídios, proventos de aposentadoria, reformas e pensões, adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. O § 1º do art. 18 determina que sejam contabilizados como “outras despesas de pessoal” os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos.

MARTINS e col. (2001, p. 133) adverte que com a inclusão desse tipo de despesa no item “outras despesas com pessoal”, institui-se vedação à possibilidade de celebração de contratos dessa natureza para o exercício de atividades próprias de servidor público, se, com isso, se ultrapassar o limite de despesas com pessoal fixado no art. 19 da Lei nº 101/00.

Para atender aos gastos e ao art. 169 da Constituição Federal, o art. 19 da LRF fixou o limite de despesa com pessoal para cada ente da federação. Para a União é fixada uma alíquota de 50%, e para os Estados e Municípios, uma alíquota de 60%. O Distrito Federal, apesar de não expressamente mencionado no dispositivo, encontra-se abrangido pela expressão, conforme se observa no art. 1º, § 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No art. 20 da LRF, o legislador definiu a repartição dos limites globais, limitando aos Estados e aos Municípios, entes responsáveis pela implementação das políticas públicas dirigidas à relação do direito à educação obrigatória e gratuita, identifica-se: 1) na esfera estadual, 3% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; 6% para o Judiciário; 49% para o Executivo e 2% para o Ministério Público; 2) na esfera municipal, 6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, onde houver; e 54% para o Executivo.

Os percentuais estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para despesas com pessoal são delimitadores da política de pessoal para as diversas áreas dos entes estatais. De fato, aos gestores incumbe, especialmente aos chefes dos Poderes Executivos estadual e municipal, formatar uma política de recursos humanos dentro dos limites, mas que possa compor o quadro de professores e demais agentes públicos responsáveis pela política de educação fundamental e obrigatória, a fim de equalizar as oportunidades educacionais e atender a um padrão mínimo de qualidade do ensino.

A educação fundamental obrigatória e gratuita é reconhecida pelo Poder Judiciário brasileiro como direito subjetivo público, portanto, plena e imediatamente exigível perante os órgãos jurisdicionais, importando, inclusive, na responsabilidade da autoridade competente pela implementação da política pública educacional.

O art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao fixar os contornos de verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 da mesma lei, instituiu as vedações aos Poderes quando a despesa com pessoal exceder 95% dos limites. Fica, desta forma vedada: a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição; a criação de cargo, emprego ou função; a alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; o provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança.

Observa-se, pela relevância do direito à educação, que a recomposição do quadro de servidores da área de educação, quando da vacância de cargos, por aposentadoria ou falecimento de servidores, não encontra vedação, mesmo que as despesas com pessoal já tenham alcançado o limite de 95% da alíquota de despesa total com pessoal, no âmbito do Poder Executivo.

MARTINS e col. (2001, p. 159), ao refletir sobre a exceção prevista no inciso IV do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal, assevera que a exceção é plenamente justificável, por se tratar de serviços essenciais que constituem dever do Estado, como imposto pela própria Constituição (arts. 144, 196 e 205). Adverte, ainda, que o dispositivo teria alcance mais significativo se houvesse previsto a reposição, nessas áreas, em outros casos de vacância, como os que decorrem de exoneração, dispensa ou demissão de servidor.

No § 1º do art. 19 da Lei Complementar nº 101/00, são identificadas outras despesas que devem ser excluídas dos limites estabelecidos para as despesas com pessoal: a) de indenização por demissão de servidores ou empregados; b) relativas a incentivos à demissão voluntária; c) derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição; d) decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18; e) com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União, na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19; f) com

inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes da arrecadação de contribuições de segurados, da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da CF e das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto de alienação de bens, direitos e ativos, bem como superavit financeiro.

Entre as despesas excluídas dos limites de gastos com pessoal, impõe-se refletir sobre a descrita no inciso IV do § 1º do art. 19 da LRF – decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18.

MARTINS e col. (2001, p. 141) esclarece que o fato de uma das espécies remuneratórias referidas no art. 18 decorrer de decisão judicial não impede a sua inclusão no limite de despesa, desde que seu pagamento corresponda a vencimento, subsídio ou vantagem pecuniária devidos em mês incluído no período de competência. O que não será computado para fins de obediência aos limites estabelecidos são os valores anteriores ao período de apuração, mas a espécie remuneratória resultante da decisão judicial deve ser considerada no limite de despesa com pessoal.

MARTINS e col. (2001, p. 141) esclarece que a exclusão referida deve ser interpretada em consonância com o § 2º do art. 19, cujo enunciado prescreve: “observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

Neste cenário de limites fiscais, ressalvadas as hipóteses destacadas, a providência primeira e mais eficiente dos gestores na execução da política educacional para sua equalização e padrão mínimo de qualidade é fazer cumprir o comando do art. 10 da Lei 13.005/2014, que determina que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios necessariamente devem consignar dotações orçamentárias suficientes para cumprir as diretrizes, metas e estratégias definidas no PNE e com os respectivos planos estaduais, distrital e municipais de educação, a fim de viabilizar suas plenas execuções.

Na busca de realização da Política Nacional de Educação, o art. 3º, inciso I, da Lei 13.249, de 13 de janeiro de 2016, que institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019, elenca as metas inscritas no Plano Nacional de Educação como prioridades da administração pública federal para o atual quadriênio do seu ciclo orçamentário.

Neste ambiente normativo, assegurar o direito à educação exige a consciência de humanidade, a fim de que nas práticas cotidianas dos integrantes do meio social do Estado os direitos humanos sejam cotidianamente respeitados e reconstruídos, em especial por intermédio da educação.

A educação no Brasil sinaliza avanços, como sugere estudo realizados pela UNICEF BRASIL, porém em 2015, 2,8 milhões de crianças e adolescentes de quatro a 17 anos estavam fora da escola no Brasil. Pode-se, assim, afirmar que os avanços não chegaram a todos. A exclusão afeta principalmente as camadas mais vulneráveis da população. No ano de 2007, existia no Brasil 1,8 milhão de crianças e adolescentes, entre sete e 14 anos, que permaneciam fora da escola. Os números do estudo demonstram que a educação do Brasil, mesmo com o processo de universalização iniciado da década de 1990, necessita de ações mais efetivas dos entes governamentais, como também de decisões judiciais que possam afastar limites para efetivar, ao menos, o elemento nuclear do direito à educação – *possibilitar igualdade de oportunidades a crianças e adolescentes, por meio da equalização da educação e ofertar ensino de qualidade mínima*.

O estudo do UNICEF orienta que além do desafio de universalização da educação, há a necessidade de que o conteúdo escolar propicie adequada aprendizagem, e mais, evite-se a evasão escolar, com o enfrentamento de problemas complexos, como a falta de conexão entre o que é ensinado e a realidade dos alunos, a discriminação de crianças e adolescentes pobres, LGBT, deficientes e, ainda, a necessidade de trabalhar e a gravidez na adolescência. Tais fatores, quando inadequadamente enfrentados, levam à construção de um cenário de exclusão e vulnerabilidade.

Este cenário de exclusão e vulnerabilidade se contrapõe à definição lapidar de direitos fundamentais de Sarlet (2015a, p. 79), que reconhece os direitos

fundamentais como posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição. Assim, foram as posições jurídicas retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), como também as que, por seu conteúdo e relevância, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal. É na extensão da definição que se insere o direito à educação fundamental obrigatória e gratuita.

A eficácia do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita tem como imediata aplicação, independentemente de seu disciplinamento formal na Carta Constitucional, o comando do art. 5º, 1º c/c § 2º, da CF de 1988, de caráter principiológico, o que admite uma aplicação ampla, que vai além do âmbito formal. O caráter de princípio dos direitos fundamentais permite interpretação vasta, para além da capacidade do legislador. A educação fundamental obrigatória e gratuita é, assim, um valor arraigado ao próprio indivíduo, sujeito de direito do Estado Social de Direito.

Apesar do reconhecimento incontestado da ciência do direito em afirmar que o direito à educação fundamental obrigatória e gratuita deve ser ofertado eficazmente, o Poder Judiciário desde 1990 é instado a promover intervenções. Tais intervenções, pelos dados do UNICEF, não têm alterado de forma substancial a realidade da educação no Estado brasileiro, mesmo com o reconhecido avanço na universalização.

Na judicialização futura para ampliar e assegurar um padrão mínimo de qualidade na pública dirigida à educação obrigatória e gratuita, o Poder Judiciário haverá de enfrentar as disposições da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que com o objetivo de reduzir o endividamento público, promoveu uma limitação durante 20 exercícios financeiros quanto à atuação do Estado no atendimento às necessidades primárias da população, isto por força da edição do Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

No novo regime fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino, apesar de tratamento mais benéfico, constituirão limite nos investimentos para as duas áreas. No exercício de 2017 restou preservado o reajuste no montante para as aplicações mínimas, nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do *caput* do art. 212 da Constituição Federal. Porém, nos exercícios posteriores, os valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior serão corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Transitórias, ou seja, para os exercícios posteriores, no valor do limite referente ao imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de 12 meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

De fato, é mais um limite a ser enfrentado, de forma imediata, pelos gestores responsáveis pela implementação e execução da política pública direcionada à educação fundamental obrigatória e gratuita, e de forma mediata, pelo Poder Judiciário quando acionado para garantir o oferecimento do direito à educação ou para corrigir oferta irregular.

A presença de limites fiscais e orçamentais pressupõe compreender os limites dos limites. Sarlet (2015b, p. 150) identifica na doutrina germânica a existência de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que possa levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.

Observa Sarlet (2015b, p. 151) que nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição. Neste cenário, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se de forma destacada, não reconhecendo a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais, porém admitindo que a proteção dos direitos fundamentais por meio da dignidade da pessoa humana figura como o limite dos limites aos direitos fundamentais.

Sarlet (2015b, p. 152) considera, de forma simplificada, que nem toda violação de um direito fundamental corresponde necessariamente a uma violação da dignidade da pessoa humana, implicando (de modo cogente) a violação do conteúdo em dignidade que o direito fundamental atingido possa ter.

Baruffi (2009, p. 106) anota que a educação pressupõe refletir a natureza contraditória da subjetividade humana e seu movimento de superação das mediações históricas e sociais. Implica, ainda, observar a conexão do homem com o processo real que determina sua produção, figurando a dialética como processo e movimento de reflexão do próprio real, cuja consequência é a transformação da própria história. Desta forma, impedir o processo de construção do pleno desenvolvimento humano é violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet (2015b, p. 154), a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, especialmente na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Neste sentido, a dignidade da pessoa atua como obstáculo a qualquer ação que promoção restrição do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita. No contexto em análise, incontroversa a identidade da dignidade como o núcleo essencial do direito prestacional à educação.

No constitucionalismo contemporâneo é inconteste a existência de bens jurídicos em rota de colisão com outros bens jurídicos de estatura constitucional, inclusive a colisão entre bens com idêntica fonte: a dignidade da pessoa humana. Neste estudo, não se debate sobre o caráter absoluto da dignidade e da eventual permissão de relativização, mas tão somente se intenta compreender como o Poder Judiciário, por intermédio de seus Tribunais Superiores, identifica os critérios de matriz constitucional para constitucionalmente efetivar a proteção e promoção do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita, e afastar limites de natureza fiscal e orçamental.

## **CAPÍTULO 7 – ANÁLISE DO PAPEL DO STF E DO STJ NA EFETIVAÇÃO DO DFEEG E OS CRITÉRIOS DE MATRIZ CONSTITUCIONAL PARA A SUA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO**

Neste estágio do estudo não é despendendo rememorar, mesmo que brevemente e para não repetir passagens anteriores sobre a evolução dos direitos fundamentais, manifestações doutrinárias sobre a história dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões, isto porque há de se identificar quais os critérios de matriz constitucional empregados pelo STF e STJ na promoção e proteção do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita.

É importante destacar que no processo de investigação deste estudo, as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, destacadas e submetidas à análise, são resultados do importante papel no processo de construção de afirmação dos direitos fundamentais prestacionais, mormente o direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, como um dever do Estado de promover e proteger a realização de tão relevante direito. A cláusula da reserva do possível assume então dupla função, a saber: limite e garantia de realização dos direitos fundamentais.

A baliza fixada permitirá ao intérprete compreender que na aplicação da cláusula da reserva do possível três elementos devem ser considerados, são eles: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e c) proporcionalidade e razoabilidade da prestação. Estes registros são fundamentais para identificar e estabelecer os critérios de matriz constitucional para a sua proteção e promoção.

Identifica Sarlet (2015a, p. 37) como marco determinante dos direitos fundamentais o surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Com pertinência, reconhece que a história dos direitos fundamentais constitui também, de certa forma, a história da limitação do poder.

Sarlet (2015a, p. 37) registra o relevo da problemática das assim denominadas “gerações (ou dimensões)” dos direitos fundamentais com a consagração dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições. De fato, a problemática é resultado da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito). Sarlet (2015a, p. 37) reconhece que as mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos – pelo impacto tecnológico e científico, a descolonização e vários outros fatores – geraram novas necessidades.

Assim, pode-se afirmar a existência de um novo paradigma de missões estatais neste cenário. O Estado passou a assumir e a ampliar suas missões sociais, especialmente com a ampliação de um vasto e complexo catálogo de direitos prestacionais. No conjunto de direitos sociais insere-se o direito à educação, cuja efetividade pressupõe universalização e padrão mínimo de qualidade, bem como lastro fiscal satisfatório para custear os gastos necessários.

Sarlet (2015a, p. 43), ao discorrer sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo no século XVIII, identifica como marco relevante na construção dos direitos fundamentais a Reforma Protestante, cujo resultado foi a gradativa afirmação da liberdade religiosa e de culto em diversos países da Europa. Destaca, ainda, a divergência doutrinária sobre a paternidade dos direitos fundamentais, entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, apresentando-se, desta forma, a primeira marca da transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

Independentemente do dissídio doutrinário, é incontroversa a relevância de ambas as declarações para o processo de constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais na elaboração das Cartas Constitucionais do século XIX. Sarlet (2015a, p. 45) cita Martin Kriele, com registro de assertiva marcante deste, de que a Declaração Americana concedia aos americanos direitos fundamentais, e a Declaração Francesa legou ao mundo os direitos humanos.

No processo de construção do Estado Constitucional observa-se a transformação dos direitos fundamentais. Sarlet (2015a, p. 46) identifica neste

processo de transformação um progressivo acúmulo de direitos fundamentais, cujo resultado é a existência de várias dimensões de direitos fundamentais, repercutindo, estas transformações cumulativas, na titularidade, na eficácia e na efetivação de tais direitos.

É importante destacar que a análise evolutiva das dimensões dos direitos fundamentais exige extenso e complexo estudo. O que se pretende, a partir deste estágio da pesquisa, é afirmar a consagração do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita como direito prestacional de segunda dimensão, formal e materialmente positivado na Carta Constitucional brasileira, desde logo destacando a possibilidade de utilizá-lo para a afirmação do direito dimensão ou geração.

Novais (2017, p. 147) anota que as revoluções liberais dos finais do século XVIII, na Europa e na América, fizeram emergir Estados de Direito dotados de Constituições vistas como normas supremas na ordem jurídica nacional.

Conclui Novais (2017, p. 147), na mesma linha de reflexão do mais importante constitucionalista brasileiro (Ingo Sarlet), sobre o processo cumulativo de direitos fundamentais, que até meados do século XX, foram significativamente distintas tanto a relevância jurídica atribuída à Constituição quanto as formas e modalidades institucionais da sua garantia.

De fato, os direitos fundamentais vão se constituindo a partir da percepção do homem como o centro da existência do próprio Estado. A segunda geração de direitos fundamentais surgiu no século XX, compreendendo os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, introduzidos no constitucionalismo. Não foi diferente com o Estado brasileiro, que incorporou na Carta Constitucional os direitos fundamentais de segunda geração, em face de se apresentar como Estado Social.

Bonavides (1999, p. 336) afirma que a Constituição de 1988 é basicamente, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social. Sustenta, ainda, que o Estado Social brasileiro deve ser a própria sociedade brasileira concentrada num pensamento único, de apoio a valores igualitários e humanistas que legitimem a presente Constituição do Brasil. Essa afirmação fundamenta-se na necessidade de não se permitir a perda de mais de

50 anos de esforços e embates sociais para a mitigação do cenário de desigualdade social que ainda se apresenta no Estado brasileiro.

