

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

A efetividade do direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial na
Constituição Federal

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

A efetividade do direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial na
Constituição Federal

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos Mendes.

São Paulo

2010

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos, desde que citada a fonte.

_____ São Paulo, ____ de _____ de _____

Banca Examinadora

“Seja a mudança que você quer ver no mundo”

(Mahatma Gandhi)

Dedico este trabalho às minhas “duas daminhas”.

AGRADECIMENTOS

A minha esposa, pelo amor incondicional;

A minha filha, pela alegria que me traz do despertar ao adormecer;

Aos meus pais e irmã, pelo carinho de sempre.

RESUMO

O objetivo dessa dissertação é analisar a efetividade do direito à educação básica na Constituição Federal brasileira, na perspectiva do mínimo existencial.

Ao verificarmos o atual estágio em que se encontra a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio em nosso País, é possível constatar uma série de obstáculos a serem enfrentados pelo Estado, de modo a assegurar a todos uma educação básica de qualidade.

A falta de vagas na rede pública de ensino e a insuficiência de professores e demais funcionários nas creches e escolas são apenas alguns dos inúmeros e sérios problemas existentes no Brasil, devendo os entes federativos competentes solucioná-los, de modo a promover uma existência digna aos indivíduos, consubstanciada no mínimo existencial assegurado pelo texto constitucional.

Contudo, o próprio Estado, incumbindo de zelar pelo cumprimento do direito à educação básica, muitas vezes não adota as medidas necessárias para tanto, obrigando os cidadãos a ingressar em juízo com as ações pertinentes, destinadas a conferir efetividade a esse direito.

Diante desse panorama, buscamos analisar o ordenamento jurídico pátrio, bem como o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, a fim de investigar as medidas e instrumentos à disposição do magistrado para que, quando invocado, possa conferir efetividade ao direito à educação básica dos demandantes.

A partir disso, pudemos constatar a existência de diversos meios que podem (e devem) ser validamente utilizados pelo Poder Judiciário para conduzir o Estado ao cumprimento efetivo do direito à educação básica, sempre que restar comprovada a sua violação pela ação ou omissão estatal.

Palavras-chaves: mínimo existencial – efetividade – direito à educação básica – Constituição Federal brasileira.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to analyse the effectiveness of the right to basic education in the Brazilian Federal Constitution, in view of the existential minimum.

When we checked the current stage of early childhood education, elementary school and high school in our country, one can observe the numerous obstacles being faced by the State to ensure everyone a quality basic education.

The lack of vacancies in public schools and the lack of teachers and staff in kindergartens and schools are just some of the numerous and serious problems in Brazil, fitting to the federal entities responsible fix them, in order to promote a dignified existence to individuals embodied in the basic standard of living afforded by the constitutional text.

However, the state itself, responsible to ensure compliance of the right to basic education, often does not adopt the necessary measures to this end, forcing citizens to file a claim in court with the pertinent actions which aim at giving effect to this right.

In this background, we analyze the native legal system, as well as the current understanding of doctrine and jurisprudence on the matter, in order to investigate the measures and instruments available to the magistrate that, when invoked, may confer effectiveness to the right to basic education of the applicants.

From this, we confirmed the existence of various ways that can (and should) be validly used by the judiciary to lead the state to effective enforcement of the right to basic education, where its remaining proven infringement by state action or inaction.

Keywords: minimum existential - effectiveness - the right to basic education - Brazilian Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL....	2
1. Estudos sobre o tema no Brasil.....	2
2. Origem.....	3
3. Conceito.....	5
3.1. O princípio do respeito ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais.....	6
3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana.....	10
3.3. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais x dignidade da pessoa humana.....	14
3.4. O mínimo existencial e os diversos sentidos empregados pela doutrina.....	15
3.4.1. Ricardo Lobo Torres.....	16
3.4.2. Ana Paula de Barcellos.....	18
3.4.3. Paulo Gilberto Cogo Leivas.....	20
3.4.4. Gustavo Amaral.....	22
3.4.5. Virgílio Afonso da Silva.....	23
3.4.6. Ricardo Castilho.....	24
3.4.7. Luís Roberto Barroso.....	27
3.4.8. Robert Alexy.....	28
3.4.9. John Raw.....	30
4. Fundamento.....	33
5. Natureza Jurídica.....	35
6. Objeto.....	40
6.1. Mínimo existencial universal ou culturalmente relativo?.....	40
6.2. Mínimo existencial absoluto ou relativo?.....	44
6.3. Mínimo existencial x mínimo vital.....	45
6.4. Objeto do mínimo existencial.....	50

7. Dimensões.....	53
8. Titulares.....	59
9. Destinatários.....	62
10. Posicionamento do autor.....	66
II – EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	68
1. Conceitos de eficácia e efetividade.....	68
2. Teorias sobre a eficácia das normas constitucionais.....	69
3. A crise das normas “programáticas”.....	72
3.1. As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático.....	74
3.2. O controle jurisdicional das omissões do Poder Público e as Políticas Públicas.....	80
3.2.1. O princípio da tripartição de poderes.....	81
3.2.2. O princípio majoritário do regime democrático.....	87
3.2.3. A discricionariedade administrativa.....	90
3.2.4. Síntese conclusiva.....	94
4. O comando do art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal.....	99
5. A cláusula da reserva do possível.....	102
5.1. Finanças públicas e controle jurisdicional.....	105
5.2. A reserva do possível no Brasil.....	108
5.3. A inaplicabilidade da reserva do possível ao mínimo existencial..	110
5.4. A aplicabilidade da reserva do possível aos direitos não inseridos no objeto do mínimo existencial e o ônus de prova atribuído ao Poder Público.....	115
5.5. A mudança de paradigma da reserva do possível e a fiscalização da gestão fiscal.....	119
III – O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	125
1. O direito à educação básica na Constituição Federal.....	125

2. A educação básica enquanto direito e dever e os agentes educacionais (família, Estado e sociedade).....	132
3. Competência dos entes federativos relativa à educação básica.....	138
4. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei 9.394/96) e Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90).....	141
5. Financiamento e Plano Nacional de Educação – PNE (Lei 10.172/01).....	143
6. Diplomas internacionais.....	146

IV – A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA NA PERSPECTIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....

150

1. A educação básica enquanto mínimo existencial e suas conseqüências.....	150
2. A efetividade do direito à educação básica na Constituição Federal.....	162
2.1. O direito público subjetivo à educação básica.....	163
2.2. Falta de vagas e “lista de espera”.....	170
2.3. Falta de professores e demais funcionários na rede pública de ensino.....	176
2.4. Construção de creches e escolas públicas.....	181
2.5. Custeio de estudos em estabelecimentos de ensino da rede privada pela Administração Pública.....	185
2.6. Inclusão de verba orçamentária para a criação e concretização de políticas públicas relativas à educação básica.....	196
2.7. Seqüestro e bloqueio de verba pública como meio de cumprir o direito à educação básica.....	199
2.8. Educação básica de qualidade.....	202

CONCLUSÃO.....