A grande dificuldade do Estado Social é o seu grau de efetividade, com base nos mais diversos fatores, entre eles a precariedade de recursos. Assim, tal cenário exigirá, quando da desídia dos gestores, a judicialização do Estado Social. Esse processo de judicialização visa à efetividade das políticas públicas, com relevo, neste trabalho, para a política pública de educação.

Bonavides (1999, p. 338), sobre o grau de efetividade das políticas públicas no Estado Social brasileiro, destaca que o problema do Direito Constitucional contemporâneo é a equalização da judicialização do Estado Social, a partir de institutos processuais garantidores de sua efetividade. Ressalte-se o avanço expressivo na ordem constitucional, dada a existência do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, a inconstitucionalidade por omissão etc.

Bonavides (1999, p. 338) acrescenta que o Estado Constitucional brasileiro não somente concede direitos sociais básicos, mas fixa instrumentos que possam garanti-los; contudo, a garantia pressupõe a existência de condições materiais. Na ausência de tais direitos e com a precariedade dos recursos estatais disponíveis, crises serão inevitáveis. Registra, desta forma, neste processo de consolidação dos direitos prestacionais, a possibilidade de surgimento de uma crise constitucional, que não é senão a própria crise constituinte do Estado e da sociedade brasileira.

Anota Bonavides (1999, p. 594) que no direito constitucional positivo brasileiro são taxativamente direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. A concretude desses direitos sociais está a exigir o concurso de ações positivas do Estado e da sociedade.

A discussão primordial para que se possa falar sobre a concretude dos direitos sociais é identificar a real classificação das normas constitucionais dos direitos sociais. Esse debate sempre se apresentou intenso e relevante para se tratar da concretude integral desses direitos positivados. Inicialmente as normas disciplinadoras dos direitos sociais eram classificadas como normas

programáticas, razão por que não se reconhecia a possibilidade de sua plena e integral concreção.

Bonavides (1999, p. 594) adverte que sem a concreção dos direitos sociais o Estado brasileiro não poderá alcançar jamais “a sociedade livre, justa e solidária, contemplada como um dos objetivos fundamentais da República”. Vai além quando diz que se fossem relegadas as normas que disciplinam os direitos sociais à categoria de programáticas, a dignidade da pessoa humana não passaria de mera abstração.

Reconhece-se, portanto, que os direitos sociais são normas de eficácia plena, razão por que se exige não somente uma ação positiva do Estado para a sua efetividade, mas também a ação interventiva do Judiciário, quando omissa a atividade do Estado na sua concreção.

Barroso (2008a, p. 875) aduz que a Constituição de 1988, nos últimos anos, conquistou força normativa e efetividade. Nesse cenário constitucional, o autor anota que os direitos sociais, em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno.

Em face das afirmações dos constitucionalistas, não há como se negar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para concretizar os direitos sociais, quando não efetivados pelos poderes ou mesmo quando não efetivados de forma satisfatória, mormente o direito subjetivo à educação.

Pela relevância dos direitos sociais, os constitucionalistas passaram a sustentar que eles devem ser reconhecidos como cláusula pétrea.

Relevante, portanto, observar os fundamentos utilizados pela boa doutrina para inserir os direitos sociais como cláusula pétrea. Para Bonavides (1999, p. 594), os direitos sociais na ordem constitucional brasileira recebem uma garantia tão elevada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60 da CF.

Partindo-se dessa observação é que se afirma que qualquer ação legislativa que visa macular os direitos sociais disciplinados positivamente na Carta da República encontra-se viciada de inconstitucionalidade, devendo ser combatida na esfera do Poder Judiciário.

Bonavides (1999, p. 595) utiliza um sólido argumento para inserir os direitos sociais como cláusula pétrea. Consigna que uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Como consequência, sugere o autor que os direitos sociais sejam interpretados de um modo que lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia instituído pelo legislador constituinte em favor do conteúdo material do § 4º do art. 60 da CF.

Destarte, quando se reconhece a força normativa e a efetividade das normas constitucionais no direito constitucional contemporâneo, existe a necessidade de se fazer alusão à doutrina brasileira da efetividade.

De forma bem objetiva e sucinta, Barroso (2008a, p. 877) registra que a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

A força normativa reconhecida na norma constitucional é de fundamental relevância para a concreção dos direitos sociais. Bonavides (1999, p. 599) posiciona-se como crítico severo dos juristas que continuam a negar a possibilidade de derivar, por via de interpretação, os direitos sociais dos chamados direitos clássicos.

Nesta linha de indignação, Bonavides (ob. cit., p. 599) destaca como não aceitável a posição de Cristian Starck, que sustenta não ser possível coadunar os direitos sociais com os direitos individuais. O autor mencionado por Bonavides apresenta as seguintes objeções para o não reconhecimento da equivalência entre os direitos sociais e os direitos individuais: o teor de indeterminação dos direitos sociais; a aparente verificação de que só os objetos de pretensão dos direitos clássicos ostentam clareza; a limitação de meios financeiros com que tornar eficaz a prestação positiva do Estado; e, por último, a frouxidão da garantia desses direitos. As objeções apresentadas, para Bonavides, são inaceitáveis, porquanto vazadas em argumentos que o tempo e o aperfeiçoamento da ordem normativa logo dissolverão.

Destaca-se que as objeções indicadas para o não reconhecimento da normatividade e efetividade dos direitos sociais criticadas por Bonavides foram concebidas no final da década de 1990. Ao lado dos que sustentavam a não

normatividade e efetividade dos direitos sociais, apresentavam-se os juristas produtores da doutrina da efetividade.

A construção da doutrina brasileira da efetividade estabelece que as normas constitucionais e as normas em geral são dotadas de autoridade impositiva, a gerar uma conquista concreta.

Mas, antes de adentrar na intervenção do Poder Judiciário brasileiro para fazer concretizar o direito à educação obrigatória e gratuita, por força de ser este dotado de autoridade impositiva e compor, anteriormente, o catálogo de direitos prestacionais, progressivamente implementados no Estado brasileiro, é de se instituir um diálogo com outras dimensões dos direitos fundamentais e observar como as Cortes de outros países realizam o ato de julgar no ambiente constitucional.

Na construção das dimensões dos direitos fundamentais, registra-se como marco inaugural dos denominados direitos fundamentais de primeira geração, contemplados nas primeiras Constituições escritas, o pensamento liberal-burguês do século XVIII. Sarlet (2012, p. 46) destaca que as raízes desses direitos encontram-se na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, influenciada por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. A essência desse pensamento reside na realização da liberdade do indivíduo. A concretude da liberdade do indivíduo implica a abstenção do Estado.

Entre os direitos de defesa, identificam-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Insere-se, também, nesta categoria a liberdade de expressão, de associação, de religião, de reunião etc.

Na declaração do direito constitucional de defesa ou proteção, por intermédio da função de julgar no Estado Constitucional, identificam-se inúmeros julgados nas Cortes Constitucionais com elevada reputação. Casos paradigmáticos podem ser apresentados a partir da função de julgar fundada no interpretacionismo americano e no pragmatismo alemão.

Beatty (2014, p. 68) destaca que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi a primeira a enfrentar questões referentes à liberdade religiosa. Como casos paradigmáticos registra *Lee vs Weisman* e *Oregon vs Smith*. No primeiro

juízo, a Corte deliberou “se uma bênção e uma oração, não denominacionais, no início de uma formatura de uma escola de segundo grau, violava o preceito da Primeira Emenda de que o Congresso não fará lei referente a instituição religiosa”. No segundo caso, a Corte teve de decidir sobre a Primeira Emenda, que obsta o Congresso de aprovar leis que proíbam “o livre exercício da religião”.

No julgamento do primeiro caso, a Corte decidiu que a realização da bênção e da oração violava a Primeira Emenda. Beatty (2014, p. 69) descreve que a Corte dividiu-se radicalmente, isto porque cinco juízes entenderam pela violação e quatro discordaram. No segundo caso, o julgamento objetivava saber se os integrantes da *Native American Church* (Igreja Nativa Americana) que ingeriam peiete em cerimônias espirituais tinham o direito constitucional à isenção religiosa da lei estadual que criminalizava a posse desse cacto.

No segundo caso, a Corte, por seis a três, entendeu pela constitucionalidade da legislação estadual que criminalizava a posse desse cacto.

Beatty (2014, p. 69) anota que o foco da divergência entre os juízes da Corte residia em como interpretar as expressões cruciais “*instituição religiosa e livre exercício da religião*”. No julgamento dos casos difíceis, a Corte foi buscar fundamento em seus precedentes, quando provocada a interpretar o significado da Primeira Emenda. No primeiro, a maioria entendeu que as orações não tinham espaço na vida das escolas públicas. Já os divergentes, segundo Beatty (2014, p. 71), afirmaram que a interpretação da Corte deveria corresponder ao que a história revela ter sido o entendimento de suas garantias na época. Isto porque, na edição da Primeira Emenda (1721), as invocações religiosas faziam parte das proclamações do governo, razão pela qual entendiam os divergentes que estas deveriam ser permitidas na ocasião em debate.

No segundo caso, apesar das divergências existentes, os juízes, na análise dos precedentes, identificaram que em nenhuma oportunidade a Corte afirmou que as convicções religiosas das pessoas podem isentá-las de obedecer às leis de aplicação geral que vinculam a todos. Como observa Beatty (2014, p. 71), mais uma vez os juízes entendiam que deveriam buscar nos precedentes, e não na história, a resposta à questão de saber se os integrantes da *Native American*

Church tinham ou não o direito constitucional de usar peiote como parte de suas cerimônias religiosas. Assim, com fundamentos nos precedentes, por maioria, a Corte entendeu que a cláusula do livre exercício e as isenções religiosas deveriam prevalecer sobre todas as leis do Estado, ressalvadas as hipóteses de oposição a interesse imperioso deste.

As referências aos julgados visam, tão somente, demonstrar que no Estado Constitucional a função de julgar exige dos julgadores a construção bem fundamentada da premissa menor, esta representada pelas circunstâncias do caso ajuizado. Isto porque todos os juízes da Corte americana não olvidaram de bem identificar a premissa maior (*instituição religiosa e livre exercício da religião*). As divergências residem na construção da premissa menor, razão pela qual a conclusão não alcança o mesmo resultado quando os elementos integrantes da premissa menor são submetidos a operação intelectual distinta.

Eis a complexa função do intérprete na função de julgar. Krell, Andreas e Olga (2015, p. 266), ao refletirem sobre a importância do raciocínio retórico-tópico aplicável na decisão jurídica, asseveram que a decisão jurídica é produzida pelo intérprete/aplicador do Direito basicamente a partir de elementos textuais das regras e princípios incidentes, bem como por figuras dogmáticas, doutrinas e decisões precedentes dos Tribunais, além da consideração das prováveis consequências fáticas (econômicas, sociais e políticas).

Nesta discussão, impõem-se algumas observações sobre a função de julgar no Estado Constitucional na perspectiva da Corte Alemã. Sobre o tema Igreja e Estado, como pensa a Corte. Beatty (2014, p. 83) descreve que os juízes da Karlsruhe decidiram que o Estado não cometerá erro caso permita que se façam orações voluntárias em suas escolas, mas errará se afixar crucifixos nas paredes das salas de aula. No caso da oração na escola (1979), o Tribunal concluiu que seria desproporcional que a objeção de um aluno sobrepujasse os direitos dos demais alunos de expressar as suas crenças. Em sentido contrário, no caso do crucifixo na sala de aula, o Tribunal, no caso do estado da Baviera, que determinou a afixação de cruces em todas as suas escolas, entendeu pela impossibilidade da manutenção das cruces nas escolas.

Beatty (2014, p. 85) registra que o Tribunal entendeu que, na perspectiva dos alunos não cristãos, a cruz é “símbolo de zelo missionário” e sua adoção por parte do Estado “constitui um apelo comovente [e] salienta o compromisso com a fé que ela simboliza, desse modo tornando essa fé exemplar e digna de ser seguida”.

Na busca dos elementos formadores da premissa menor, Beatty (2014, p. 83) identifica que o Tribunal alemão, quando decide sobre o lugar das orações e dos símbolos religiosos nas escolas públicas, parte do princípio de que estão em conflito a liberdade positiva de alguém reconhecer publicamente suas crenças e a liberdade negativa de não ser obrigado a anuir à fé de outros.

Neste conflito presente, o Tribunal utiliza-se do princípio da “concordância prática”. Beatty (2014, p. 83) expõe que o princípio consiste na harmonização dos valores conflitantes, a fim de preservar o máximo possível de cada um. Entende o Tribunal que o princípio está implícito na lógica da Lei Fundamental, fornecendo, desta forma, um parâmetro para a conciliação dos diferentes direitos e liberdades garantidos pela Carta Constitucional. Neste sentido, o Tribunal aplica o direito com a demonstração de que foram otimizados os interesses conflitantes e evitadas as medidas excessivas.

Parece evidente que os juízes da Corte alemã, quando da aplicação do princípio da “concordância prática” na função de julgar, operam a realização deste ato com estrita racionalidade. Sobre a racionalidade lógico-formal no ato de julgar, Luño (2012, p. 82) afirma que a função judicial se desenvolve em termos de estrita previsibilidade lógica, a redundar na garantia do valor da segurança jurídica.

Apresenta maior dificuldade o julgamento no Estado Constitucional para a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais. Os direitos fundamentais prestacionais estão a exigir uma ação positiva com a finalidade de promover uma transformação da sociedade e eliminar de forma gradual as desigualdades que ocorrem no contexto do Estado brasileiro. Não é sem razão que o Estado brasileiro, submetido à ordem constitucional de 1988, objetiva, por intermédio de suas ações positivas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com

a progressiva erradicação da pobreza, da marginalidade e, acima de tudo, a redução da elevada desigualdade social observável no cenário nacional.

Mendes e Branco (2015, p. 160) afirmam que a ação do Estado, imposta pelo direito a prestação, pode referir-se quer a uma prestação material, quer a uma prestação jurídica.

As prestações materiais visam contemplar os direitos fundamentais de natureza social, mormente os constantes do art. 6º da CF, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência social. São direitos que submetidos à efetividade reduzirão as necessidades dos indivíduos que se localizam nas camadas sociais inferiores, que precisam das ações positivas do Estado para atender, minimamente, aos objetivos fundamentais da República.

Sarlet (2012, p. 289), sobre a crucial efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, afirma que é precisamente em função do objeto precípua destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.

Na concretude dos direitos prestacionais, a Corte americana fundamenta as suas decisões nos critérios da proporcionalidade e distribuição equitativa. Beatty (2014, p. 255) refere-se à decisão proferida no caso *Plyler vs Doe*, em que a Corte abriu as portas das salas de aula para os filhos dos imigrantes ilegais. Neste caso, a Corte concentrou a construção da premissa menor no fato de que o reconhecimento do direito da educação aos filhos de imigrantes ilegais proporcionaria imensa diferença na formação dessas crianças, sem que isto resultasse em expressivo ônus aos outros cidadãos.

Beatty (2014, p. 256) ressalta que as Cortes Constitucionais sentiram-se atraídas pela ideia de que o direito à educação pública é direito à distribuição equitativa dos recursos investidos na formação e no desenvolvimento do “capital humano” da sociedade.

Na garantia do direito à educação, a partir da judicialização desse direito fundamental de natureza prestacional, Beatty (2014, p. 256-257) assevera que a Suprema Corte da Índia reconhece o direito ao ensino na perspectiva da distribuição equitativa, levando esta lógica mais longe que qualquer outra Corte no mundo.

Como comprovação da afirmação, destaca a decisão no caso *Unni Krishman vs Estado de Andhra Pradesh*, liderada por B. P. Jeevan Reddy. Neste caso, Beatty (2014, p. 257) descreve que a decisão da Corte foi fundamentada na distribuição equitativa, determinando que é dever do Estado garantir educação primária nos primeiros 14 anos de vida. Como elementos de retórica da decisão, observa-se que a decisão reconhece que a Índia gasta bem menos que outras democracias constitucionais do mundo com educação, contudo, destina desproporcionalmente recursos para gastos com instituições de segundo e terceiro graus, o que configura “inversão de prioridades”.

A descrição, mesmo sucinta desses julgados, possibilita constatar a complexidade de julgar no Estado Constitucional. O complexo Estado Constitucional não pode prescindir dos estudos dos constitucionalistas e dos julgados das mais diversas Cortes Constitucionais para o desenvolvimento da teoria dos princípios, a fim de conciliar interesses em conflitos manifestados na ambiência constitucional.

Na análise do processo de desenvolvimento da teoria dos princípios na sequência deste estudo, observar-se-á como se operou o fenômeno do transplante para a afirmação do direito à educação na perspectiva da ordem constitucional brasileira.

Dotados de autoridade impositiva a produzir uma conquista concreta, os direitos sociais devem ser efetivados pelo Poder Público. A sua não efetivação ou sua efetivação não satisfatória implica o reconhecimento do direito subjetivo do homem-cidadão de exigir do ente estatal sua prestação por meio do Poder Judiciário.

A exigência de um fazer do Estado para a concreção dos direitos sociais, entre os quais o direito à educação, já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário 410.715-5 – São Paulo, 2ª

Turma, do qual se extrai que o direito à educação representa uma prerrogativa constitucional deferida a todos, notadamente às crianças, visto que o direito à educação se qualifica como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção de direitos sociais de segunda geração, cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva.

No mesmo Acórdão, o Supremo Tribunal Federal registra que o direito à educação necessita ter eficácia, sendo, portanto, considerado um direito público subjetivo do particular e consistindo na faculdade que este tem de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações.

Mello (2011, p. 42-43) destaca que o direito subjetivo deve ter igual nível de funcionalidade em ambos os ramos do Direito, pois não há razão lógica prestante para dimensioná-lo em termos que impliquem negar, no direito público, proteção a situações que o Estado de Direito reclama estejam sob cabal amparo.

O exercício desse direito subjetivo pressupõe a ação e a jurisdição. Representa a utilização da ação individual ou coletiva para a concreção do direito social não efetivado.

Barroso (2008a, p. 877) consigna que os direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são, em regra, direta e imediatamente exigíveis do Poder Público por via das ações previstas no ordenamento jurídico. A consequência lógica da postulação deduzida perante o Poder Judiciário é o relevante papel deste Órgão estatal no processo de concreção dos direitos sociais.

É de se destacar que a intervenção do Poder Judiciário, decorrente da judicialização dos direitos sociais, em face da ação omissiva dos Poderes para a sua plena efetividade, visa garantir não somente a universalidade da educação, mas, também, a da saúde.

Nesta quadra, portanto, têm se multiplicado as decisões. Esta multiplicação deve ser avaliada sob dois aspectos: a) a constatação da existência do juiz social como agente último da concretização dos direitos sociais, quando a decisão se acha fundada em bases sólidas, a assegurar a concreção da política pública de

forma continuada; b) a observação do juiz social, porém incapaz de contemplar nas decisões a necessidade de não somente assegurar a implantação imediatista da política social reivindicada, mas garantir a sua continuidade.

Bonavides (1999, p. 540) observa que o juiz social, na formulação de seu juízo valorativo, deve introjetar uma pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização. A pré-compreensão das questões sociais vai ao encontro, no dizer de Bonavides (1999, p. 540), do que os alemães com rigor científico costumam designar, numa feliz expressão de linguagem, por *Vorverstaendins* e que sói fazer na cabeça do magistrado a *ratio* das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais.

Indiscutível que a judicialização dos direitos sociais implica o reconhecimento do primado do homem-cidadão no contexto da ordem jurídica. Portanto, harmoniza-se neste cenário o homem-cidadão, a sociedade e o Estado, figurando a ordem constitucional como ordenamento jurídico não somente do Estado, mas, acima de tudo, da sociedade.

Necessário, contudo, destacar que a efetividade normativa dos direitos sociais deve ser compreendida pelo Poder Judiciário com prudência, a fim de evitar a supressão das competências fixadas pela ordem constitucional aos Poderes Legislativo e Executivo, com o propósito de preservar a clássica divisão da separação dos Poderes do Estado criada por Montesquieu.

Barroso (2008a, p. 875-876), ao observar a judicialização do direito social à saúde – direito social tão relevante quanto o da educação –, mormente sobre a atuação do juiz social, sentencia: “O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”.

A afirmação de Barroso enseja uma cuidadosa e criteriosa reflexão para que se encontre o real ponto de equilíbrio da efetividade dos direitos sociais, a partir do processo de judicialização desses direitos, ante a ação desidiosa dos demais Poderes constituídos, isto com a finalidade de preservar a normatividade das normas constitucionais, bem como de assegurar, por intermédio dessa atividade, a continuidade das políticas públicas.

Neste contexto, é de fundamental importância que se demonstrem os fundamentos teóricos e jurisprudenciais que sustentam a normatividade das normas constitucionais, sobretudo a dos direitos sociais, em face da afirmação de serem estes de aplicação imediata e plena.

O ordenamento jurídico deve, necessariamente, ser submetido à interpretação. A interpretação consiste no instrumento de concretização do direito.

Bonavides (1999, p. 523) na perspectiva de Royo, consigna que a interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que ninguém pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação. Bonavides (1999, p. 533) destaca a completa ausência, até a década de 50, da interpretação nos compêndios de direito constitucional.

Esta ausência de interpretação do direito constitucional alcançava, também, os direitos fundamentais, razão por que a Carta Constitucional era tida como um texto político composto de normas programáticas.

A partir do momento em que os doutrinários passaram a observar a Carta Constitucional como a Lei das Leis e o Direito dos Direitos, surge a teoria material da Constituição, que é a hermenêutica do direito constitucional.

Bonavides (1999, p. 534) afirma que toda interpretação dos direitos fundamentais provém da necessidade de uma teoria dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de uma teoria da Constituição, devendo-se, ambas, a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania.

Desenvolveu-se esta teoria quando os publicistas constataram que as normas constitucionais não poderiam ser interpretadas por intermédio dos métodos tradicionais de Savigny – gramatical, lógico, histórico e teleológico. A teoria foi construída quando se observou que a Constituição é Lei, mas é, sobretudo, Direito.

Reconhecê-la como Direito, para Bonavides (1999, p. 535), significa desatá-la dos laços silogísticos e dedutivistas que embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor principal, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade.

Bonavides (1999, p. 535), sobre a teoria material da Constituição e a aplicação dos princípios na fundamentação das decisões a concretizar os direitos prestacionais, registra que o dedutivismo formalista excluía da Ciência do Direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores, sem cuidar que estes formam o tecido material e o abstrato estrutural já da Constituição, já dos direitos fundamentais.

Segundo Bonavides (1999, p. 535), na exclusão dos princípios e dos valores da interpretação não há, em rigor, concretização, por não haver pré-compreensão (*Vorverstaendnis*); portanto, a inexistência de pré-compreensão abala os alicerces, fundamentos e legitimidade de todo o direito público.

Bonavides (1999, p. 535) destaca que os valores e princípios representam a matéria-prima da Nova Hermenêutica. A utilização destes elementos, no processo interpretativo, liberta o intérprete da prisão racional lógica, aproximando-o do universo real, fator importante na captação dos sentidos normativos e, portanto, da própria teoria material da Constituição.

Esta nova compreensão tem apresentado resultados significativos na efetividade dos direitos fundamentais, isto porque reconhece a ordem constitucional como Direito e não mais como Ciência Política. A constatação da teoria material da Constituição reflete, até mesmo, na interpretação dos demais ramos do Direito, já que os princípios gerais do Direito foram transformados em princípios constitucionais, apresentando-se, portanto, com superioridade hierárquica.

Assevera Bonavides (1999, p. 538) que a Constituição é mesmo a Lei das Leis e o Direito dos Direitos; o código de princípios normativos que faz a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.

Diante deste novo quadro constitucional doutrinário, é de se afirmar que a ordem constitucional apresenta normas que devem ser concretizadas, sobretudo os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à educação.

Este processo de concretização dos direitos fundamentais enseja o conhecimento e a aplicação do princípio da unidade da Constituição. Tal princípio

foi identificado e compreendido em julgado da Corte Alemã de Karlsruhe. Klaus Stern (apud BONAVIDES 1999, p. 548) observa que o princípio da unidade da Constituição é o mais nobre princípio que existe. É fruto do que foi sentenciado pelos juízes constitucionais alemães: “Não se pode considerar insuladamente uma estipulação singular da Constituição nem pode ser ela interpretada ‘em si mesma’, senão que deve manter ‘conexão’ de sentido com as demais prescrições da Constituição, formando uma unidade interna”, porquanto “da totalidade da Constituição emergem determinados princípios constitucionais bem como decisões fundamentais, às quais se subordinam as estipulações isoladas da Constituição” e com as quais devem guardar compatibilidade.

Este processo de construção da teoria material da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais implicam reconhecer que ambas devem se colocar a serviço do homem-cidadão, sendo este, portanto, o centro da existência do próprio Estado.

Como destacado anteriormente, o princípio da unidade da Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais sociais constituem direitos subjetivos do homem, mas o seu grau de efetividade obriga necessariamente à existência de uma política pública econômica capaz de suportar as demandas que se apresentam. Entretanto, não é tão simples assim a não efetivação desses direitos sob o argumento de insuficiência financeira.

A discussão parece pertinente, especialmente em países com frequente instabilidade econômica, entre os quais se insere de forma indubitosa o Estado brasileiro. Bonavides (1999, p. 553) adverte para a presença da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre ela projetam.

Krell (1999, p. 240) na esteira de Neves, destaca que a Constituição do Brasil sempre se manteve numa relação de tensão para com a realidade vital da maioria dos brasileiros e contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida. O texto legal supremo, para muitos, representa apenas uma “categoria referencial bem distante”.

Sobre a concreção dos direitos fundamentais sociais, é de se destacar as considerações de Fioranelli Júnior (1994, p. 24), que evidenciam a contradição flagrante à pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da população. Isto não significa o não reconhecimento do dever de agir do Estado para a concretude do direito subjetivo público, mas demonstra que estes argumentos não devem justificar a omissão do Estado das ações positivas fixadas na ordem constitucional.

Mastrodi (2008, p. 103-104) afirma que “numa situação como a brasileira, a reserva do possível nada é senão pretexto para justificar a negativa de intervenção estatal em prioridades sociais. Numa situação destas, isto não é uma reserva do possível, mas uma reserva de injustiça”. Não é sem razão que o direito fundamental à educação tem ensejado um avanço significativo do Judiciário no controle da política pública de educação.

A judicialização da política de educação exige fundamentação teórica a sustentar a intervenção do Poder Judiciário na concretização da política de educação negligenciada. As decisões a serem posteriormente destacadas indicam, em sua totalidade, a existência de um problema concreto: a oferta insatisfatória da política pública educacional de natureza obrigatória e gratuita.

É nesse contexto que se insere a necessidade de, no processo de judicialização da política pública de educação, lançar-se mão da tese de concretização dos direitos fundamentais de Hesse, como também da teoria liberal dos direitos fundamentais e da teoria institucional dos direitos fundamentais.

Bonavides (apud HESSE 1999, p. 557), em linhas gerais, sugere, no processo interpretativo, a realização de uma operação valorativa, fática e material, que se executa por intermédio de uma nova técnica interpretativa – a técnica concretizadora –, afastando-se do esquema formal e abstrato de subsunção, peculiar à hermenêutica do positivismo, fundando-se, portanto, num voluntarismo subjetivo ou objetivo – a vontade do legislador ou a vontade da lei –, volvendo-se o intérprete diretamente para uma compreensão do conteúdo da norma que se vai concretizar.

O ato de compreensão constitui indissociável vinculação da pré-compreensão do intérprete com o problema concreto que se pretende solucionar para efetivar o direito fundamental prestacional vindicado.

A partir da existência da teoria da concreção, outras teorias reforçam a imperatividade das normas constitucionais, concebidas estas, especialmente, pela doutrina alemã, as quais são empregadas nos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Destacam-se a teoria liberal dos direitos fundamentais, a teoria institucional dos direitos fundamentais e a teoria dos valores.

Mesmo não sendo a finalidade deste trabalho a análise de cada uma das teorias, impõe-se ao menos entendê-las em sua essência, visto que não há como se reconhecer a prevalência de uma em relação à outra no processo de interpretação dos direitos fundamentais sociais. Nasce daí o emprego dos princípios para a compreensão da efetividade dos direitos sociais de segunda geração, mormente o direito à educação.

Na essência, a teoria liberal dos direitos fundamentais idealiza a participação da cidadania na vontade soberana, fixando a partir desta participação a limitação do exercício de poder das autoridades. Depreende-se desta teoria que a ação do Estado deve ter como centro o homem, figurando no seu entorno a sociedade e o Estado.

Em síntese lapidar, Bonavides (1999, p. 568) assinala que a teoria liberal dos direitos fundamentais faz do indivíduo o valor primário e referencial da sociedade humana: o indivíduo oponível ao Estado, superior a este e titular dos chamados direitos naturais.

Finaliza o autor que é dever do hermeneuta elucidar os questionamentos relativos à liberdade e à preservação dos valores de natureza tanto espiritual como material, subjacentes aos direitos fundamentais.

Nesta quadra, a teoria liberal dos direitos fundamentais institui um instrumento eficaz para coibir abusos e fixar limites do exercício do poder estatal. Mais uma vez, utilizando-se da interpretação da teoria institucional dos direitos fundamentais produzida por Bonavides (1999, p. 571), observa-se que a liberdade

deve ser vista como liberdade-fim, liberdade dirigida, programada para determinado objetivo, numa ambiência real vinculada ao ordenamento institucional.

Para Bonavides, é com esta teoria que o conceito de direito fundamental se avulta e se legitima. A liberdade se apresenta ativa para a concreção de um fim que amolda a liberdade do indivíduo ao Poder do Estado, a fim de que não prevaleça a liberdade individual, mas sim a liberdade institucional concreta para a realização de uma finalidade de alcance social, sob o manto da ordem jurídica.

Na verdade, a teoria institucional dos direitos fundamentais por si só não soluciona o processo de interpretação dos direitos fundamentais, mas contribui de forma significativa para a concretude dos direitos fundamentais, porquanto indiscutivelmente possui essência democrática.

Bonavides (1999, p. 575) observa a liberdade pelo ângulo institucional e assevera que os direitos fundamentais se apresentam com concretude existencial, conteúdo, efetividade, segurança, proteção, limitação e fim; os espaços de liberdade ficam, portanto, mais largos, e estes direitos já não sobem ao céu da promessa.

Sobre a teoria dos valores, várias críticas são apresentadas. Entre elas, a de ser uma variação da teoria institucional dos direitos fundamentais. No seu âmago, esta considera os direitos fundamentais como valor e não como norma. Para melhor compreender o que isso significa, impõe-se a observação de Bonavides (1999, p. 577). Para este autor, não é norma, pelo menos no sentido habitual do positivismo normativista.

A aparente intelecção de que os direitos fundamentais devem ser vistos como valores, e não como normas, tem levado a reflexões bem significativas.

Bonavides (1999, p. 581) adverte sobre o papel do juiz-intérprete, pois com frequência este se inclina ao subjetivismo de sua “pré-compreensão”, dando rédeas largas ao voluntarismo decisório, o qual, sobre afetar a segurança jurídica, faz a interpretação dos direitos fundamentais percorrer caminhos de alto risco e flutuar nos domínios da incerteza e da imprevisibilidade.

Apesar da advertência de Bonavides, este reconhece a Constituição como um sistema de princípios superiores, providos de supremo teor normativo. Nesse sentido, ao admitir a unidade sistêmica da ordem constitucional, aceita que a teoria dos valores, considerada como teoria de normas principiais, constitui artefato teórico a propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Inevitavelmente, o emprego da teoria dos valores na efetividade dos direitos fundamentais sociais implicará o surgimento de uma zona intensa de tensão entre os princípios a serem utilizados na valoração dos direitos fundamentais não efetivados pelos órgãos do Estado e submetidos à judicialização, especialmente o direito à educação.

Esta zona de tensão, decerto inevitável, Bonavides (1999, p. 587) vislumbra na proporcionalidade não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas, por igual, em nível hermenêutico, um excelente mecanismo de controle, apto a solver, por via conciliatória, problemas derivados de uma eventual colisão de princípios, especialmente no processo interpretativo dos direitos fundamentais. De fato, a recusa do princípio na solução do caso concreto, por força da ponderação estimativa de valores, bens e interesses, implementada pelo intérprete, continua a tráfegar validamente na corrente normativa do sistema, preservada, intacta, a possibilidade de aplicação futura.

Extrai-se dessa assertiva uma nova compreensão do princípio da proporcionalidade, visto que este deve ser empregado no processo de ponderação dos princípios a serem utilizados na solução de um problema concreto de efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente, como já dito, o direito à educação.