207

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....

209

INTRODUÇÃO

O direito à educação básica previsto na Constituição Federal brasileira é tratado no presente trabalho na perspectiva do mínimo existencial, o que lhe traz relevantes conseqüências, relacionadas especialmente com a sua efetividade.

Considerando a diversidade de posicionamentos da doutrina sobre o significado e alcance do mínimo existencial, buscamos, no primeiro capítulo, analisá-los, expondo a nossa posição sobre o tema, depois de perpassar pelo estudo de seus aspectos principais, quais sejam: origem, conceito, fundamento, natureza jurídica, objeto, dimensões, titulares e destinatários.

No segundo capítulo, dispensaremos a nossa atenção ao tema da eficácia e efetividade do mínimo existencial, ocasião na qual serão estudadas as normas constitucionais programáticas, o controle jurisdicional das omissões estatais, as políticas públicas, o comando do artigo 5º, § 1º do texto constitucional e a questão envolvendo a cláusula da reserva do possível.

No capítulo seguinte, discorreremos acerca do tratamento conferido por nosso ordenamento jurídico ao direito à educação básica, investigando os diversos diplomas legais que o disciplinam.

Por fim, encerraremos o trabalho no quarto e derradeiro capítulo, no seio do qual serão desenvolvidos os problemas de ordem prática relativos ao direito em comento, bem como as soluções apontadas pelo nosso sistema jurídico, como forma de assegurar a efetividade do direito à educação básica.

CAPÍTULO I - Considerações iniciais acerca do mínimo existencial

1. Estudos sobre o tema no Brasil

Embora o Brasil ainda ocupe, há muitos anos, o topo da lista de países que apresentam um alto grau de desigualdade social, além de deter uma expressiva parcela da população vivendo abaixo da linha da pobreza¹, recentes são os trabalhos realizados pelos doutrinadores nacionais sobre o mínimo existencial, de inegável importância para reverter (ou ao menos amenizar) essa dura realidade enfrentada pelo povo brasileiro.

Ricardo Lobo Torres, um dos pioneiros na abordagem do mínimo existencial no Brasil, reconhece que o tema não vinha despertando o interesse de filósofos do direito e de jurista de nosso País, embora venha crescendo a atenção dispensada à matéria.²

Diante disso, apesar de a idéia de mínimo existencial ter sido construída ao longo dos anos, somente nas últimas décadas é que se pôde constatar a sua efetiva utilização pelos operadores e aplicadores do Direito pátrio, os quais lhe vêm conferindo os devidos contornos e significados, conforme as circunstâncias do caso no qual é tratado.

Nesse ponto, cabe registrar que essa invocação do mínimo existencial não se limita aos litígios entre as partes verificado em determinado caso concreto, mas também se estende às demandas tidas por “abstratas”³, tal como ocorre nos processos envolvendo o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio dos instrumentos previstos pela Constituição Federal, quais sejam: ações diretas de constitucionalidade e

¹ Não é por outra razão que o constituinte, reconhecendo essa realidade, preocupou-se em consignar, já no artigo 3º, inciso III de nossa Constituição, a erradicação da pobreza e marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

² *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 74.

³ Daí a razão para que os processos que tratam do controle de constitucionalidade abstrato sejam chamados de “processos objetivos”, uma vez que não lidam com um caso específico, mas somente com a discussão, num plano meramente abstrato, acerca do significado e alcance de normas jurídicas à luz do texto constitucional.

inconstitucionalidade (essa última por ação e omissão) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Feitas essas breves considerações, destinadas apenas a registrar a atualidade do estudo envolvendo o mínimo existencial em nosso País, passemos a tratar de sua origem.

2. Origem

No campo da filosofia, a idéia de um conjunto de bens mínimos essenciais à existência digna, segundo Ricardo Castilho, remonta à Antiguidade, ocasião em que detinha, na formação das sociedades grega e romana, caráter básico, abarcando somente “a própria vida, o corpo, a consciência de si próprio e os bens materiais mínimos de subsistência: alimentação, roupas e ferramentas indispensáveis ao trabalho”.⁴

Após esse período, já na sociedade escravocrata, o mesmo autor afirma que esses bens mínimos eram entendidos tão somente sob o prisma da propriedade privada, de modo que a vida e o corpo dos escravos pertenciam aos seus “donos”.

Destarte, foi somente com a evolução do pensamento ocidental - no sentido de limitar os poderes do Estado absolutista - que se ampliou esse conjunto de bens elementares do ser humano, sob a rubrica de “direitos naturais”, tidos por sagrados e, portanto, universais, imprescritíveis e invioláveis.⁵

Nessa fase, os indivíduos detinham direitos que lhes eram inerentes, pela sua própria natureza enquanto seres humanos racionais e que, por essa razão, antecederiam a própria existência do Estado.⁶ Essa concepção jusnaturalista se alinhou, principalmente, à idéia dos direitos

⁴ *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 102.

⁵ *Ibidem*, mesma página.

⁶ Em sentido contrário à idéia de pré-estatalidade cronológica e axiológica dos direitos fundamentais, vale o registro do posicionamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Segundo eles, a concepção dos

denominados de primeira dimensão (direito negativos), que exigiam uma abstenção do Estado, de modo a preservar os direitos individuais.

Contudo, a crise do capitalismo liberal, marcada, especialmente, pela exploração dos trabalhadores durante a Revolução Industrial, contribuiu para o surgimento de constituições de índole nitidamente social, destacando-se as Constituições mexicana (1917) e alemã (1919). Nesse período, impulsionados pelas mencionadas cartas constitucionais, diversos países (inclusive o Brasil por meio da Constituição de 1934) positivaram, em seus respectivos textos constitucionais, uma variedade de direitos sociais (tidos como “direitos positivos” ou de segunda dimensão), os quais seriam concretizados por meio da atuação estatal.

Essa mudança de paradigma acarretou a modificação da concepção sobre os bens mínimos do ser humano, de modo que:

passaram a fazer parte do conjunto elementar também bens de caráter social, econômico e cultural, objetos dos direitos correspondentes, tanto destinados à mera subsistência do indivíduo quanto voltados ao desenvolvimento dos homens até níveis mais elevados de existência⁷.

Já no plano estritamente jurídico, o primeiro reconhecimento do direito ao mínimo existencial (*Existenzminimum*) pela jurisprudência é atribuído à decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), proferida em 24 de junho de 1954⁸, na qual restou consignado:

um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular

direitos fundamentais como anteriores à existência do Estado seria um “mito” adotado pela maioria dos doutrinadores e careceria de qualquer fundamento, uma vez que a “natureza do homem” só diria respeito à sua constituição biológica, não podendo servir de embasamento para qualquer direito ou obrigação (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 57 e 58).

⁷ CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 102 e 103.