Destaca-se como problema concreto o direito à educação obrigatória e gratuita, assegurado na Carta Constitucional de 1988. É, portanto, no campo da fundamentação das decisões judiciais que se busca a efetividade do direito à educação obrigatória e gratuita, em face da tensão existente entre o valor do direito à educação e a suposta ausência de recursos apontada pelos gestores públicos.

Para melhor compreender a atribuição de normatividade dos princípios na judicialização da política pública de educação gratuita e obrigatória, impõem-se algumas observações sobre a teoria dos princípios e a identificação dos princípios em tensão.

A teoria dos princípios encontra-se associada às teorias dos direitos fundamentais – a teoria liberal, a teoria institucional e a teoria dos valores.

Barroso (2008a, p. 878) destaca que a teoria dos princípios desenvolveu-se a partir de estudos realizados por Ronald Dworkin, sendo difundida no Brasil nos anos 80 e no curso dos anos 90. A consolidação e o aprofundamento da teoria dos princípios ocorrem nos dias atuais, com os estudos desenvolvidos por Robert Alexy.

No campo do estudo da teoria dos princípios, é também de se destacar o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, com a sua obra *Direito Constitucional* (1996). Neste campo, a discussão primeira e essencial, apesar de já travada quando da análise da teoria dos direitos fundamentais, consiste em identificar a distinção entre normas e princípios.

Inúmeras e complexas são as distinções, razão por que necessária se faz a utilização de estudos de renomados constitucionalistas para melhor compreender a distinção entre regras e princípios.

Ressalta Barroso (2008a, p. 879) a partir de estudo de Dworkin, que a principal distinção entre regra e princípio dá-se quanto ao modo de aplicação. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato, elas deverão incidir, produzindo o efeito previsto. Já os princípios dão guarida aos direitos fundamentais. É por intermédio dos princípios que se identificam valores para a realização de um fim.

Alexy (2011c, p. 64) define princípios como normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Regras, na definição do autor, são mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é de ponderação, mas de subsunção.

Já Canotilho (1996, p. 167-168) apresenta várias distinções, sendo de fundamental valia as distinções de ordem qualitativa. Os princípios se apresentam como normas jurídicas impositivas de uma otimização, e como tal são compatíveis em graus diversos diante das condições fáticas e jurídicas. Já as regras são impositivas: ou permitem ou não permitem. Extrai-se, como resultado, que os princípios são colidentes e as normas são excludentes.

Neste cenário, Canotilho (1996, p. 168) explicita as seguintes consequências: os princípios permitem balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação; já as regras devem cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Na incidência dos princípios, havendo conflitos, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, porém, no caso de conflitos entre regras, inexistente tal possibilidade, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Por fim, sustenta o autor que os princípios suscitam problemas de validade e peso, e as regras apenas questões de validade.

Relevante para este trabalho é como promover a solução do problema da colisão de princípios para tornar efetivo o direito à educação obrigatória e gratuita.

Alexy (2011c, p. 62) destaca que o fenômeno da colisão de direitos fundamentais trouxe à luz conjunturas extremamente diversas que, porém, têm algo em comum. O autor reconhece que todas as colisões podem somente ser solucionadas se, de um lado ou de ambos, de alguma maneira, se fizerem limitações ou sacrifícios. O cerne da questão é como isso deve se processar.

Os caminhos são complexos. Para tanto, necessário se faz contextualizar e renovar a assertiva de que os direitos fundamentais têm força vinculativa. Sobre o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais, estas devem ser assim reconhecidas quando comprovadas a partir de decisões judiciais, tornando-as, portanto, justiciáveis.

Sobre a natureza vinculante das normas de direitos fundamentais, Alexy (2001, p. 62) diz que um sistema jurídico estruturado pela divisão de poderes, compreendido o Poder Judiciário como terceiro poder, tudo fala em favor disso, de designar como juridicamente vinculativas somente aquelas normas de direitos

fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, pode ser comprovada por um tribunal, sendo, portanto, justiciáveis.

A Constituição brasileira no art. 5º, § 1º, consigna que os direitos fundamentais individuais prescritos são de aplicação imediata. Já Alexy (2001, p. 63) observa que a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida, independentemente de ordenações vinculativas jurídico-positivas. Os direitos fundamentais são o âmago dos direitos do homem; em outras palavras, constituem a própria natureza dos direitos do homem, razão suficiente para caracterizar a sua força vinculante.

Sustenta Alexy (2011c, p. 67) que, segundo a teoria dos princípios, uma intervenção em direitos fundamentais deve ser justificada pela ponderação. Insere o princípio da ponderação como o terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do Direito alemão. Nesta inserção identifica como primeiro princípio parcial da proporcionalidade o princípio da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado com ele desejado, e como o segundo, o da necessidade.

Dessa construção, afirma o autor que o princípio da proporcionalidade em sentido restrito deixa formular-se como uma lei de ponderação.

Ao explicar a lei da ponderação, Alexy (2011c, p. 68) assevera que ela deve realizar-se em três graus. No primeiro, deve ser determinada a intensidade da intervenção; no segundo, deve tratar-se da importância dos fundamentos que justificam a intervenção; no terceiro, realiza-se a ponderação no sentido restrito e verdadeiro.

Para Alexy (2011c, p. 69), a teoria dos princípios possibilita não somente a solução das colisões de direitos fundamentais, mas também um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade.

É relevante no estudo a abordagem que Alexy (2011c, p. 69) faz especificamente sobre os direitos fundamentais sociais expressos na Carta Constitucional brasileira. Este registra que a Constituição editou numeroso e generoso catálogo de direitos fundamentais, cuja consequência é uma forte pressão para não declarar todas as normas plenamente vinculativas, e sim como

meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode levar a sério a Constituição sem exigir o impossível.

Alexy (2011c, p. 69) acrescenta que a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma solução do problema da colisão. Declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer como razoável da sociedade”.

A tensão entre os princípios constitucionais é observada por Canotilho (1996, p. 190) sob o argumento de que é fruto do pluralismo e do antagonismo de ideias subjacentes ao pacto social. Observa, ainda, que a Constituição é um sistema aberto de princípios, daí podendo surgir momentos de tensão entre os princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais.

Como já visto na análise das teorias de interpretação dos direitos fundamentais, sustenta Canotilho (1996, p. 192), citando Dworkin, o emprego do princípio da unidade. Afirma que o princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos.

A colisão entre os princípios para a efetividade dos direitos fundamentais é inevitável. Diante da inevitabilidade da colisão de princípios, Barroso (2008a, p. 880) utiliza os fundamentos de Alexy para a solução desse conflito. Consigna que compete à autoridade – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não à subsunção do fato a uma regra determinada.

Como observado por Alexy, a Constituição brasileira é generosa na positivação de direitos fundamentais sociais. A sua adimplência torna indiscutível a existência de uma capacidade orçamentária e financeira do Estado. Entre esses direitos sociais está o da educação gratuita e obrigatória, concebida como direito subjetivo do cidadão, sendo dever do Estado fornecê-la de forma satisfatória.

Assim, o direito à educação está a exigir do Estado uma ação positiva; contudo, a prestação desse direito tem requerido a constante intervenção do Poder Judiciário, fruto da ação omissiva do Estado em efetivá-la de forma satisfatória, sob o argumento da incapacidade orçamentária e financeira.

Essa discussão torna-se relevante no Estado brasileiro por sua condição de país em desenvolvimento, em que os direitos fundamentais se apresentam em contínuo processo de concreção, não devendo, portanto, ficar na dependência da viabilidade orçamentária.

Krell (1999, p. 249), ao observar a exigência da disponibilidade orçamentária e financeira para a concreção dos direitos fundamentais, discorre sobre a “reserva do possível”, fundado nas lições de Canotilho, que vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma reserva do possível e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. Ressalta Krell que a teoria da reserva do possível é uma adaptação da jurisprudência alemã (*vorbehalt des Möglichen*), que entende estar a construção de direitos subjetivos para a prestação material de serviços públicos pelo Estado sujeita à disponibilidade dos respectivos recursos.

Pinto e Netto (2010, p. 157) destaca que a reserva do possível condiciona a concreção dos direitos fundamentais à existência de recursos financeiros para atender aos custos desses direitos. Nesta linha, a ausência de recursos impede a concreção dos direitos sociais. Assim, é incontroverso que a prestação dos direitos sociais pelo Estado exige suporte orçamentário e financeiro, sendo necessário que se demonstre a existência de uma situação excepcional que impossibilita a efetivação desses direitos.

É evidente que a observância dos direitos fundamentais tem custo, a ser suportado pela sociedade, mediante os tributos que lhe são impostos para a conformação orçamentária e financeira dos entes públicos. Porém não parece razoável o emprego exclusivo da reserva do possível como via impeditiva da efetividade de tais direitos, mormente quando submetidos à judicialização, em face da ação omissiva dos entes estatais.

Mastrodi (2008, p. 90) anota que os direitos sociais fundamentais positivados na Carta Constitucional não devem ser reféns de leis ordinárias,

mormente as relativas à definição do orçamento e ao princípio da reserva do possível.

Pinto e Netto (2010, p. 157) adverte, contudo, que os direitos sociais têm custos e não podem ser alargados ao infinito, nem mesmo além de um patamar proporcional entre custos e benefícios, sob pena de outros direitos e atividades estatais verem-se comprometidos. Desta forma, como registrado, a cláusula da reserva do possível não pode constituir óbice absoluto à efetividade e manutenção de nível razoável de oferecimento dos direitos fundamentais prestacionais, ressalvada a existência de Estado de exceção.

Por força da sinergia existente entre os títulos desenvolvidos neste estudo e pelos argumentos teóricos utilizados, a cláusula da reserva do possível assume dupla função, a saber: limite e garantia de realização dos direitos fundamentais. A dupla função conduzirá o intérprete a compreender três elementos indispensáveis na aplicação da cláusula da reserva do possível, quais sejam: 1) disponibilidade fática de recursos, nos limites do Estado fiscal, para concretização dos direitos fundamentais; 2) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, nos limites fiscais (orçamento, distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); 3) a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação.

A reunião dessas três dimensões permite reconhecer a que ação positiva do Estado deve atender à efetividade dos direitos sociais, visto serem direitos vinculativos e de eficácia imediata, regida a sua prestação pela ponderação entre os recursos e a intensidade do direito prestacional.

Destaque-se que a educação observável como direito fundamental social é, em relação ao generoso rol de direitos fundamentais da Carta Constitucional brasileira, o direito social de maior intensidade, visto que a educação precede a qualquer outro, até porque é a educação o direito indutor de transformação de todo e qualquer direito. Suporte, inclusive, para o processo evolutivo do Estado.

A ponderação como princípio a fundamentar o juízo valorativo do intérprete, quando da incidência da cláusula da reserva do possível em conflito com direito fundamental prestacional a ser reconhecido, apresenta-se impositiva e não

implica ineficácia do direito vindicado, pois representa a consolidação da garantia jurídica e econômica.

Bonavides (1999, p. 596-597), na mesma linha dos autores já indicados, sustenta que o Estado deve efetivar os direitos sociais por intermédio de duas formas distintas de garantia: a jurídica e a econômica. Adverte, contudo, que diante da colisão entre a garantia jurídica e a econômica, a controvérsia deve ser dirimida pelos órgãos do poder estatal com o emprego do princípio da proporcionalidade.

Não há incongruência em se falar no princípio da proporcionalidade, princípio da ponderação ou lei da ponderação, pois se trata do mesmo fenômeno, edificado a partir da doutrina alemã, como visto e exposto anteriormente, razão por que o meio a ser empregado na solução da controvérsia é único, ainda que identificado pelos doutrinadores com terminologia diversa.

Na essência, o princípio da reserva do possível compõe a estrutura principiológica constitucional, não podendo deixar de ser considerado no processo de efetividade dos direitos fundamentais. Questiona-se, no entanto, a fundamentabilidade deste princípio para a não realização do direito prestacional educacional de forma satisfatória, cuja consequência é um processo contínuo de retrocesso dos direitos sociais.

Nesta seara, impõem-se algumas observações sobre a construção do princípio da proibição do retrocesso social, isto porque as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a serem destacadas e analisadas, quando o direito à educação gratuita e obrigatória é exigido, têm sua fundamentação exclusivamente no princípio da reserva do possível, sem discussão sobre o retrocesso ocorrido quando não se determina o seu fornecimento de forma satisfatória.

Krell (1999, p. 243) ponderava, na década de 90, que a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social propiciaria uma maior proteção aos direitos fundamentais. Argumentava que inexistia, à época, um aprofundamento do alcance do princípio da proibição do retrocesso social, já que a discussão não deixava claro se a proibição se referia tão só à atividade legislativa ou também ao nível de organização fática dos serviços básicos e do volume das prestações

materiais, destacando, de igual modo, a ausência de decisões dos Tribunais fundamentadas no princípio da proibição do retrocesso social.

Neste contexto de conflito principiológico, o princípio de proibição de retrocesso social, sugere a sua compreensão, a fim de conciliar e ponderar o limite econômico e o retrocesso quanto ao direito fundamental à educação gratuita e obrigatória, visando contribuir para a fundamentação dos julgados das Cortes, quando o direito à educação for submetido à justicialização.

É importante registrar que o presente trabalho não visa à comprovação da existência implícita do princípio da proibição do retrocesso social na ordem constitucional brasileira, mas parte do seu reconhecimento para admitir a possibilidade de sua aplicação de forma ponderada com o princípio da reserva do possível na efetivação do direito fundamental à educação gratuita e obrigatória, quando tal pretensão não for realizada satisfatoriamente pelos entes estatais e o Judiciário for acionado para tornar efetivo este direito.

Afirma Pinto e Netto (2010, p. 113) que dos princípios expressamente consagrados na Constituição Brasileira não se observa nenhuma menção a uma proibição de retrocesso social, o que não implica o impedimento de se verificar a possibilidade de justificar a existência de tal princípio.

Pinto e Neto (2010,p. 113) na linha de reflexão de Canotilho compreende que os princípios que compõem a ordem constitucional não são apenas os princípios escritos, mas também os não escritos, como elementos integrantes da estrutura constitucional. Apresenta como exemplos, entre outros, o princípio da proporcionalidade, da proteção, da não retroatividade – expresso só para certas matérias –, da proibição do retrocesso social e da proibição da evolução revolucionária.

Com o intuito de reconhecer a existência de princípios não explícitos na ordem constitucional, posiciona-se Alexy (2001, p. 70-71) no sentido de que as normas de direito fundamental podem ser normas diretamente fixadas na Constituição ou normas de direito fundamental a elas adscritas. A adscrição dessas normas necessita de fundamentação coerente e consistente.

Pinto e Netto (2010, p. 115) apresenta quatro pilares para fundamentar a existência do princípio da proibição do retrocesso social na Carta Constitucional brasileira e na portuguesa, assim identificados: a) a supremacia da Constituição; b) o postulado de máxima eficácia das normas de direitos fundamentais; c) os princípios estruturantes do Estado Constitucional; d) a internacionalização dos direitos fundamentais.

É importante mencionar, antes da compreensão dos pilares que justificam a existência implícita do princípio da proibição do retrocesso social destacado pela autora, que a observação por ela realizada não tinha a finalidade de atender à proteção individual fundada em posições fáticas subjetivas em face da legislação disciplinadora do direito fundamental. O que se deseja neste estudo é a conciliação do princípio do retrocesso social com o princípio da reserva do possível, diante de situações fáticas concretas, quando da justicialização do direito fundamental à educação.

Sobre a supremacia da Constituição como um dos pilares do reconhecimento da existência do princípio da proibição do retrocesso social, é de se afirmar que nenhum ato estatal poderá ser realizado sem que seja condizente com a própria ordem constitucional.

Pinto e Netto (2010, p. 116) considera a Constituição como um conjunto normativo de ordem superior, razão por que se impõe a qualquer atuação estatal, devendo, portanto, tornar vinculativa formal e materialmente a realização dos atos normativos ao parâmetro constitucional.

Neste cenário, a autora destaca que a ordem constitucional não somente proíbe comportamentos não conformes, mas determina ações dirigidas à sua concretização, atentando para a necessidade de se observar o amplo espaço de conformação política para a concreção dos mandamentos constitucionais, a partir de avaliação política de prioridades.

É de se realçar que a supremacia da Constituição se acha intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais, já que as normas disciplinadoras desses direitos, conforme dito no capítulo anterior, possuem natureza jurídico-positiva, exigindo do Estado um comportamento proativo de concretização.

Em sendo os direitos fundamentais direitos do homem positivados na Carta Constitucional, e de natureza jurídico-positiva e eficácia imediata, incumbe ao Estado dar-lhes eficácia.

Pinto e Netto (2010, p. 121) sustenta a máxima eficácia das normas de direitos fundamentais e afirma que as previsões de eficácia imediata conferida na Constituição aos direitos fundamentais implicam a imposição de conferir eficácia a tais direitos, o que encontra disciplinamento no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Argumenta Pinto e Netto (2010, p. 123) que se as normas constitucionais possuem primazia em relação às outras normas, com maior razão é a primazia das normas de direitos fundamentais, apoiadas na dignidade da pessoa humana, razão por que se exige do Estado uma ordem de máxima eficácia para a sua concreção, cujo resultado lógico é a vedação de se retroceder na efetivação dos direitos sociais.

Quanto ao terceiro pilar de sustentação da existência do princípio da proibição do retrocesso social – princípios estruturantes do Estado Constitucional –, anota-se que a partir da construção do Estado Social, na sua estrutura três princípios sustentam a existência deste Estado. São eles: da juridicidade, da democracia e da sociabilidade.

Em linhas gerais, o princípio da juridicidade se apresenta como limitador da atuação estatal, exigindo que suas ações sejam pautadas por critérios jurídicos preestabelecidos, devendo, portanto, obediência não somente à Lei, mas também ao Direito. Sobre o princípio da democracia, Pinto e Netto (2010, p. 127) busca sintetizá-lo na célebre frase de Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. No momento evolutivo da sociedade, é de se compreender tal princípio como elemento indutor e construtor do homem-cidadão, este tomado como o centro da existência do próprio Estado, razão por que o Estado deve sempre avançar de forma progressiva, constante e sem retrocessos na concreção dos direitos fundamentais sociais positivados.

Como consequência lógica, surge o princípio da sociabilidade, já que as normas de natureza social são impositivas no sentido de se alcançar a existência

do homem-cidadão, ou seja, o destinatário dos direitos sociais consagrados e submetidos ao constante processo de concretização.

Nesta mesma linha, porém com outras palavras, Pinto e Netto (2010, p. 129) sustenta que o princípio da sociabilidade tem força jurídica a exigir uma atuação estatal positiva no sentido consagrado, o que se realiza com a proibição de atuar em sentido oposto. Afirma que este princípio se densifica em diversos direitos sociais que tornam inequívocos e inafastáveis os deveres estatais concretos e exigíveis.

Sólidos são os argumentos esboçados para o reconhecimento da existência do princípio da proibição do retrocesso social, a partir da compreensão dos princípios estruturantes do Estado Social, intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Aduz-se, ainda, como pilar da existência do princípio da proibição do retrocesso social, a internacionalização dos direitos fundamentais. Para a finalidade deste estudo, não se observa a necessidade de uma discussão mais aprofundada, mas impõe-se ao menos destacar a previsão do art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, registrado por Pinto e Netto (2010, p. 133), que atribui aos Estados a adoção de medidas até o máximo dos recursos de que disponham, isoladamente ou em cooperação internacional, para atingir progressivamente a plena efetividade dos direitos nele contidos.

É de fácil intelecção que o objetivo previsto no Pacto é provocar, estimular e comprometer os Estados para o desenvolvimento de ações positivas permanentes e crescentes, no limite de sua capacidade econômica e financeira, contando, se necessário, com a colaboração internacional, para a efetivação dos direitos sociais constantes no aludido Pacto.

A fundamentação teórica empregada confirma a existência do princípio implícito da proibição do retrocesso social na Carta Constitucional brasileira. Cumpre efetuar então a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da judicialização do direito subjetivo à educação, sob o fundamento da reserva do possível para a efetividade desse direito. Contudo, conforme será explicitado, é cabível uma fundamentação para

além da reserva do possível com o emprego do princípio da ponderação entre os princípios da reserva do possível e da proibição do retrocesso social.

No processo de interpretação da norma constitucional, especialmente na efetivação do direito à educação, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a necessidade de sua implementação material, porém submetida à pertinência do princípio da reserva do possível, conforme se observará nas decisões que serão destacadas.

O Supremo Tribunal Federal, por intermédio de sua 2ª Turma, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5 – São Paulo, que teve como relator o ministro Celso de Mello, e como agravante o Município de Santo André, reconhece residir primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, embora também afirme a justicialidade do direito subjetivo à educação.

Da decisão referida, extrai-se, no essencial, que o Supremo Tribunal Federal reconhece a justicialidade do direito à educação, quando negligenciado tal direito pelos Poderes Executivo e Legislativo, ao afirmar que a prerrogativa de formular e executar políticas públicas é primariamente dos Poderes aludidos. Porém, revela-se possível ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, sobretudo nas hipóteses de políticas públicas definidas na própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – se mostra capaz de comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estrutura constitucional.

É notório que o Supremo Tribunal Federal reconhece a imperatividade da política pública educacional de natureza obrigatória e gratuita, porém não deixa de admitir a possibilidade de que esta não seja efetivada devido à incapacidade econômico-financeira. Nos fundamentos da decisão, observa-se a assertiva de que o Supremo não deixa de conferir significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível, notadamente em sede de efetivação dos direitos sociais de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas”.

Aduz, ainda, a decisão que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de se caracterizar pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de uma inescapável vinculação financeira subordinada às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira do ente estatal, deste não se poderá exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

É de se destacar que a aplicação do princípio da reserva do possível não pode ser anulada, porquanto os princípios constitucionais não se anulam, mas se harmonizam. O que se destacará é a densificação e a primazia da política pública educacional com relação às demais políticas públicas, levando-se em conta a generalização do princípio da reserva do possível, destacado na decisão em comento, tendo em vista que não há como retroceder na política pública educacional.

A posição do Supremo Tribunal Federal, de aplicação isolada do princípio da reserva do possível quando a política pública educacional for submetida à judicialização, tornou-se uma regra a fundamentar as decisões dos Tribunais, mormente as do Superior Tribunal de Justiça, sem que se tenha desenvolvido algum raciocínio lógico a impedir o retrocesso pela suposta ou objetiva incapacidade financeira na área educacional.

Nos fundamentos utilizados no voto do Acórdão 2005/174094-5, do STJ, Recurso Especial 790175/SP, o relator, ministro José Delgado, da 1ª Turma, ressalta que a determinação judicial do dever de se efetivar a política pública de educação pelo Executivo não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração, já que não há discricionariedade do administrador ante os direitos consagrados constitucionalmente. No julgamento há a afirmação de que a atividade é vinculada, sem a admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

No mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal, reconhece a impositividade do direito subjetivo à educação, mas aduz a pertinência à reserva do possível, frise-se, sem nenhum argumento sobre a possibilidade de retrocesso social dessa política pública, quando da suposta ausência de recursos, ficando o

debate limitado à reserva do possível. Com os mesmos argumentos identificam-se as decisões que se destacam a seguir.

Na mesma linha, o Acórdão nº 2005/0008518-5, no Recurso Especial nº 718203/SP, da 1ª Turma, em que o relator, o ministro Luiz Fux, entre os argumentos utilizados, enfatiza que o direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível em função do bem comum maior a ser protegido, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Merece destaque o reconhecimento na decisão de que a Carta Constitucional, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Pública e o Mandado de Segurança Coletivo como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Em idêntico sentido tem-se, também, o Acórdão 2003/0143232-9, no Recurso Especial 575280/SP, em que figura como relator o ministro José Delgado, que entre os vários argumentos utilizados para o reconhecimento do dever do Estado de implementar a política pública educacional, destaca que “um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação a um plano diverso daquele que o coloca como uma das mais belas e justas garantias constitucionais”.

O mesmo Tribunal, no Recurso Especial 753.565/MS, tendo como relator o ministro Luiz Fux, Acórdão 2005/0086585, sobre a intervenção do Poder Judiciário para determinar a implantação da política pública de educação em face da desídia do Poder Executivo, manifesta-se no sentido de que a imposição jurisdicional à Fazenda Pública não infringe a harmonia dos Poderes, porquanto no regime democrático e no Estado de Direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os Poderes, o

Judiciário, dado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

Não se pode ser ingênuo ao ponto de não se compreender que a política pública para a sua concreção está a exigir a real disponibilidade orçamentária e financeira, e como tal o princípio da reserva do possível se revela pertinente, conforme se constata nas decisões destacadas.

Porém, algumas reflexões se fazem necessárias sobre os gastos públicos.

Oliveira (2011, p. 302) adverte que a concreção dos direitos fundamentais exige a escolha de instrumentos e a disponibilização de verbas para a efetivação das políticas públicas. Desta forma, a efetividade desta política pressupõe uma decisão política, ou, em outras palavras, uma avaliação política de gastos. Em sendo assim, a deliberação política exige vinculação com a primazia da política a ser efetivada e progressivamente implementada, sem que esteja submetida a retrocessos.

A política pública educacional é indiscutivelmente a de maior valor observável na Carta Constitucional, inclusive pelo comprometimento do Estado em tornar efetiva, real e concreta a educação obrigatória e gratuita. Como direito subjetivo público, a política educacional deve ser dirigida, decerto, às camadas menos favorecidas da população brasileira, não se mostrando, portanto, razoável admitir qualquer retrocesso sob o fundamento da incapacidade financeira, já que a existência dessa capacidade decorre de uma avaliação política dentro dos limites orçamentários e financeiros dos entes federativos, questão não enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em que a pertinência reside no princípio da proibição do retrocesso social em perfeita harmonia com o princípio da reserva do possível, a partir do emprego do princípio da ponderação.

Sabe-se que os recursos são finitos, porém a arte de governar pressupõe a avaliação política de concreção das políticas públicas de maior valor, a fim de concretizar as políticas que atendam os mais necessitados, sob pena de reações desproporcionais e danosas à própria existência do Estado Social.

Sobre essas possíveis reações e a noção de discriminação positiva, Oliveira (2011, p. 301) destaca que na França, em novembro de 2005, em decorrência de uma política mal dirigida, os *banlieus* foram sacudidos por uma onda de violência que externou a repulsa à política pública vigente. Na oportunidade, a população mais pobre, que sofria sistemática discriminação, descarregou toda a sua revolta promovendo incêndios patrimoniais. O autor destaca ainda que a mesma reação poderia ter ocorrido na Inglaterra, país que conserva verdadeiros guetos de estrangeiros vivendo à parte da sociedade inglesa.

Oliveira (2011, p. 303) analisa as reações operadas na França e vislumbra a possibilidade de sua ocorrência em outras localidades da Europa. Aponta para o renascimento da noção de discriminação positiva, ou seja, a concreção de políticas públicas que objetivam fazer mais pelos que têm menos. Dessa forma, os gastos públicos devem ser dirigidos para igualar homens e mulheres, para inserir deficientes, para realizar políticas de inclusão, cabendo, portanto, ao Estado o papel de vetor da promoção social.

É de se destacar o acerto da discriminação positiva num Estado Social em evolução como o brasileiro, que tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, a fim de alcançar o bem-estar social para todos, sem nenhuma forma de discriminação.

Adverta-se, contudo, que para a efetivação dos direitos fundamentais não devem ser estimuladas as reações destacadas anteriormente para a conscientização dos governantes, mas sim cumprir as prestações positivas do Estado, visando à justicialização de tais direitos.

A primazia do direito subjetivo público à educação pode ser afirmada em razão da decisão tomada pelo constituinte originário de positivar no art. 212 da CF o dever da União de aplicar nunca menos de 18%, e os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, nunca menos de 25%, na manutenção do ensino, resultante, a aplicação dos percentuais, dos impostos e das transferências constitucionais.

Em lúcida reflexão, Oliveira (2011, p. 304) aduz que o maior valor encampado pelo constituinte originário foi dirigido ao ensino, privilegiando-o com a maior dotação orçamentária, estabelecendo exceção ao princípio da não vinculação orçamentária.

Pertinente, portanto, a discussão de como realizar o gasto público. Como já dito, as políticas públicas estão assentadas no primeiro plano normativo na Carta Constitucional, razão por que se exige a adoção de providências para a sua concretude, a partir do processo de ponderação quanto à importância dos direitos fundamentais sociais para alcançar os objetivos primordiais da República.

Questão que persegue o debate é a finitude dos recursos. Diante desta e da crescente demanda para a concretude dos direitos sociais, os gastos públicos, necessariamente, estarão submetidos à escolha dos gestores, mas não a uma escolha discricionária. A escolha encontra-se vinculada aos valores dos direitos fundamentais sociais positivados na Carta Constitucional.

Oliveira (2011, p. 301), acerca da assimetria entre recursos e gastos, sugere a perquirição do conceito de necessidade, que terá conteúdo econômico, devendo tal perquirição buscar a identificação de um bem da vida, no momento histórico de sua postulação. Isso implica a correlação entre o interesse e a disponibilidade.

Não se deve, pela correlação entre o interesse e a disponibilidade, concluir isoladamente pela pertinência exclusiva da reserva do possível, mas, também, perquirir a relevância do direito fundamental negligenciado e o tratamento constitucional a ele assegurado, a fim de impedir o retrocesso do direito em processo de concretude. Isso significa reconhecer a existência do princípio da proibição do retrocesso social, de maneira que um princípio não anule o outro com o emprego da ponderação.

Em reflexão que se amolda ao propósito deste estudo, Oliveira (2011, p. 306) propõe um questionamento relevante, não observável nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: é possível sacrificar o interesse da sociedade em benefício de credores contratuais ou quirografários? É legítimo beneficiar credores da dívida fundada em detrimento de valores previstos na Constituição da República?

Sob a ótica do autor, a resposta é negativa, considerando-se a relevância dos direitos fundamentais sociais descritos no Título VIII da Constituição Federal, sob o rótulo de ordem social. Como consequência da resposta, o autor sustenta a inconstitucionalidade se a escolha derivar do pagamento em detrimento dos direitos fundamentais sociais, em face dos vetores previstos nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal.

Mesmo com esses argumentos, a dúvida persiste diante da limitação de recursos para custear os direitos fundamentais sociais consagrados na Carta Constitucional. Contudo, a escolha para a realização do gasto constitucional com o direito social fundamental exigido deve observar a importância do valor albergado no suporte fático.

Com relação ao valor albergado, Oliveira (2011, p. 307) sentencia que não se trata de sopesar valores, de compará-los, de entendê-los empatados, de jogar com lesão mínima, média ou grave. O que importa é identificar se diante da realidade fática que se apresenta existirá perecimento do direito. Nesta quadra, age o Estado, portanto, para salvar o valor encampado na norma.

Arremata o autor que este proceder não constitui quebra de valores ou de garantias. Na verdade, todos os direitos fundamentais sociais estão protegidos pela Constituição, porém uns são mais importantes do que outros, no momento em que a situação fática se apresenta.

Desse modo, é de se realçar que há possibilidade de prevalência de um direito em relação ao outro, quando o valor albergado neste for de relevância significativa a impedir o seu perecimento. A dificuldade está em como compreender a relevância de um direito em relação ao outro, para que não se anulem os princípios constitucionais que devem regular a sua concreção.

Como visto anteriormente, a doutrina alemã refletida na doutrina brasileira sugere o emprego do princípio da ponderação para a solução das controvérsias e dos conflitos resultantes das situações fáticas.

Impõe-se, no caminho conclusivo deste capítulo, compreender as lições de Alexy sobre o emprego da lei da ponderação. Destaca-se que o objetivo é iniciar um processo reflexivo de contribuição na realização do ato de conhecimento das

decisões das Cortes, com ênfase, também, no princípio da proibição do retrocesso social, sem a pretensão de anulação do princípio da reserva do possível.

Assevera Alexy (2011c, p. 156) que a ponderação desempenha um papel fundamental em muitos tribunais, e que para o direito alemão é parte de um princípio mais amplo, denominado de princípio da proporcionalidade.

Quando das observações sobre a interpretação dos direitos fundamentais, com base em Alexy, ficou registrado que o princípio da proporcionalidade alberga três outros princípios: o da idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito. Na essência, os princípios parciais da idoneidade e da necessidade concernem à otimização das possibilidades fáticas; já o terceiro princípio consiste no emprego da ponderação entre os princípios em conflito.

Alexy (2011c, p. 156) propõe que esse princípio pode ser assim representado: “Quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Essa regra pode ser designada como “lei da ponderação”.

No cenário de discussão tem-se, de um lado, o dever do Estado de promover o ensino obrigatório e gratuito, como direito subjetivo público, que, diante de situações fáticas fundamentadas na insuficiência financeira, é negligenciado; e, do outro lado, tem-se o dever do Estado de concretude de seus objetivos fundamentais, a partir da educação de seu povo, para de forma progressiva eliminar as desigualdades sociais, sem retrocesso no seu grau de sociabilidade.