⁸ *BVerwGE* 1, 159 (161 e ss.).

de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência⁹

Anos depois, foram proferidas outras decisões no mesmo sentido, agora pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, “resultando no reconhecimento definitivo do ‘status’ constitucional da garantia estatal do mínimo existencial”.¹⁰

Diante desse panorama, observa-se que o mínimo existencial é fruto de uma longa e contínua construção, detendo nítido aspecto histórico-cultural (variável, portanto, no tempo e no espaço), o que não impede de nele se identificar um aspecto universal, conforme será tratado ao longo desse trabalho.¹¹

Realizado esse esforço histórico acerca da origem do mínimo existencial, buscaremos tratar das questões atinentes ao seu conceito no item subsequente.

3. Conceito

A natural dificuldade encontrada para se conceituar qualquer fenômeno mostra-se ainda maior quando tratamos do mínimo existencial, haja vista a ausência de consenso acerca de seu conteúdo, significado e alcance.

Se isso não bastasse, nota-se que, muitas vezes, o mínimo existencial é identificado (ou mesmo confundido) com o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e ainda com o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se torna imprescindível tratarmos de tais temas, além dos demais desenvolvidos nesse capítulo, para, só

⁹ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in SARLET, Ingo Wolfgang e e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 19.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹¹ Capítulo I, item 6.1.

então, construirmos um sentido válido e útil daquilo que se deva entender por “mínimo existencial”.¹²

3.1. O princípio do respeito ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais

Embora não seja previsto expressamente por nossa Constituição Federal, o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais é positivado em textos constitucionais de outros países, como ocorre, por exemplo, na Alemanha¹³, Portugal¹⁴, Espanha¹⁵ e Suíça¹⁶.

O fato de o constituinte não ter optado pela consagração desse princípio, porém, não importa, necessariamente, o seu não reconhecimento pela doutrina pátria.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira, a idéia de proteção ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais pode ser inferida do sistema de Constituição rígida e da própria supremacia das normas constitucionais.¹⁷ Há aqueles, ainda, que identificam no artigo 60, § 4º, inciso IV de nossa Constituição (que veda qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais) o fundamento para a aplicação do princípio em comento.¹⁸

¹² O nosso posicionamento acerca do mínimo existencial será exposto no final desse capítulo, no item 10.

¹³ Artigo 19, II da Lei Fundamental de Bonn de 1949: “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial”.

¹⁴ Artigo 18, n. 3 da Carta portuguesa de 1976: “As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

¹⁵ Artigo 53, n.1 da Constituição espanhola de 1978: “Só por meio de lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades”.

¹⁶ Artigo 36, n. 4 da Constituição suíça: “a essência dos direitos fundamentais é inviolável”.

¹⁷ *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 376.

¹⁸ Entre outros, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 309, os quais citam o julgamento do HC 82.959, relator Min. Marco Aurélio, DJ de 1º-9-2006, como exemplo de aplicação do princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse julgamento, restou assentado o entendimento no sentido de que o artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, ao impor o regime integralmente fechado para o cumprimento de condenação nos crimes hediondos, violaria o

Esse princípio pode ser encartado como um dos chamados “limites imanentes” ou “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*)¹⁹, entendidos como as restrições previstas pelo texto constitucional que condicionam a legitimidade da atuação estatal na seara dos direitos fundamentais. Além desse princípio, também são tidos como “limites dos limites” no direito alemão (onde surgiu essa expressão) o princípio da proporcionalidade, o princípio da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso e o comando no sentido de que a lei mencione o direito fundamental restringido.²⁰

Isso significa que o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais constitui uma espécie de “limites dos limites”, tendo por escopo evitar o esvaziamento do conteúdo essencial (enquanto núcleo inviolável) dos direitos fundamentais pelo Estado, especialmente pelos Poderes Legislativo e Executivo. Serve, portanto, como verdadeira barreira à ação do Estado que, no exercício de suas atividades, não deve atingir o núcleo intangível dos direitos fundamentais.

Diante disso, está com razão Virgílio Afonso da Silva, ao identificar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como um fenômeno complexo, posto que envolve uma série de questões inter-relacionadas, ligadas especialmente:

“núcleo essencial” do princípio da individualização da pena consagrado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição.

¹⁹ Como registra Jane Reis Gonçalves Pereira, essa expressão originou-se de uma conferência proferida por Karl August Betterman, realizada em Berlim no ano de 1964, na qual tratava das limitações aos direitos fundamentais. De acordo com ele, as restrições aos direitos fundamentais deveriam atender a um conjunto de condições materiais e formais previstas na Constituição, que são os “limites dos limites” dos direitos fundamentais (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 298).

²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 298.

a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições²¹

De fato, não há dúvidas de que a idéia de um núcleo intangível dos direitos fundamentais pressupõe a análise de seu âmbito de proteção. E esse, por sua vez, também depende da verificação quanto à possibilidade ou não de sua restrição e ainda em que medida esta seria admissível.

Eis a razão para Cristine Oliveira Peter da Silva afirmar que o estabelecimento do real conteúdo de um direito fundamental só é possível, na maioria dos casos, quando em confronto com sua eventual restrição, diante de um caso concreto em que um possível conflito é posto à resolução.²²

Nesse passo, é importante mencionar as diversas interpretações que são conferidas ao princípio em análise, a depender da teoria adotada.

Segundo os adeptos da teoria objetiva, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais consistiria em uma instituição jurídica objetiva, protegendo o texto constitucional como um todo e não os direitos subjetivos que dele decorrem.

Já aqueles defensores da teoria subjetiva sustentam que se deve proteger o conteúdo essencial levando-se em consideração a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, vale dizer, as posições jurídicas individuais analisadas em cada caso.

Apesar da constatação dessa controvérsia, muitos doutrinadores criticam essa dicotomia, afirmando que a dupla dimensão dos direitos fundamentais (enquanto instituição

²¹ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 183.

²² *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília : Brasília Jurídica, 2005, p. 107.

objetiva e garantia subjetiva individual) acarreta a necessidade de complementação de ambas as teorias (objetiva e subjetiva) e não a exclusão de uma pela outra²³.

Do mesmo modo, também há a celeuma envolvendo o alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, donde surgem duas teorias: a absoluta e a relativa. De acordo com a primeira, o conteúdo essencial consistiria em uma garantia absoluta, abstrata e intangível, não admitindo restrição em qualquer hipótese. A segunda, por sua vez, prega a idéia de que o conteúdo essencial deve ser definido em cada caso, exigindo-se a justificativa da restrição ao direito fundamental, que deverá atender ao princípio da proporcionalidade. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, adepto dessa teoria, as restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingiriam o conteúdo essencial.²⁴

Nesse ponto, tal como ocorre com a discussão entre a teoria objetiva e subjetiva, também se constata a impropriedade de se optar, de forma exclusiva, por uma dessas teorias em detrimento da outra. Se, por um lado, a teoria absoluta não traz elementos suficientes e seguros para fixar, em um plano meramente abstrato, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a teoria relativa o flexibiliza em demasia, já que permite que qualquer restrição a esse conteúdo essencial seja justificada pelo atendimento ao princípio da proporcionalidade.²⁵

Justamente por detectar imperfeições em ambas as teorias (absoluta e relativa) sobre o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, parte da doutrina busca lhe conferir uma concepção mista, no sentido de conceber uma dupla barreira à atividade estatal.