A fim de ilustrar o debate, frisa-se que a lei da ponderação como via de escolha dos gastos públicos a ser utilizada pelos governantes encontra-se assentada no princípio democrático, pois são estes detentores de mandato popular que possibilitam que a insatisfação da sociedade com a não concretude dos direitos fundamentais seja exteriorizada quando da realização dos pleitos eleitorais. Tome-se para exemplo a não recondução do governante dirigente, como ocorreu recentemente na França.

A questão torna-se mais complexa quando a concretude dos direitos fundamentais é submetida à justicialização, em face da ausência de mandato popular dos julgadores.

Afirma Alexy (2011c, p. 163-164) que a representação do povo por um tribunal é argumentativa e orientada para um ideal, significando, portanto, que a representação é construída pela união de uma dimensão normativa, de uma fática e de uma ideal. Desta forma, a representação democrática na justicialização dos direitos fundamentais baseia-se na ideia de correção.

O que se quer dizer é que a justicialização implica a aplicação de uma correção, dada a negligência dos gestores na concretude dos direitos fundamentais, porém devem ser utilizados fundamentos consistentes para o atendimento do direito positivado, a fim de atender ao mais elevado grau de sociabilidade.

Retomando a discussão sobre a lei da ponderação, necessário se faz compreender a estrutura desta lei.

Demonstra Alexy (2011c, p. 158) que a ponderação decompõe-se em três passos ou graus. O primeiro é a comprovação do grau do não cumprimento ou prejuízo do primeiro princípio; o segundo passo é a comprovação da importância do princípio em sentido contrário. Na sequência, busca-se comprovar se a importância do segundo princípio justifica o prejuízo ou o não cumprimento do primeiro.

No caso em debate, tem-se o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que o direito fundamental social à educação obrigatória e gratuita é norma de eficácia plena a exigir uma ação positiva do Estado para a sua concretude, e como tal a sua negligência enseja a sua justicialização, contudo, submetido à pertinência da reserva do possível. Em sentido oposto, tem-se de admitir que com a limitação de gastos com a educação há possibilidade de se retroceder na concretude gradual da educação das camadas menos favorecidas.

Utilizando-se os passos da lei da ponderação proposta por Alexy, é de se observar a possibilidade de espaço nas decisões do Supremo Tribunal Federal e

do Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social, sem anulação do princípio da reserva do possível.

Há pertinência na reserva do possível para a simetria das receitas com os gastos públicos. A resposta é afirmativa, visto que somente se efetivam gastos públicos com a correspondente alocação de recursos. No sentido contrário, as normas constitucionais disciplinadoras da educação obrigatória e gratuita asseguram progressiva concretude, sem admissão de retrocesso no seu alcance social.

A resposta está a exigir algumas considerações para justificar a sua afirmação. Como primeiro argumento há a escolha do constituinte de fixar o maior percentual para assegurar o financiamento público com a educação, estabelecendo para tanto limites mínimos – 18% da receita da União e 25% das receitas dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal –; na sequência do financiamento público, acha-se o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização da Educação (Fundeb), que deve atender a toda a educação básica, da creche ao ensino médio. Destaque-se que o Fundeb está em vigor desde janeiro de 2007 e terá vigência até 2022. Como financiamento adicional há, ainda, a contribuição social do salário à educação, recolhida pelas empresas.

Observa-se também a primazia desse direito social fundamental na fixação de um piso nacional para os profissionais da educação escolar pública, acrescido pela Emenda Constitucional nº 53/2006.

Adicione-se, como argumento a sustentar a primazia da política educacional, o poder-dever do gestor de promover a reposição de servidores aposentados ou falecidos na área de educação, mesmo que o limite de gasto com pessoal já tenha alcançado o limite prudencial, numa clara demonstração de que os limites fixados para despesa com pessoal não podem impedir o processo contínuo de concretude da política pública de educação obrigatória e gratuita.

Desta forma a República, para atingir os objetivos fundamentais, deve assegurar a progressividade concreta e real da educação de seu povo, sem que ocorra retrocesso no processo de efetivação.

Na estrutura da lei da ponderação, o terceiro passo é comprovar a importância do cumprimento do segundo princípio em prejuízo do primeiro. Pelos fundamentos indicados, é evidente que a opção do legislador constituinte foi não admitir nenhum retrocesso no processo de concretude do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita. Há uma concordância doutrinária: a colisão somente se resolve pelo emprego da técnica da ponderação, porém não necessariamente com os critérios construídos e apresentados por Alexy.

Assim, é de se apresentar a proposta de utilização por outro viés argumentativo. Novais (2017, p. 245), ao tratar do controle da observância dos limites aos limites dos direitos fundamentais, destaca que mesmo quando se considera que um direito fundamental pode ser limitado, é de se entrar numa última e decisiva fase ou instância de controle: a verificação de constitucionalidade da medida restritiva que foi concretamente adaptada.

Novais (2017, p. 251) propõe, na teoria dos direitos fundamentais, como trunfos sujeitos à reserva geral imanente de ponderação, a verificação sucessiva de fases: primeiramente, a fase de delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental e de identificação de existência de uma restrição; a seguir, a fase da justificação da restrição; e, por fim, a fase do controle da observância dos limites aos limites.

No propósito de justificar que a sua teoria difere da proposta de solução construída por Alexy, Novais (2017, p. 251) busca exemplificar com um conflito entre liberdade de imprensa e direito à privacidade. Na aplicação de sua teoria, sugere que, primeiramente, pondere-se qual o bem que nas circunstâncias do caso (proibição de fotos íntimas) deve prevalecer (liberdade de imprensa ou direito da intimidade). Prevalecendo o direito à intimidade, determina-se a cedência parcial ou total da liberdade de imprensa, seja através de uma indenização ao ofendido, seja por intermédio de uma censura de imagens. Na sequência, é de se verificar, para fins de proporcionalidade, se a medida concretamente adaptada é ou não desproporcionada, e, no terceiro elemento, pondera-se se a medida restritiva produzirá menor grau de sacrifício ao bem não eleito como prevalente. Assim, não se repete aquela primeira ponderação entre liberdade de imprensa e direito à intimidade.

Para Novais (2017, p. 252), a técnica de aplicação de sua teoria muda radicalmente o panorama e os resultados do controle da observância do princípio constitucional da proibição do excesso, pois rompe com o tipo de controle teste, segundo uma lógica de verificação sucessiva linear de aptidão, necessidade e proporcionalidade, passando, portanto, a uma lógica de comparação entre as medidas restritivas alternativas que tenham globalmente em conta a eficácia e o grau de sacrifício produzido.

Novais (2017, p. 252-253) observa que a sua teoria reduz, nesta última fase, o subjetivismo, pois a ponderação deixa de ser a que é feita em termos de bem contra bem, passando a estruturar-se em termos de comparação entre as medidas alternativas, a atribuir um menor grau de sacrifício ao bem não eleito como prevalente. Neste sentido, a relação só é suscetível de se revelar abertamente como desproporcionada ou, ao invés, como não desproporcionada, quando se comparam incrementos marginais de benefício e sacrifício de duas medidas alternativas.

Destaca Novais (2017, p. 255/256) ser este o tipo de ponderação decisiva que se realiza no domínio dos direitos fundamentais, e não as ponderações entre princípios, bens ou direitos em colisão, como é habitual na vulgarização da teoria dos direitos fundamentais como princípios.

De fato, a técnica utilizada na aplicação da teoria dos direitos fundamentais como trunfos retira, parcialmente, o elevado grau de subjetividade presente na teoria dos princípios, mas não a anula, muito pelo contrário, a esta se adiciona na busca de melhor equalizar o sacrifício ao direito fundamental a ser submetido a restrição. Neste sentido, a identificação de medidas alternativas para o financiamento da política pública à educação obrigatória e gratuita, em face das restrições fiscais e orçamentais, pode utilizar a técnica sugerida, nesta teoria, para melhor superar a finitude dos recursos como elemento objetivo a ser considerado na restrição deste direito prestacional.

No Estado Constitucional brasileiro, a relevância do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita é incontroversa pelos argumentos doutrinários e jurisprudenciais deduzidos no curso do estudo; a sua efetividade está, ainda, a exigir a intervenção do Poder Judiciário para a sua concretude, mas

novos argumentos precisam ser incorporados aos julgados dos Tribunais Superiores visando à superação dos diversos limites identificados na pesquisa (limites fiscais – limites do novo regime fiscal).

Sem a intervenção mais efetiva do Judiciário, não existirá alteração de realidade. Na rota de colisão entre os limites fiscais e a efetividade do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita, critérios de matriz constitucional devem orientar a *ratio decidendi*. *Prima facie*, pelos argumentos deduzidos na pesquisa se pode afirmar que a toda a produção normativa doméstica relativa ao direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita adotou como paradigma o texto constitucional e o sistema normativo internacional.

Pode-se, assim, de logo afirmar que a produção legislativa doméstica obedeceu ao duplo controle vertical material: 1) a Constituição Federal de 1988 e os tratados de direitos humanos; e 2) os tratados internacionais comuns em vigor no país. Neste cenário, já se pode, categoricamente, dizer da não necessidade de utilização do vasto arsenal para invalidar as normas domésticas, pois o legislador pátrio não tem transigido no cumprimento do duplo controle. Isso não significa que sua oferta corresponda ao sistema explicitado no sistema normativo doméstico e no sistema internacional.

Retornando aos critérios de matriz constitucionais a serem utilizados para o afastamento dos limites fiscais na efetividade da política pública de educação obrigatória e gratuita pelo Poder Judiciário, cumpre elencá-los e refletir sobre eles.

Entre os critérios de matriz constitucional, evidencia-se a incontroversa competência do Poder Judiciário para interferir na concretude dos direitos fundamentais, mormente a política pública à educação obrigatória e gratuita, como se pode observar dos registros das deliberações dos Tribunais Superiores, apesar de tímida alteração da realidade, pois a relevância da cláusula da reserva do possível aplicada nos julgados foi desprovida de análise mais densa sobre a realidade fiscal dos entes federativos que figuraram como parte nas relações jurídicas.

Nas razões das deliberações, observa-se que o pressuposto fundamental a justificar a intervenção do Poder Judiciário é a omissão do Poder Público,

admitindo-se, a partir da omissão, a utilização dos mecanismos instrumentais a assegurar a efetividade do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita.

Evidencia-se, no Estado Constitucional, que a efetivação de direitos prestacionais pressupõe disponibilidade financeira. Não se pode confundir disponibilidade financeira com o orçamento, pois a peça orçamental constitui tão somente o veículo de disciplinamento dos recursos que compõem a realidade fiscal dos entes federativos; portanto, os recursos alocados nas categorias econômicas são o resultado da receita dos entes. É de se destacar, ao menos, que na ordem constitucional brasileira existe um piso para o financiamento da política pública educacional, mas deve-se considerar que os recursos são finitos.

Outro critério a ser considerado para fazer incidir a cláusula da reserva do possível é a comprovação incontestada de escassez de recursos, com verificação efetiva da não manipulação da atividade financeira do ente, prática, por sua vez, adotada pelos entes federativos para subestimar a receita, cuja consequência é a alocação de recursos inferiores ao devido, mesmo fazendo incidir o percentual constitucional assegurado.

Na matriz constitucional destaca-se, como critério a ser utilizado para compatibilizar o direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita e a disponibilidade financeira disciplinada na lei orçamental, o princípio da ponderação. Utilizada a ponderação, o que se pretende para assegurar uma política pública de educação de qualidade mínima é que o resultado reconheça o mínimo existencial, que no direito fundamental referido no estudo corresponderá ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, esses argumentos deverão integrar a *ratio decidendi* das decisões do Poder Judiciário, a fim de encaminhar intervenção que possa, gradualmente, modificar os dados do Unicef sobre a educação obrigatória e gratuita no Estado brasileiro, política pública de elevada relevância para reduzir as desigualdades sociais.

Impõe-se, ainda, indicar caminhos alternativos para superar os limites fiscais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Novo Regime Fiscal estabelecido pela Emenda Constitucional 95/2016.

Não sem razão, o art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao fixar os contornos de verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 da mesma lei, instituiu as vedações aos Poderes quando a despesa com pessoal exceder 95% dos limites. Ressalvados, contudo, os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição e a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança.

Conclui-se que a recomposição do quadro de servidores da área de educação, quando da vacância de cargos por aposentadoria ou falecimento de servidores, não encontra vedação, mesmo que as despesas com pessoal já tenham alcançado o limite de 95% da alíquota de despesa total com pessoal, no âmbito do Poder Executivo, isto por constituir a área de educação serviço essencial e imprescindível ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Entre as despesas que devem ser excluídas, previstas no § 1º do art. 19 da Lei Complementar nº 101/00, identificam-se as decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18. Sobre esta exceção o que se deve considerar é o não cômputo, para fins de obediência aos limites estabelecidos, dos valores anteriores ao período de apuração. Já a espécie remuneratória resultante da decisão judicial deve ser considerada no limite de despesa com pessoal, conclusão que resulta da interpretação em consonância com o § 2º do art. 19, cujo enunciado prescreve: “observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20, mas a inclusão no limite do respectivo poder resultará na superação do limite de correção dos gastos públicos fixado no Novo Regime Fiscal” (Emenda nº 95/16). Isso constituirá uma solução alternativa para um maior volume de recursos na política pública de educação fundamental obrigatória e gratuita.

Em adição, não se pode esquecer, como destacado anteriormente, o comando do art. 10 da Lei nº 13.005/2014, que determina que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios, necessariamente, devem consignar dotações orçamentárias suficientes para cumprir as diretrizes, metas e estratégias definidas no PNE, com os respectivos planos estaduais, distrital e municipais de educação, a fim de viabilizar suas plenas execuções; como também as disposições do art. 3º, inciso I, da Lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016, que institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019, e que menciona, em primeiro lugar, as metas inscritas no Plano Nacional de Educação, como prioridades da administração pública federal para o atual quadriênio do seu ciclo orçamentário.

A efetividade do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita exige a equalização entre receita e despesa, sem prescindir da sinergia presente nos sistemas normativos internacional, constitucional e infraconstitucional disciplinadores do direito prestacional estudado seja a orientadora das ações dos gestores públicos.

## CONCLUSÃO

O estudo objetivou compreender o direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita sob a perspectiva de sua efetividade e a partir da intervenção do Poder Judiciário para a superação de limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pelo novo Regime Fiscal. A trajetória do estudo, especialmente na primeira parte, buscou sedimentar o reconhecimento do direito à educação como direito fundamental prestacional e identificá-lo na dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja base é a teoria da efetividade dos direitos fundamentais.

Na conclusão do estudo identificou-se, com base nas opções de natureza teórica, como o direito fundamental à educação obrigatória e gratuita evoluiu no sistema constitucional e legal brasileiro, em harmonia com o sistema normativo internacional. Por outro lado, o estudo reconhece que a intervenção do Poder Judiciário para concretizar o direito à educação apresentou-se timidamente, sem alteração significativa da realidade, razão pela qual sugere novos elementos para a superação de limites fiscais no presente e no futuro, na vigência de um novo Regime Fiscal.

No desenvolvimento do estudo, os objetivos alcançados precisam ser apresentados e sintetizados neste momento conclusivo, fazendo-se impositivo realçar que a tarefa foi construída em duas partes, a saber: a) A educação fundamental como direito fundamental e dever estatal na Constituição Federal e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; b) o problema dos limites fiscais e orçamentários, bem como da assim chamada reserva do possível para a efetividade do direito fundamental e dever estatal de proteção e promoção do direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita.

Como elemento inaugural do trabalho, observou-se a educação na evolução do Estado Constitucional brasileiro, em que a Carta Constitucional de 1988 estabelece a educação como um direito de todos e dever do Estado, da família e a sociedade, cuja finalidade, a partir da implantação do direito pela política pública correspondente, é alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa

para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, do pluralismo, da gratuidade, da valorização dos profissionais da educação, da gestão democrática, da qualidade e da fixação de um piso profissional nacional aos profissionais da educação escolar pública, nos termos da legislação infraconstitucional. Neste cenário se edificou a premissa para o efetivo reconhecimento do direito à educação nas dimensões formal e material.