Assim, haveria tanto um conteúdo absoluto e intangível do direito fundamental, como também a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade pelas eventuais restrições que digam respeito apenas à parcela periférica do direito. Em outras palavras, a parte

²³ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 308; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 370 e SILVA, Cristine Oliveira Peter da, *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília : Brasília Jurídica, 2005, p. 137.

²⁴ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 207.

²⁵ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 307 e 308.

não essencial do direito poderia ser limitada pelo Estado (desde que observado o princípio da proporcionalidade), enquanto a parte essencial se mostraria imune à ação estatal.²⁶

Uma vez feitas essas breves considerações sobre o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, passemos a análise do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2.O princípio da dignidade da pessoa humana

O artigo 1º, inciso III de nossa Constituição estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não cabe, por certo, discorrer sobre todos os pontos que permeiam esse tão rico tema, sobretudo em se considerando os estreitos limites do presente trabalho. Assim, apenas faremos alusão às questões que, envolvendo o referido princípio, estejam diretamente relacionadas ao objeto do presente estudo.

Inicialmente, quanto à origem da dignidade da pessoa humana, Ana Paula de Barcellos bem demarcou os seus quatro momentos fundamentais, quais sejam: 1) o Cristianismo, sobretudo na idéia de “amar ao próximo como a si mesmo”; 2) o Iluminismo, assentando a idéia do ser humano enquanto centro do universo e não mais a religião; 3) o pensamento kantiano, vislumbrando o homem como fim em si mesmo e não como meio para se atingir algo²⁷ e 4) os

²⁶PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 374 (cabe frisar que a autora, em sua obra, adota a teoria relativa do princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais).

²⁷ Nesse ponto, não se poderia deixar de fazer referência ao pensamento de Immanuel Kant no sentido de que as coisas teriam um preço, ao passo que as pessoas dignidade. Segundo o filósofo, “no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade [...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer,

horrores promovidos durante a 2ª Guerra Mundial, dando impulso, após a barbárie verificada nos regimes fascista e nazista, à consagração da dignidade no plano internacional.²⁸

Tamanha é a relevância do mencionado princípio que parcela expressiva da doutrina nacional e estrangeira o identifica como um verdadeiro supraprincípio constitucional, que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, razão pela qual, como adverte Rizzatto Nunes, não pode ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.²⁹

O mesmo jurista é ainda mais enfático ao asseverar que: “não é possível falar – não deve ser possível falar – em sistema jurídico legítimo que não esteja fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana”³⁰.

Não é por outra razão que já se sustentou, parafraseando o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem³¹, que toda a sociedade que não reconhece ou garante a dignidade da pessoa humana não tem Constituição.³²

Seguindo a esteira desse entendimento, aponta José Carlos Vieira de Andrade que:

O princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer

dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade” (*Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo : Martin Claret, 2004, p. 65).

²⁸ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 104 e ss.

²⁹ *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 53.

³⁰ *Ibidem*, p. 27.

³¹ Art. 16. “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 82.

dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.³³

Na mesma linha e dando enfoque à atuação do Estado nessa seara, a posição de Carmen Lucia Antunes Rocha é no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana:

vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao que se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções³⁴

Considerando as dificuldades encontradas para se estabelecer o significado e alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista, especialmente, o seu caráter multidimensional, valemo-nos do conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁵

³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1998, p. 102.

³⁴ *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, Revista Interesse Público n. 4, 1999, p. 34.

³⁵ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 63.

A par das considerações até aqui realizadas, é possível identificar no princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros aspectos igualmente relevantes, a sua natureza dúplice de fundamento e elemento integrante dos direitos fundamentais previstos expressa e implicitamente no texto constitucional.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais seria, por assim dizer, “sui generis”:

visto que a dignidade da pessoa humana assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa³⁶

E mais do que isso: segundo o mesmo jurista, a dignidade pode servir também como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, atuando, assim, simultaneamente como limite dos direitos fundamentais e “limite dos limites” (na acepção acima estudada³⁷).

Por esses motivos é que a doutrina reconhece o caráter multifacetário da dignidade, de modo que, além de constituir uma garantia autônoma, não deixa de ser concretizada pelos diversos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, além de lhes servir, a depender do caso concreto, como fundamento ou restrição.

A questão que mais nos interessa, porém, diz respeito à distinção entre o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, naquilo que esteja diretamente relacionado à construção do entendimento sobre o mínimo existencial.

³⁶*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 107.

³⁷ Capítulo 1, item 3.1.

3.3. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais x dignidade da pessoa humana

Após estudarmos alguns aspectos relevantes do princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, assim como do princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre-nos fazer uma necessária distinção entre ambos.

Para tanto, valemo-nos, mais uma vez, das precisas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

A tese de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana não se identifica (não se confunde), pelo menos não necessariamente, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, tem prevalecido e é também por nós acolhida; seja pelo fato de estarmos convencidos de que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial (já que vedada a sua abolição), seja pela circunstância de que – na esteira do que sustenta a doutrina majoritária – tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo em dignidade.³⁸

Isso significa que, embora possam eventualmente coincidir, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana possuem, cada qual, um sentido e alcance próprios, sendo plenamente admissível, em um determinado caso, a constatação de violação a um desses princípios, restando o outro preservado.

Aliás, uma concepção mais restrita do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja incidência estaria reservada somente àqueles casos em que houvesse uma grave violação à condição de ser humano inerente a todo e qualquer indivíduo, acabaria por privilegiar o seu próprio significado, evitando-se a sua banalização.

³⁸ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 124, nota de rodapé n. 329.

Nessa linha, a advertência de Virgílio Afonso da Silva, quando identifica, na jurisprudência pátria, a excessiva - e muitas vezes desnecessária - invocação ao princípio da dignidade, o qual:

tem servido como uma espécie de enorme “guarda-chuva”, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção³⁹

Com razão, assim, o jurista, ao pontificar que “quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor”.⁴⁰

Nesse ponto, resta uma importante indagação: teria o princípio da dignidade da pessoa humana também um conteúdo essencial? Vale dizer: da mesma forma como ocorre com os direitos fundamentais em geral, o princípio em questão teria um núcleo próprio a ser preservado? É o que analisaremos ao discorrer sobre a natureza jurídica do mínimo existencial.⁴¹

3.4. O mínimo existencial e os diversos sentidos empregados pela doutrina

É certo que inexiste qualquer entendimento consolidado daquilo que se deva entender pelo chamado mínimo existencial, de modo que, para lhe conferir um sentido válido perante a ordem jurídica brasileira, além do que foi até aqui estudado, reputamos imprescindível a análise dos diversos sentidos que lhe são conferidos pela doutrina nacional e estrangeira, bem como dos

³⁹ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 193.

⁴⁰ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 195.

⁴¹ Capítulo I, item 5.

aspectos que o permeiam (fundamento, natureza jurídica, objeto, dimensões, titulares e destinatários), a fim de fixarmos, ao final desse capítulo, o nosso posicionamento sobre o tema.⁴²

Passamos, assim, à análise das posições desenvolvidas pelos autores abaixo elencados.

3.4.1. Ricardo Lobo Torres

Um dos juristas de nosso País que primeiro abordou e desenvolveu, de forma mais profunda, o tema envolvendo o mínimo existencial foi Ricardo Lobo Torres.

Após tratar da matéria em diversos artigos e obras de forma tangencial, já que atrelava o mínimo existencial ao estudo dos Direitos Fundamentais⁴³ e também do Direito Financeiro e Tributário⁴⁴ (especialmente em se tratando da capacidade contributiva, da vedação ao confisco e das imunidades tributárias), Ricardo Lobo Torres elaborou, recentemente, obra específica sobre a matéria.⁴⁵

Nesse trabalho o doutrinador expôs a sua visão a respeito do mínimo existencial, que coincidiria com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁴⁶, abrangendo tanto os direitos individuais ou de primeira dimensão (“status negativus”), como os direitos sociais ou de segunda dimensão (“status positivus”).⁴⁷

Quanto aos direitos sociais, porém, o autor, valendo-se de uma concepção nitidamente liberal, reduz a jusfundamentalidade desses ao mínimo existencial, vale dizer: os

⁴² Capítulo I, item 10.

⁴³ *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo 177 : 29 – 49, 1989 e *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, in: Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 284 e ss.

⁴⁴ *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. V. 3. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 160.

⁴⁵ *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009.

⁴⁶ Tal como estudado no item 3.1 do presente Capítulo.

⁴⁷ *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 83 e 183 e ss.

direitos sociais garantiriam apenas um mínimo existencial. Haveria, por assim dizer, uma espécie de “metamorfose” dos direitos sociais em mínimo existencial.⁴⁸

Nessa linha, o jurista rejeita as teses que pregam tanto o primado dos direitos sociais sobre os individuais, quanto à indivisibilidade dos direitos fundamentais (que compreenderia os direitos sociais como direitos fundamentais), sustentando que a “saída” para a afirmação dos direitos sociais seria a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial.⁴⁹ Em suas palavras:

a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres⁵⁰

Seguindo esse raciocínio, o autor resume o seu entendimento acerca do mínimo existencial da seguinte forma:

o direito ao mínimo existencial, em síntese, é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorado nos princípios da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito e na busca da felicidade. Após a reserva do mínimo

⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais: a metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*, in: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 11 e ss.

⁴⁹ Eis o motivo que conduz o autor, com apoio na doutrina do “status” de Jellinek e o seu aperfeiçoamento por Joseph Isensee, à distinção entre o “status positivus libertatis” (compreendendo apenas os direitos sociais que, dotados de jusfundamentalidade, reduzem-se ao mínimo existencial) e o “status positivus socialis” (abrangendo os demais direitos sociais que, para serem concretizados, dependeriam de alguns fatores, como a “inpositio legislatoris”, a cidadania reivindicatória, a verba orçamentária disponível, entre outros, sem gerar prestações estatais obrigatórias e, portanto, não abarcando o mínimo existencial). Nesse ponto, cabe destacar também o “status ativus processualis” citado pelo autor com base (embora com ressalvas) no ensinamento de Peter Habërle, consistindo nos processos legislativo, administrativo e judicial destinados a concretizar o mínimo existencial.

⁵⁰ *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 80 e 81.

existencial, que garante a igualdade de chances, é que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima, sob a concessão do legislador e sem o controle contramajoritário do judiciário⁵¹

Finalmente, de acordo com o autor, compreenderiam o mínimo existencial: a) o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social); b) o direito à educação; c) o direito à moradia e d) o direito à assistência jurídica, todos eles considerados tanto em seus aspectos negativos (vedando-se a incidência de tributos sobre tais direitos), como nas suas dimensões positivas (consistindo nas prestações estatais materiais de tais direitos aos pobres).

3.4.2. Ana Paula de Barcellos

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, após tratar do tema envolvendo a eficácia dos princípios em geral e fazer profundo estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, conclui que o mínimo existencial seria o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵²

De acordo com as lições da jurista, somente esse núcleo seria dotado de eficácia positiva, cabendo ao Judiciário, quando invocado, determinar as prestações necessárias à sua satisfação. De outra banda, tudo aquilo que fosse considerado fora desse núcleo ficaria reservado à deliberação democrática, cabendo, sobretudo ao Poder Legislativo, decidir, diante das diretrizes genéricas contidas na Constituição, suas formas concretas de implementação.⁵³

Haveria, por assim dizer, dois âmbitos do princípio da dignidade: um deles de natureza nuclear, consistindo no consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade (mínimo existencial) e outro de cunho periférico, compreendendo as diferentes concepções do que

⁵¹ *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. IX.

⁵² *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 198.

⁵³ *Ibidem*, p. 233 e 234.

significaria a dignidade em determinados casos e de como ela deva ser alcançada (deliberação política).

É interessante notar que a autora, apesar de reconhecer que a dignidade abarca todos os direitos fundamentais (direitos individuais, políticos e sociais), busca restringir o objeto de seu trabalho ao âmbito dos direitos sociais naquilo que diz respeito às condições materiais mínimas da dignidade humana, opção essa que, segundo ela, teve duas razões principais: a necessidade metodológica de restringir o objeto de análise e o déficit teórico sobre a matéria.⁵⁴

Como se vê, a doutrinadora não desenvolve (embora a reconheça) a dimensão negativa do mínimo existencial, como fez, por exemplo, Ricardo Lobo Torres, limitando-se à abordagem de seu aspecto positivo.

Com essas premissas, a jurista conclui que “o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna”⁵⁵, vale dizer, “um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”.⁵⁶

Em outras palavras, o mínimo existencial nada mais seria do que um conjunto formado por uma seleção de direitos sociais tidos por essenciais⁵⁷, consubstanciado em quatro elementos - os três primeiros de natureza material e o quarto instrumental -, a saber: 1) a educação fundamental; 2) a saúde básica; 3) a assistência aos desamparados e 4) o acesso à Justiça⁵⁸.

⁵⁴ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 148.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 197.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 305.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 114.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 258. Nota-se, aqui, que esses elementos indicados pela autora praticamente coincidem com aqueles apontados por Ricardo Lobo Torres, salvo o direito à previdência e o direito à moradia, os quais, embora previstos por este, são excluídos por aquela.

3.4.3. Paulo Gilberto Cogo Leivas

Paulo Gilberto Cogo Leivas, a seu turno, desenvolve uma teoria das necessidades básicas para justificar a origem do mínimo existencial e a sua validade no ordenamento jurídico.