Nesta ordem, imprescindível para fundamentar a premissa o estudo da teoria de Sarlet, para quem a formalidade do direito fundamental repousa na seara da sua positivação na Carta Constitucional, sustentando-se este direito na própria essência do Estado Democrático e ocupando na Carta Maior o *status* da supralegalidade, a estruturar o sistema constitucional, submetendo-se, entretanto, aos limites formais e materiais – como direito pético (art. 60 da CF) cujo dever de cumprimento vincula entidades públicas e privadas. A positivação na Carta Constitucional não resta suficiente, exigindo-se uma dinâmica de efetividade do direito fundamental, pois a materialidade é a própria condição de existir, por intermédio do princípio da dignidade da pessoa humana, do Estado e da sociedade contemporânea.

No estágio subsequente do estudo, observou-se a existência do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita como direito subjetivo que reconhece o titular do direito numa posição jurídica ativa ou de vantagem, cuja prerrogativa estabelecida de conformidade com regras de direito objetivo institui que o exercício, ou não, dependerá de seu titular. A afirmação do direito à educação como direito subjetivo definitivo e com posição preferencial na perspectiva constitucional constituiu elemento fundamental para construir os fundamentos da superação dos limites identificados na segunda parte do estudo.

Na primeira parte, buscou-se, ainda, a consolidação de base teórica para fornecer contributos na superação de limites fiscais e impedir a não oferta ou a oferta irregular do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita, especialmente quando a intervenção do Judiciário se afigure necessária, com a compreensão da abertura material dos direitos fundamentais a partir da

incorporação dos direitos fundamentais discutidos e universalizados por meio dos tratados e convenções no sistema constitucional e legal, obedecidas as formas de inserção.

A partir das premissas empregadas na primeira parte do estudo, pode-se concluir que no processo legislativo doméstico, o Estado brasileiro edificou toda a estrutura normativa em harmonia com o sistema normativo global e regional, no âmbito da garantia dos direitos humanos, mormente na convencionalidade de que a educação integra este conjunto de direitos, enquanto atributo dos indivíduos. Reconhece, inclusive, como elemento nuclear do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita o princípio da dignidade da pessoa humana, afastando-se assim a restrição e a garantia de sua efetividade, sem deixar de consignar que impende ao ente destinar recursos à sua promoção.

Na finalização da primeira parte do estudo, pôde-se, também, comprovar que os direitos fundamentais, na magnitude do resultado de prospecção, constituem o maior conjunto de elementos no direito constitucional hodierno hábil a resolver questões de tamanho abstracionismo, com elementos fáticos ponderáveis que permeiam os juízos e os tribunais de toda a esfera global. É, indiscutivelmente, um eloquente instrumento de diálogo que permite, na esfera jurídica, social, econômica, cultural e política, ajustar diálogos ideológicos, subjetivos e objetivos em diversos idiomas, culminando num mesmo objeto.

Incontroverso e inquestionável o avanço na esfera de positivação e do conteúdo dos direitos fundamentais, como também o longo caminho que se há de percorrer para a solução dos problemas e desafios que se apresentam na efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, mormente no direito à educação fundamental obrigatória e gratuita.

No estudo, observou-se que a solução dos problemas e desafios pressupõe a viabilidade econômica dos entes federativos responsáveis pela implantação, execução e avaliação dos resultados alcançados, os quais devem apresentar alteração de realidade no cenário de sua vigência, razão pela qual se concluiu que antes de qualquer discussão científica sobre os reflexos orçamentais

na efetividade do direito à educação, é de se compreender a construção do Estado Fiscal.

Na sequência de comprovação do objeto pesquisado, constata-se que não se pode ofertar de forma efetiva qualquer direito de natureza prestacional, sem que se implemente a responsabilidade fiscal como elemento pré-constituído para se reconhecer a viabilidade econômica.

No ambiente do Estado Constitucional, o progresso na esfera de positivação e do conteúdo dos direitos fundamentais pressupõe um correspondente progresso na estabilidade econômica e na rigidez fiscal. Com a presença desses elementos, pode-se afirmar a importância da legislação orçamental. Conclui-se que a legislação orçamental, produzida sob a égide da reserva do Parlamento, constitui tão somente um veículo de equalização de receita e despesa, cujo fundamento para o cumprimento de sua finalidade é impedir a manipulação da atividade financeira, pois somente assim, como comprovado neste estudo, se tem a garantia de que o percentual mínimo de financiamento para o direito à educação incidiu adequadamente nos limites fiscais dos entes.

Por outro lado, não há como deixar de reconhecer que os recursos são regidos por sua finitude. Se são finitos, o estudo demonstrou que a cláusula da reserva do possível assume dupla função, a saber: limite e garantia de realização dos direitos fundamentais. A dupla função conduzirá o intérprete a compreender três elementos indispensáveis na aplicação da cláusula da reserva do possível, quais sejam: 1) disponibilidade fática de recursos, nos limites do Estado fiscal, para a concretização dos direitos fundamentais; 2) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, nos limites fiscais (orçamento, distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); 3) proporcionalidade e razoabilidade da prestação.

O estudo conclui que, no ambiente fiscal e orçamental, onde a finitude de recurso é fator incontroverso, a realização do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita deverá observar, seja na fase de construção dos instrumentos de realização da atividade financeira do Estado, seja na fase

judicializada, outras diretrizes, além das anteriormente referidas, tais como: 1) os direitos fundamentais prestacionais exigem para a sua realização a existência de disponibilidade de recursos financeiros; 2) os recursos financeiros são finitos e compatíveis com a realidade fiscal do ente estatal; 3) não se reconhece o emprego da cláusula da reserva do possível sem a efetiva comprovação da escassez de recursos; c) não se admite a manipulação da atividade financeira para gerar obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais; 4) a ponderação como elemento de compatibilização do direito social vindicado e a capacidade orçamental; 5) a preservação do mínimo existencial, nos limites orçamentais; 6) a garantia do mínimo existencial exigirá soluções alternativas e compatíveis com a disponibilidade econômico-financeira; 7) a legislação fiscal elege a educação como atividade prioritária do Estado, admitindo expressamente a reposição de pessoal e admitindo que as determinações judiciais sejam incorporadas como gastos; 8) a incorporação dos gastos emanados das decisões judiciais, ainda que devam ser enquadradas nos limites, poderão relativizar os efeitos do novo regime fiscal, pois mesmo exigindo o cumprimento do limite de gasto, representará um ganho no limite de reajuste fixado pelo Novo Regime Fiscal fixado na Emenda Constitucional 95/16.

Por fim, conclui-se ser incontroversa a competência do Poder Judiciário para interferir na concretude dos direitos fundamentais, mormente a política pública à educação obrigatória e gratuita, apesar da tímida alteração da realidade, pois a relevância da cláusula da reserva do possível aplicada nos julgados foi desprovida de análise mais densa acerca da realidade fiscal dos entes federativos que figuraram como parte nas relações jurídicas.

Nos fundamentos da intervenção do Poder Judiciário, identifica-se a omissão do Poder Público no tocante ao desenvolvimento necessário das crianças e dos adolescentes, admitindo-se, a partir da omissão, a utilização dos mecanismos instrumentais para assegurar a efetividade do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita.

Como contributo, sem que se deixe de reconhecer o progressivo avanço das intervenções do Poder Judiciário, faz-se necessário não se confundir

disponibilidade financeira com o orçamento, pois a peça orçamental constitui tão somente o veículo de disciplinamento dos recursos que compõe a realidade fiscal dos entes federativos; portanto, os recursos alocados nas categorias econômicas são o resultado da receita dos entes. É de se destacar que na ordem constitucional brasileira existe um piso para o financiamento da política pública educacional, mas é de se considerar que os recursos são finitos.

A intervenção do Poder Judiciário não poderá prescindir de uma rígida análise sobre uma possível manipulação da atividade financeira, pois incidir a cláusula da reserva do possível sem esta verificação, para atestar ou não a escassez de recursos, acarretará oferta irregular do direito à educação fundamental obrigatória e gratuita.

Na matriz constitucional destaca-se, como critério a ser utilizado para compatibilizar o direito fundamental à educação fundamental obrigatória e gratuita e a disponibilidade financeira disciplinada na lei orçamental, o princípio da ponderação. Utilizada a ponderação, o que se pretende para assegurar uma política pública de educação de qualidade mínima é que o resultado reconheça o mínimo existencial, que no direito fundamental referido no estudo corresponderá ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os argumentos destacados no estudo deverão compor a *ratio decidendi* das decisões do Poder Judiciário, a fim de que a intervenção possa, gradualmente, modificar os dados do UNICEF sobre a educação obrigatória e gratuita no Estado brasileiro.

Além dos argumentos deontológicos lançados nos julgados, impõe-se, sobre a hipótese central deste estudo, indicar caminhos alternativos, complementares à *ratio decidendi*, para afastar os limites fiscais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Novo Regime Fiscal estabelecido pela Emenda Constitucional 95/2016.

O art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao fixar os contornos de verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 da mesma lei, instituiu as vedações aos Poderes quando a despesa com pessoal

exceder 95% (noventa e cinco por cento) dos limites. Ressalvam-se, contudo, os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, assim como a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição e a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança.

A recomposição do quadro de servidores da área de educação, quando da vacância de cargos por aposentadoria ou falecimento de servidores, não encontra vedação, mesmo que as despesas com pessoal já tenham alcançado o limite de 95% (noventa e cinco por cento) da alíquota de despesa total com pessoal, no âmbito do Poder Executivo, isto por constituir a área de educação serviço essencial e imprescindível ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Pode-se, portanto, afirmar que a efetividade do direito fundamental à educação obrigatória e gratuita exige a consciência de humanidade e a sua concretude pressupõe que a sinergia presente nos sistemas normativos internacional, constitucional e infraconstitucional, disciplinadores do direito prestacional, seja a orientadora das ações dos gestores públicos e da intervenção excepcional do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ABMP TODOS PELA EDUCAÇÃO (Org.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2ª tiragem, revista ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

ALAGOAS. Ministério Público Estadual. Corregedoria Geral. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público Estadual, objetivando a adoção de medidas de priorização de despesas pelas gestões municipais com vista à garantia da universalização da educação básica. Recomendação CG-MP/AL n. 006/2018, de 01 de nov. 2018. **Diário Oficial do Estado**, Alagoas, 05 nov. p. 76-77, 2018. Disponível em: < [http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2018/11/DOEAL-05\\_11\\_2018-MP.pdf](http://www.imprensaoficialal.com.br/wp-content/uploads/2018/11/DOEAL-05_11_2018-MP.pdf) >. Acesso em: 05 nov. 2018.

ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais**. Introdução Geral. 2. ed. Principia, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdéz. 2. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001.

\_\_\_\_\_. **Theorie der grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 113.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. São Paulo: Rindeel, 2012.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à auditoria operacional**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

ARAÚJO, Lean Antônio Ferreira de. **A Responsabilidade fiscal e a efetivação da política pública de educação sob a ótica do Poder Judiciário**. Maceió: Cesmac, 2016.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZANHA, José Mário Pires. Políticas e planos de educação: alguns pontos para reflexão. **Cad. Pesq.**, São Paulo, n. 85, p.70-78, maio, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalização e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014a.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014b.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais:**

fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a, p. 875-904.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Versão em português do original *Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*. Tradução Humberto Laport de Mello. **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 35, n. 2, 2011. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade\\_humana.pdf](https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2018.

BARATTA, Alessandro. El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático. In: OVIEDO, Maurício Gonzáles; ULATE, Elieth Vargas (org.). **Derechos de las niñez y la adolescência** – antologia. Costa Rica: CONAMAJ, ESCUELA JUDICIAL, UNICEF, 2001.

BARUFFI, Helder (org.). **Direitos humanos sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal**. Dourados: UFGD, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BEATTY, David M. A essência do Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 25-62.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 7ª reimpressão.

BOCHENSKI, Innocentius Marie. **Diretrizes do pensamento filosófico**. 6. ed. São Paulo: EPU, 1977.

BOLSINA, Iuri; MIGLIAVACCA, Luciano de Araújo. Harmonização do direito privado aos valores constitucionais. **Revista e Estudo Jurídico**. UNESP, ano17, n. 25, p. 231-248, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**: ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: quadro comparativo. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Planalto**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/civil\\_decreto/do678.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_decreto/do678.htm)>. Acesso em: 6 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. **Recurso Extraordinário 410715-5 da 2ª Turma**, Relator Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub.jsp?doctp=ac&docid=354801>>. Acesso em: 6 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal Jurisprudência. **Recurso Extraordinário 410715-5 da 2ª Turma**, Relator Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=354801>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. **Reclamação 24725**. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2824725%2e+ou+24725%2edms%2e%29%29+nao+s%2epres%2e&base=basemonocraticas&url=http://tinyurl.com/pnzhrve>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na petição 1246**. Relator min. Celso de Melo. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 19 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. Recurso Extraordinário 410715 SP**. Relator Min. Celso de Melo. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp>> Acesso em: 03 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. Acórdão 2005/174094-5 1ª Turma, no **Recurso Especial 790175/SP**, Relator Min. José Delgado. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/scon/searchbrs?b=acord&livre=@docn=%270000256563%27>>. Acesso em: 6 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. Acórdão 2005008518-5, **Recurso Especial nº 7182003/SP**, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/scon/searchbrs?b=acord&livre=@docn=%270000285545%27>>. Acesso em: 6 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. Acórdão 2003/0143232-9, **Recurso Especial nº 575280/SP**, 1ª Turma, Relator Min. José Delgado. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/scon/searchbrs?b=acord&livre=@docn=%270000217764%27>>. Acesso em: 6 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. Acórdão 20050086585, **Recurso Especial nº 753565**, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/scon/searchbrs?b=acord&livre=@docn=%270000293666%27>>. Acesso em: 6 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça Jurisprudência. Acórdão 2005/174094-5 1ª Turma, no **Recurso Especial 790175/SP**. Relator Min. José Delgado. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp\\_790175\\_sp\\_1307122256492.pdf?signature=lhvgl2rugg1oyl3bjt%2f0khle53q%3d&expires=1531225008&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3ba75a1d042a2a869fededa7cde3bec1](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp_790175_sp_1307122256492.pdf?signature=lhvgl2rugg1oyl3bjt%2f0khle53q%3d&expires=1531225008&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3ba75a1d042a2a869fededa7cde3bec1)> Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça Jurisprudência. Acórdão 2005008518-5, **Recurso Especial nº 7182003/SP**, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em:

<[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp\\_718203\\_sp\\_1265503865141.pdf?signature=bsb9nu79jrpszjfjurgf%2banrgs8%3d&expires=1531224800&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f0dd3de30bb82eb5d44eafe3406b46af](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp_718203_sp_1265503865141.pdf?signature=bsb9nu79jrpszjfjurgf%2banrgs8%3d&expires=1531224800&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f0dd3de30bb82eb5d44eafe3406b46af)> Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça Jurisprudência. Acórdão 2003/0143232-9, **Recurso Especial nº 575280/SP**, 1ª Turma, Relator Min. José Delgado.

Disponível em:

<[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp\\_575280\\_sp\\_02.09.2004.pdf?signature=svpq9zkxnlj8vujwkvuhqi9t80%3d&expires=1531225063&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a178695b1a1085ecd953b59af69d32ca](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp_575280_sp_02.09.2004.pdf?signature=svpq9zkxnlj8vujwkvuhqi9t80%3d&expires=1531225063&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a178695b1a1085ecd953b59af69d32ca)> Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Acórdão 20050086585, **Recurso Especial nº 753565**, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em:

<[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp\\_753565\\_ms\\_1271842450624.pdf?signature=xemvagu9oikqorsebe0gm%2b6jiq%3d&expires=1531225104&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=605b223bc82b98f0528e943ca28d180c](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/stj/it/resp_753565_ms_1271842450624.pdf?signature=xemvagu9oikqorsebe0gm%2b6jiq%3d&expires=1531225104&awsaccesskeyid=akiaipm2xemzacaxcmba&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=605b223bc82b98f0528e943ca28d180c)>. Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. **Recurso Especial 575.280**, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154741/recurso-especial-resp-575280-sp-2003-0143232-9/inteiro-teor-100151752?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. **Recurso Especial 753.565**, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8931450/recurso-especial-resp-753565-ms-2005-0086585-2/inteiro-teor-14098004?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. **Recurso Especial 718.203**, Relator Min. Luiz Fux. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177054/recurso-especial-resp-718203-sp-2005-0008518-5-stj/relatorio-e-voto-12915391?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Direitos humanos**: convenção americana de direitos humanos. 4 ed. Brasília, 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. **Carga tributária no Brasil 2016**: análise por tributos e bases de incidência. Brasília, dez. 2017. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Karina Melissa; DI GIORGIO, Cristiano Amaral Garboggini. O direito à qualidade da educação básica no Brasil: uma análise da legislação pertinente e das definições pedagógicas necessárias para uma demanda judicial. **Educação**: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 116-128, jan.-abr. 2012.

CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos fundamentales**: concepto y garantías. Madrid: Trotta, 1999.

CAMPOS, Luciana Ribeiro. **Direito orçamentário em busca da sustentabilidade**: do planejamento à execução orçamentária. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidades**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Lei orçamentária na Teoria da Lei**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro Iuridica, Coimbra, 1979, p. 53 e ss.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de conveniconalidad de las leys y derechos humanos**. México: Porruá, 2008.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNEIRO, Moaci Alves. **PNE: fios e desafios do plano nacional de educação**. Brasília: Direcional, 2015a.

\_\_\_\_\_. **LDB fácil: leitura crítico-compreensiva artigo a artigo**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2015b.

CASTRO, Carmen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto (Org.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: EdUEMG, 2015.

CASTRO, Carmen Lúcia Freitas de (Org.). **Políticas públicas de educação: a inclusão e a diversidade**. Barbacena: EdUEMG, 2015.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. (Coord.). **Lei de responsabilidade fiscal: abordagens pontuais: doutrina e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CARVALHO, Gleiciane Barroso; MAGALHÃES; Breno Baía; SOZINHO, Danilo Thales Martins. Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 275-296, jan./mar. 2014. Disponível em: <  
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502962/001002799.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 set. 2018.

CERDEIRA, Pablo; VASCONCELLOS, Fábio, SGANZERLA, Rogério. **Três décadas de reforma constitucional: onde e como o congresso nacional procurou modificar a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CHIZZOTTI, Antônio. **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CLAUDE. Richard Pierre. Direito à educação para os direitos humanos. Tradução Anna Maria Quirino. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, n 2, p. 37-63, 2005.

CLÉMERTON, Merlin Clève. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. I, n 54, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2006a.

\_\_\_\_\_. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006b.

CONTI, José Maurício (Coord.). **Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania**. 2016. 329 f. Tese (Doutorado). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Educação em e para direito humanos. **VLEX-682702617**. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/educacao-em-direitos-humanos-682702617>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão. **Recurso de amparo: um instituto fundamental**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1999. 2. v.

CRUZ, Flávio da. (Coord.). **Lei de responsabilidade fiscal comentada: Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição federal: para concursos**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

CYRINO, André Rodrigues; BINENBOJM, Gustavo. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos 997. In: SOUZA NETO. Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 997-1018.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DELORY-MOMBERGER, Cristine. **Pesquisa biográfica em educação: orientações e territórios**. Natal: EdUFRN; São Paulo: Paulus, 2008. Coleção Pesquisa (Auto) Biográfica Educação.

DERANI, Cristiane. Título do capítulo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

DOMINGUES, José Marcos (Org.). **Direito financeiro e políticas públicas**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

DOURADO, Luiz Fernandes. Avaliação do Plano Nacional de Educação 2001-2009: questões estruturais e conjunturais de uma política. **Educ. Soc.** Campinas, v. 31, n. 112, p. 677-705, jun./set. 2010.

DUARTE, Clarice Seixas. Título do capítulo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.** Capinas, v. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007.

DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

ENRICONE, Délcia. **Professor como aprendiz: saberes docentes**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional – uma mudança de paradigma?**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ESPANHA. **Constituição espanhola**. Disponível em: <  
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de España. Tomo 99. Sentencias: STC 123/2016 a STC 228/2016: **recurso de amparo 624/2013**, sentencia 130/2016, jul. 2016, p.246-270. Disponível em: <  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Tomo/Show/932>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de España. Tomo 99. Sentencias: STC 123/2016 a STC 228/2016: **recurso de amparo 4455/2011**, sentencia 129/2016, jul. 2016,

p.226-246. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Tomo/Show/932>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de España. Tomo 96. Sentencias: STC 1/2015 a STC 147/2015: **recurso de amparo 3738/2012**, sentencia 19/2015, jul. 2016, p. 601-626. Disponível em: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Tomo/Show/932>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://www.affiguiredo.com.br/artigos/direhumfundarefojud.pdf>>. Acesso em 28 jan. 2018.

FÁVERO, Osmar (Org.). **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos de bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999. 5 v.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1994. 3 v.

FERREIRA, Raúl Gustavo. **Manifesta do Estado Constitucional**: regras fundamentais sobre os antecedentes e justificação da associação estatal. Tradução de Ben Hur Rava. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 192.

FIGUEREDO, M.; FIGUEREDO A. **A avaliação política e a avaliação de políticas**: um quadro de referência teórica. *Análise e Conjuntura*, 1(3), Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1986.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à banca. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014.

FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. **Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais**. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* n. 41 jun. 1994.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANÇA, Phillip Gil. O Controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

FREITAS, Juarez; MILESKI, Hélio Saul. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**. Brasília: Atricon, 2013.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito Administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 343.

FURTADO, J. R. Caldas. **Direito financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de qualidade do ensino. In: RANIERI, Nina. (Coord.). **Direito à educação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. p. 167-182.

GAMBOA, Silvio Sánchez. **Pesquisa em educação: métodos e epistemologias**. Chapecó: Argos, 2008.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, v. 5, n. 57, fev. 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/Cleane%20Lins/Downloads/656-1324-1-SM%20(2).pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

GONÇALVES, E.; RIBEIRO Jr., A. A justiça social no processo civil brasileiro: o direito à educação e a aplicação de seus recursos vinculados. **Rev. Ciênc. Jurid. Soc.** UNIPAR. Umuarama, v. 16, n. 1, p. 23-52, jan./jun. 2013.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, n. 46, p. 1-21, 2017.

HÄRBELE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. **Direito Público**, n. 2, out-dez, 2003 – doutrina estrangeira.

Disponível em: <

[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003\\_Peter%20Haberle.pdf?](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003_Peter%20Haberle.pdf?sequence=1)

[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003\\_Peter%20Haberle.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003_Peter%20Haberle.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Discurso proferido em 25.5.2009 na embaixada da República Federal da Alemanha por ocasião dos 60 anos da Lei Fundamental de Bonn, 2009. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Coord.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. 2. ed. Brasília: UnB, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 1999.

HORTA, José Silvério Baía. **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

HOWLET, Michael; REMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral**. Tradução técnica Francisco G. Hidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JACOBY, Jorge Ulysses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

JOSSO, Marie-Christine. **As histórias de vida como territórios simbólicos nos quais se exploram e se descobrem formas e sentidos múltiplos de uma existencialidade evolutiva singular-plural**. Natal: EDUFRN; São Paulo: Paulus, 2008. Coleção Pesquisa (Auto) Biográfica Educação.

JUNIOR, George Sarmento Lins. **A Educação em Direitos Humanos e a Promoção da Cidadania Brasileira**. Revista Eletrônica Direito e Conhecimento. Cesmac Faculdade do Agreste, v. 1, n. 1. jan./ jun. Arapiraca. 2017.

JUNIOR, George Sarmento Lins; JUNIOR, José Jailton da Silva. **O Neoconstitucionalismo no Brasil e o Protagonismo do Poder Judiciário: O Caso do Supremo Tribunal Federal**. Faculdade de Direito de Recife. v. 88. n. 1, jan./jun. 2016.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.144, p. 239-260, out./dez., 1999.

KRELL, Andreas Joaquim; OLGA Jubert Gouveia. **A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade: eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

LANCEIRO, Rui Tavares. FREITAS, Tiago Fidalgo de. (org.). **Constituição da República Portuguesa: e actos jurídicos complementares**. 3. ed. AAFDL, 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIRIA, Antônio Celso Nogueira. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Caxias do Sul: Plenum, 2005. p. 408.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais, In **Biblioteca digital – Senado Federal**. Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176384/000506401.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176384/000506401.pdf?sequence=1)>. Acesso em 05 fev. 2018.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos sociais**. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LOPES JR., Eduardo Monteiro. **A judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LUNA, Sérgio Vasconcelos de. **Planejamento de pesquisa**: uma introdução. São Paulo: EDUC, 1999.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional**. Tradução José Luiz Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). 1 ed. Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO JR, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 25. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1993.

MACHADO, Nuno Michel Cardoso. Karl Polanyi e o “Grande Debate” entre substâncias e formalistas na antropologia econômica. **Economia e Sociedade**. Campinas, abr. 2012. v. 21, n. 1, p. 165-195.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARTINS, Ângela Maria; WERLE, Flávia Obino Corrêa (org.). **Políticas educacionais**: elementos para reflexão. Porto Alegre: Redes, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (orgs.) **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Compêndio de direito administrativo: servidor público**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAURER, Hartmut. **Elementos do direito administrativo alemão**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Biblioteca Digital do Senado Federal**. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo\\_\\_Soberania\\_e\\_Direitos\\_Humanos\\_\\_Valerio\\_Mazzuoli.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Soberania_e_Direitos_Humanos__Valerio_Mazzuoli.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. A Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Biblioteca do Senado Federal**. Brasília a. 37 n. 147 jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/618/r147-15.PDF>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano, 46 n. 181, jan./mar. 2009. **Biblioteca Digital: Senado Federal**. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/discover?rpp=10&page=16&query=direitos+humanos&group\\_by=none&etal=0&filtertype\\_0=type&filter\\_0=not%C3%ADcia%20de%20jornal&filter\\_relational\\_operator\\_0=notequals](http://www2.senado.leg.br/bdsf/discover?rpp=10&page=16&query=direitos+humanos&group_by=none&etal=0&filtertype_0=type&filter_0=not%C3%ADcia%20de%20jornal&filter_relational_operator_0=notequals)>. Acesso em: 22 jan. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de;

SARMENTO Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 231- 278.

MENESES, João Gualberto de Carvalho. **A educação e o ensino na Constituição do Estado de São Paulo**: propostas e realizações. Notandum Libro n. 14/Jean Lauand (Org). Centro de Estudos Medievais Oriente & Ocidente. São Paulo: EDF/FEUSP, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v. 4. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Nos 40 anos da constituição**. Lisboa: AAFDL, 2017b.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. v. 1. Universidade Católica Editora, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. Tomo III. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MOLINARO, Carlos Alberto et al (Coord.). **A Dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 836.

MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas públicas e direito à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORENO, Carlos. **Finanças públicas, gestão e controle dos dinheiros públicos**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa.

MOROSINI, Marília Costa; COMARU, Patrícia do Amaral. A dimensão profissional docente: questões do nosso tempo. In: ENRICONE, Délcia (Org.). **Professor como aprendiz**: saberes docente. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

MOROZ, Melania; GIANFALDONI, Mônica Helena T. A. **O processo de pesquisa: iniciação**. 2. ed. Brasília: Líber Livro, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do milênio**: cimeira do milênio. Nova Iorque, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à constituição federal**: princípios fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos** (Um estudo de caso sobre os tribunais de contas no Brasil. Rio de Janeiro: 223: 1-24, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Rio de Janeiro: 231: 129-156, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. **Democracia e legitimidade**. Rio de Janeiro: 183:66-74, jan./mar. 1991.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais**. Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. 1. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. (coord.). **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

OLIVEIRA, Alexandre Machado de. **A proteção do mínimo existencial no direito tributário**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

PANNUNZIO, Eduardo. O Poder Judiciário e o direito à educação. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco Ranieri (Coord.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. p. 61-88.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PANSIERI, Flávio; Henrique Soares de Souza. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 100.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LFR**. São Paulo: Atlas, 2001.

PELEGRINI, Marcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIKETTY, Thomas. **O Capital do século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 462.

\_\_\_\_\_. A economia da desigualdade. Tradução André Telles. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano. 49, n. 193, jan./mar. 2012.

PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. (Col.) **Legislação Administrativa**/obra coletiva de autoria da Saraiva. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Saraiva de Legislação).

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas das perspectivas dos direitos humanos. **SciELO. Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e respectivas. **Boletim Científico**. Brasília, ano 1, n. 4, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julho-setembro-de-2002/a-justicializacao-do-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos-impacto-desafios-e-perspectivas>>. Acesso em 31 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e diálogo entre as jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción, Madrid: Trotta, 2007.

POLANYI, Karl; tradução de Fanny Wrabel. **A Grande transformação: as origens de nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional: o que é, para que serve e como funciona. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180532.html>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180532.html>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça: Direito ao descanso e ao sossego (1997 a 2016). Disponível em: < <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/direitodescansosossego.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009a.

\_\_\_\_\_. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. 2009. 450 f. Tese (Livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Departamento de Direito, 2009b.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Justice as fairness**: a restatement. Cambridge: Bknap Havard, 2001b.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO (RBP AE). Associação Nacional de Política e Administração da Educação. Porto Alegre: ANPAE, 2010, v. 26, n. 2, mai./ago. 2010.

REVISTA DE DIREITO EDUCACIONAL. São Paulo, ano 1, n. 1, jan./ jun., 2010.

ROCHA, Marlos Bessa Mendes da. **A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. **O papel dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas**: a efetivação do direito fundamental à educação. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Maceió: Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

SAMPAIO, José Adércio. **Direitos fundamentais**. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. – 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015c.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015d.

\_\_\_\_\_. (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

\_\_\_\_\_. Titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisadas à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, ano 4, n. 10, p. 205-228, jan./mar. 2010b.

\_\_\_\_\_. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988: os direitos fundamentais e o assim chamado mínimo existencial. In: ANDRADE, José Maria

Arruda de; COSTA, José Augusto Fontoura; MA TSUO, Alexandra Mery Hansen (Coord.). **Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1377-1401.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

\_\_\_\_\_. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. 2ª série. Salvador: Juspodium. 2012. p. 243-263.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-73.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-43.

\_\_\_\_\_. Mínimo existencial e direito privado: notas sobre uma possível eficácia dos direitos sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 7, p. 179-222, jan./jun., 2006.

\_\_\_\_\_. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111-144.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 121-168, 2004a.

\_\_\_\_\_. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 42-73, jan./mar. 2004b.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 30, n. 89, p. 101-121, mar., 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo

Wolfgang [Org.]. **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

\_\_\_\_\_. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

SARLET, Ingo Wolfgang; NASCIMENTO, Leandro Maciel. Algumas notas acerca da vinculação de particulares aos direitos fundamentais no direito constitucional norte-americano e sua possível aplicação no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZAN, Carlos Luiz (Org.). **Direitos humanos fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 127-158.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, ano 37, n. 119, p. 73-94, set. 2010.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: TIMM Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCLIAR, Wremyr. **Tribunal de Contas: do controle na antiguidade à instituição independente do Estado Democrático de Direito.** 2014. 295 f. Tese (doutorado). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo.** Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SHETTY, Salil. Declaração e objetivos de desenvolvimento do milênio: oportunidades para os direitos humano. Tradução Célia Korn. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, n 2, p. 7-21, 2005.

SILVA, Jair. Militão da. **A autonomia da escola pública: A re-humanização da escola.** 4. ed. São Paulo: Papirus, 2000.

\_\_\_\_\_. **Uma proposta de política de formação de profissionais de educação para uma escola democrática.** *Internacional studies de law and education*, v. 9, p. 31-38, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura.** Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais.** Conteúdo essencial. restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. A participação do indivíduo no sistema interamericano de proteção aos direito humanos. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 38, n. 151, p. 177-182, jul./set. 2001.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Direito educacional.** São Paulo: Verbatim, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais.** Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização do direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 156, Chicago, 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-77.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

\_\_\_\_\_. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 243-342.

\_\_\_\_\_. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, out./dez., 1993.

UNICEF BRASIL. **Educação: situação do Brasil**. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_9406.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/activities_9406.html)>. Acesso em: 29 out. 2018.

UNITED NATIONAL EDUCATIONS. **Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos**. 2. ed. Brasília: UNESCO, OREALC, 2008.

UNUBR. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/udhr/pages/language.aspx?langid=por>>. Acesso em: 27 out. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. **Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 478.

\_\_\_\_\_. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 193.

VALLE, Vanice Regina Líria do et al. **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 142.

VIANA, Ana Luíza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista Administração Pública**. Rio de Janeiro, mar./abr.1996.

VIANNA, Heraldo Marelím. **Pesquisa em educação: a observação**. Brasília: Plano, 2003. 5 v.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILARINO, Marisa Alves. **Revista de Direito Educacional**. São Paulo, ano 1, n. 1, jan./jun. 2010.

WEBER, Thadeu. Para além do “mínimo existencial” em Rawls. In: WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito**. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 205-225.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)