Com apoio nas lições de Doyal e Gough, o autor sustenta que as necessidades básicas estariam vinculadas à prevenção de prejuízos graves, de modo que aquelas consistiriam naquilo que as pessoas precisam alcançar para evitar que prejuízos graves lhes sejam causados.⁵⁹

Ainda seguindo Doyal e Gough, o autor faz interessante distinção entre necessidade e a satisfação dessas necessidades, essa última também entendida como “necessidades intermediárias” ou “agentes de satisfação”, as quais abrangeriam:

alimentos nutritivos e água limpa, moradia protegida, um ambiente laboral desprovido de riscos, um ambiente físico desprovido de riscos, atenção à saúde apropriada, segurança na infância, relações primárias significativas, segurança física, segurança econômica, educação apropriada, segurança no controle de nascimentos, na gravidez e no parto.⁶⁰

Ocorre que, para se atingir tais “necessidades intermediárias”, é preciso, segundo os mencionados autores, que o indivíduo seja dotado de duas pré-condições básicas, tidas por universais, quais sejam: a saúde física, entendida como a ausência de enfermidade biológica) e a autonomia, consistente na capacidade de formular objetivos que sejam adequados a seus interesses, pressupondo, por sua vez, três elementos, a saber: a) o grau de compreensão que uma pessoa tem de si mesma, de sua cultura e do que se espera dela como indivíduo dentro da mesma;

⁵⁹ *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre : Livraria dos Advogados Editora, 2006, p. 123 e 124.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 124 e 125.

b) a capacidade psicológica que possui para formular opções para si mesma e c) as oportunidades objetivas que lhe permita atuar em conseqüência.⁶¹

Nesse diapasão, digna de nota é a concepção de necessidades básicas trazida pelo autor por meio dos ensinamentos de Johan Galtung. Segundo este, haveria duas classes de necessidades básicas: as necessidades materiais, relacionadas à sobrevivência e ao bem-estar e as necessidades não-materiais, relativas à liberdade e à identidade.⁶²

Diante desse panorama, conclui o autor que o mínimo existencial poderia ser definido, de forma genérica, como o direito à satisfação das necessidades básicas.⁶³

Finalmente, ao buscar um conceito mais preciso daquilo que se deva entender por mínimo existencial, o autor recorre aos ensinamentos da doutrina alemã, segundo a qual:

o mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural⁶⁴

⁶¹ Ibidem, p. 125.

⁶² Ibidem, p. 125, nota de rodapé n. 319.

⁶³ Ibidem, p. 135.

⁶⁴ TREISCH, Corinna, *Existenzminimum und Einkommensbesteuerung*. Aachen : Shaker, 1999, p. 1, *apud* LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre : Livraria dos Advogados Editora, 2006, p. 135.

3.4.4. Gustavo Amaral

Gustavo Amaral trata da questão envolvendo a escassez de recursos do Estado e a necessidade de se fundamentar e controlar os critérios de escolha para se atender a uma situação e não a outra.⁶⁵

Nesse sentido, o jurista afirma que, embora essas decisões envolvendo a alocação de recursos caibam, em princípio, aos Poderes Legislativo e Executivo, compete ao Judiciário controlar as razões dadas por aqueles para essas escolhas, “fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”.⁶⁶

Portanto, para Gustavo Amaral, quanto maior o grau de essencialidade da prestação estatal, grau este que está ligado ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida.⁶⁷ Ou seja:

cabará ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima.⁶⁸

Pode-se dizer, assim, que a garantia do mínimo existencial, na esteira desse entendimento, decorreria da análise da combinação entre o grau de essencialidade da prestação e o de excepcionalidade de seu não atendimento.

⁶⁵ *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 115.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁸ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 120.

Dessa forma, pode-se inferir do seu pensamento que o mínimo existencial estaria diretamente relacionado com a cláusula da reserva do possível⁶⁹, assim como as prestações estatais (dimensão positiva).

3.4.5. Virgílio Afonso da Silva

Ao tratar do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e de todos os elementos que o permeiam, Virgílio Afonso da Silva assevera que o mínimo existencial é usado em diversos sentidos, podendo significar:

(1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justificável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justicialidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.⁷⁰

Após traçar esse quadro e desenvolver o suporte fático dos direitos sociais⁷¹, afirma o jurista que o conteúdo essencial de um direito social estaria intimamente ligado a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito.

⁶⁹ Sobre a qual nos debruçaremos no Capítulo II, item 5 desse estudo.

⁷⁰ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 204 e 205.

⁷¹ Segundo o autor, “se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x não é fundamentada constitucionalmente (-FC(IEx), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox)” (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 205).

Seguindo em seu raciocínio, destaca o autor que um direito social, assim como qualquer outro direito, deve ser realizado na maior medida possível, levando-se em conta as condições fáticas e jurídicas presentes.

Diante disso, conforme o seu pensamento, o mínimo existencial seria “aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas que, por sua vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”.⁷²

Observa-se que esse conceito é bastante próximo ao exposto por Gustavo Amaral⁷³, não apenas por atrelar o conceito de mínimo existencial à cláusula da reserva do possível, como também por permitir o controle jurisdicional sobre a alocação de recursos públicos, seja exigindo justificações objetivas e transparentes quanto às mesmas, seja discutindo e contestando tais alocações, numa espécie de “diálogo constitucional” entre os três Poderes.

Daí concluir o autor que, para se justificar a intervenção do Poder Judiciário, não bastaria constatar determinada omissão quanto à realização de um direito fundamental, mas também averiguar se há, no caso, uma fundamentação jurídico-constitucional para essa inércia. Em outras palavras, caberia ao Judiciário somente intervir naquelas hipóteses em que houvesse uma omissão infundada, de forma a barrar tanto a inação do Poder Judiciário, como o seu ativismo incontrolado.⁷⁴

3.4.6. Ricardo Castilho

Bastante interessante é a visão trazida por Ricardo Castilho sobre o mínimo existencial. Debruçando-se sobre o estudo dos aspectos atinentes a justiça social e distributiva sob o prisma preponderantemente filosófico e naquilo que diz respeito à concretização dos

⁷² *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 205.

⁷³ Cujas posição foi exposta no item anterior (Capítulo I, item 3.4.4).

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 251.

direitos sociais, o jurista dedica capítulo próprio à análise do tema envolvendo a existência digna e o conjunto de bens mínimos.

Inicialmente, o autor assevera que a existência digna de cada indivíduo só poderia ser obtida pela atuação concomitante da Justiça Social, responsável pela atribuição do mesmo conjunto de bens materiais e imateriais a todos, objeto dos direitos sociais de Justiça Social; e da Justiça Distributiva, a qual impõe a outorga de bens diversos a cada qual, de acordo com uma igualdade proporcional e que leva em conta critérios pessoais, como o mérito e a necessidade, objeto dos direitos sociais de Justiça Distributiva.⁷⁵

Na seqüência, o autor extrai da dicção do artigo 3º, incisos III e IV da Constituição brasileira o dever do Estado quanto à promoção do bem de todos, promovendo um mínimo de bens materiais e imateriais necessário à existência digna, de modo a erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais.⁷⁶

No entanto, qual seria o conteúdo dessa existência digna?

De acordo com Ricardo Castilho, seria a produção e conservação da felicidade, em sua acepção objetivo-coletiva (e não subjetiva-individual, ligada a aspectos internos do indivíduo e objeto de estudo da psicologia), vale dizer, uma felicidade igual para todos, composta de elementos objetivos de uma existência humana minimamente satisfatória.

Como diz o autor:

a vida digna, em outras palavras, não constitui idéia que garanta a realização plena dos indivíduos, tomados em suas variações subjetivas, mas representa

⁷⁵ CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 96.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 98.

somente a garantia de que a nenhuma pessoa faltará qualquer bem material ou imaterial necessário ao desenvolvimento de todas as suas potencialidades.⁷⁷

Dessa constatação decorreriam, segundo o jurista, duas ordens de bens: a) o bem comum, entendido como um conjunto básico de direitos e bens de cada indivíduo que lhe assegure uma existência desprovida de qualquer carência essencial⁷⁸, garantindo-lhe, ao menos, a possibilidade de alcançar, por meio do desenvolvimento de seus dotes e talentos, a felicidade subjetivo-individual; b) o bem pessoal, que se relaciona àquilo que é buscado por cada indivíduo, segundo o seu plano de vida próprio. Arremata o autor atestando a inter-relação entre esses bens, uma vez que o indivíduo depende dessas condições básicas oriundas do bem comum para atingir seus bens pessoais.⁷⁹

Depois de tratar do conteúdo da existência digna, o autor parte para a definição dos bens mínimos essenciais àquela, visualizando duas classes de bens materiais e imateriais, quais sejam: a) os bens mínimos naturais de todo e qualquer ser humano, consistentes nos direitos dispostos, em sua maioria, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (O.N.U.) datada de 10 de dezembro de 1948; b) os bens mínimos previstos nos diversos ordenamentos jurídicos de cada País, os quais somente poderiam ser, de acordo com os valores de cada sociedade, ampliados em relação aqueles previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nunca reduzidos.

Em síntese, sem desconsiderar os demais pontos levantados por Ricardo Castilho acerca do tema, é possível constatar que a sua visão de mínimo existencial se traduz na idéia de felicidade objetivo-coletiva, enquanto garantia de condições materiais e imateriais mínimas que possibilitem ao indivíduo atingir, por meio do desenvolvimento de suas potencialidades pessoais, a realização plena de seu plano específico de vida e, por via de consequência, a sua felicidade

⁷⁷ CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 99.

⁷⁸ Nesse ponto, adverte o autor que a carência essencial (como, por exemplo, a educação de qualidade) não se confundiria com a carência de fatores de subsistência, entendida como as necessidades fisiológicas elementares do ser humano, ponto estes que será melhor estudado no item 6.3 desse capítulo.

⁷⁹ Op. cit., p. 99.

subjetivo-individual, tendo sempre como patamar mínimo e universal⁸⁰ as disposições contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

3.4.7. Luís Roberto Barroso

Ao tratar das transformações do direito constitucional contemporâneo, impulsionadas pelo pós-positivismo, enquanto uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista, o autor estuda o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive naquilo que diz respeito ao mínimo existencial.

Assim, na visão de Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial estaria incluído no âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e seria identificado como o “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”.⁸¹

Na seqüência, admite o constitucionalista que o elenco das prestações que compõem o mínimo existencial varia conforme a visão subjetiva de quem a elabore, embora haja, segundo ele, razoável consenso das seguintes: a) renda mínima, entendida como um mínimo de recursos financeiros destinados à manutenção das necessidades básicas, como alimentação, moradia e

⁸⁰ Não há como negar a dificuldade de se estabelecer um mínimo existencial de natureza universal, especialmente diante do relativismo cultural presente na sociedade mundial. Sobre essa questão envolvendo a universalidade e o relativismo cultural e sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, vale registrar a sugestão de Ingo Wolfgang Sarlet: “uma concepção mais restrita da dignidade, centrada na noção de um reconhecimento e proteção de uma esfera nuclear da personalidade humana, pelo menos vedando todo e qualquer tipo de tratamento desumano e degradante, poderia servir de referencial mínimo para um padrão universal em termos de proteção da dignidade, para além dos particularismos culturais” (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 145, rodapé n. 378).

⁸¹ *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 253.

vestuário; b) saúde básica; c) educação fundamental e d) acesso à justiça, este enquanto elemento instrumental indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.⁸²

É possível constatar que esse posicionamento coincide, na prática, com aquele exposto por Ana Paula de Barcellos⁸³, à qual recorre o próprio autor.

Ademais, Barroso levanta, ainda que de forma sintética, um ponto interessante quando afirma que aquém daquele patamar entendido como mínimo existencial, ainda que haja sobrevivência, não haveria dignidade. Ainda que não intencionalmente, podemos extrair dessa afirmação ao menos uma alusão feita pelo autor a uma importante distinção entre o mínimo existencial e o chamado “mínimo vital”, com o qual aquele não se confunde e que será explorado mais adiante nesse trabalho.⁸⁴

3.4.8. Robert Alexy

Certamente, seria muita pretensão buscar, nas poucas linhas avante, sintetizar o pensamento de Roberto Alexy acerca do mínimo existencial, haja vista a sua extensa e complexa obra relativa à teoria dos direitos fundamentais⁸⁵, na qual aborda o tema envolvendo o presente trabalho.

Por esse motivo, faremos breve alusão ao pensamento desse jurista a respeito do mínimo existencial, assim com o fizemos em relação aos demais estudiosos, sem prejuízo de todo o desenvolvimento traçado por cada um deles em suas respectivas obras.

Tendo essas considerações em mente, observa-se, inicialmente, que, de acordo com a teoria desenvolvida por Alexy, aqueles direitos que o indivíduo tem, em face do Estado, a ações

⁸² *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 253.

⁸³ Conforme abordamos no item 3.4.2 deste capítulo.

⁸⁴ Capítulo I, item 6.3.

⁸⁵ *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008.

estatais positivas poderiam ser divididos em dois grupos: a) os direitos a prestações em sentido amplo, os quais teriam como objeto uma ação normativa (direitos a atos estatais de criação de normas⁸⁶) e b) os direitos a prestações em sentido estrito, cujo objeto seria uma ação fática (direitos a uma ação positiva fática).

O critério de distinção entre ambos seria, basicamente, a relevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito: essa seria relevante para o primeiro grupo e irrelevante ao segundo, para o qual importaria apenas a realização efetiva da ação almejada, independentemente da forma jurídica pela qual ela foi atingida.

Após fazer essa divisão, o jurista enquadra o mínimo existencial no segundo grupo, composto pelos direitos a prestações em sentido estrito. Desse modo, seria indiferente para a satisfação do direito ao mínimo existencial saber de que forma ela ocorre, sendo decisivo apenas o fato de que, após a realização da ação, os necessitados disponham, efetivamente, do mínimo para a sua existência.⁸⁷

Mais adiante, Alexy analisa duas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha envolvendo questões atinentes à assistência social⁸⁸, das quais extrai a seguinte conclusão:

se se consideram ambas as decisões em conjunto, não há dúvidas de que o Tribunal Constitucional Federal pressupõe um direito fundamental a um mínimo existencial. Nesse sentido, ele acompanha a jurisprudência reiterada do Tribunal Administrativo e a opinião majoritária na literatura jurídica. Diante disso, é possível afirmar que existe ao menos um direito fundamental social não-escrito,

⁸⁶ Como exemplo desse grupo, o autor cita o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal.

⁸⁷ *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 201 - 203.

⁸⁸ *BVerfGE* 1, 97 (104-105) e *BVerfGE* 40, 121 (133).

isto é, que se funda em uma norma atribuída por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental.⁸⁹

À vista do acima exposto, podemos constatar que Alexy considera o mínimo existencial como um direito fundamental social não-escrito, de hierarquia constitucional, inserido naquele grupo dos direitos a ações positivas denominado por ele como “direitos a prestações em sentido estrito”, os quais, como vimos, têm por objeto uma ação fática (direitos a uma ação positiva fática).

Por derradeiro, é válido destacar que o autor reconhece ser praticamente impossível definir o objeto daquilo que compreende o mínimo existencial, que, sob a ótica da Constituição alemã, deveria ser buscado em seu sentido relativo e não absoluto. Segundo ele:

como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo. Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial. Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir. Nesses casos, o conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável⁹⁰

3.4.9. John Rawls

Em sua famosa obra “Uma teoria da justiça”⁹¹, John Rawls busca desenvolver, em uma espécie de neocontratualismo, uma teoria da justiça, esta concebida como equidade.

Partindo de uma concepção individualista e liberal do ser humano, o autor indica a necessidade de se vislumbrar uma situação hipotética (posição original), na qual todos os indivíduos se encontrem em uma situação de plena equidade, em virtude da presença do chamado “véu de ignorância”.

⁸⁹ *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 436 e 437.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 427 e 428.

⁹¹ *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

Esse véu imaginário faria com que os indivíduos não soubessem a sua condição econômica, quais talentos individuais possuiriam. Enfim, todas as suas qualidades pessoais, assim como as características da sociedade onde vivem, seriam ignoradas, a ponto de lhes permitir que fossem identificados apenas pela sua condição humana e racional.

Nas palavras do autor:

supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu 'status' social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem⁹²

Essa seria, na opinião do autor, a situação ideal para que todos os seres humanos pudessem, de forma isenta, livre e racional, escolher um conjunto de princípios que deveriam ordenar a sociedade. Como esclarece John Rawls:

as razões para recorrermos ao véu da ignorância ultrapassam a mera simplicidade. Queremos definir a posição original de modo a chegarmos à solução desejada. Se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingências arbitrárias. Como já foi observado, dar a cada um de acordo com seu poder de ameaçar não é um princípio da justiça. Para que a posição original gere acordos justos, as partes devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas. A

⁹² *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 147.

arbitrariedade do mundo deve ser corrigida por um ajuste das circunstâncias da posição contratual inicial⁹³

Partindo dessa situação, os indivíduos chegariam, consensualmente, a dois princípios fundamentais de justiça que se complementam: 1) o princípio da igualdade, pelo qual “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”⁹⁴; 2) o princípio da diferença, o qual prega que “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”.⁹⁵

Quanto a esse último aspecto (acessibilidade a todos de posições e cargos), afirma o filósofo que este consistiria em um conjunto de bens sociais primários, correspondentes, de uma forma mais ampla, a direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza⁹⁶, concluindo que:

a todos é assegurada igual liberdade para que persigam qualquer plano de vida que lhes agrade, contanto que isso não viole as exigências de justiça. Os homens partilham dos bens primários seguindo o princípio de que alguns podem ter mais se esses bens são adquiridos por modalidades que melhoram a situação daqueles que têm menos. Uma vez que toda a organização foi feita e funciona, não se fazem perguntas sobre os totais de satisfação ou perfeição⁹⁷

Esses bens sociais primários, portanto, seria, por assim dizer, a concepção de mínimo existencial exposta por John Rawls, enquanto pressuposto do princípio da diferença e, por via de consequência, de sua própria teoria da justiça.

⁹³ Ibidem, p. 152.

⁹⁴ Ibidem, p. 64.

⁹⁵ *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 64.

⁹⁶ Ibidem, p. 98.

⁹⁷ Ibidem, p. 100.

Finalmente, cabe registrar a importância atribuída pelo filósofo à manutenção, pelo Estado, da igualdade de oportunidades entre os indivíduos, ocupando a educação, objeto desse trabalho, papel de destaque nessa seara, quando afirma:

devem ser estabelecidas adaptações do mercado livre dentro de uma estrutura de instituições políticas e legais que regule as tendências globais dos eventos econômicos e preserve as condições sociais necessárias para a igualdade eqüitativa de oportunidades. Os elementos dessa estrutura são bastante familiares, embora possa ser útil lembrar a importância de se evitarem acúmulos excessivos de propriedade e riqueza e de se manterem iguais oportunidades de educação para todos. As oportunidades de se atingir conhecimento cultural e qualificações não deveriam depender da posição de classe de uma pessoa, e assim o sistema escolar, seja público ou privado, deveria destinar-se a eliminar barreiras de classe⁹⁸

Dessa forma, à vista dos posicionamentos dos autores acima citados, é possível constatar a variedade de sentidos empregados pelos estudiosos sobre o mínimo existencial, o que nos obriga a tomar uma posição acerca do mesmo.

Antes disso, porém, faz-se mister nos posicionarmos acerca dos demais aspectos relativos ao mínimo existencial, o que passamos a fazer nos itens seguintes, com vistas a construir um conceito mais completo sobre o mesmo ao final do presente capítulo.

4. Fundamento

No direito brasileiro, temos que os fundamentos do mínimo existencial são: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consistentes na erradicação da pobreza

⁹⁸ *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 77.

e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, assim como na promoção do bem de todos (art. 3º, incisos III e IV, respectivamente, de nossa Carta Magna).

Embora o direito ao mínimo existencial não seja previsto expressamente pelo nosso texto constitucional, é certo que dele decorre, na dicção das normas constitucionais acima mencionadas. Como assinalou Alexy:

não é nenhuma obviedade que, sob uma Constituição que não o garante expressamente, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial, em nível constitucional, seja maciçamente sustentada pela jurisprudência e pela doutrina⁹⁹

Podemos dizer que o direito ao mínimo existencial assenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, para usufruir de uma existência digna, o indivíduo deve ser dotado, necessariamente, de um conjunto mínimo de bens e direitos que lhe permita viver com dignidade.

Como diz Ernst Tugendhat, a dignidade aponta para certo nível de satisfação de necessidades, já que o ser humano precisa do mínimo de existência para poder gozar os seus direitos e levar uma existência humanamente digna.¹⁰⁰

Por essa razão, acolhemos, ainda que com ressalvas¹⁰¹, a concepção apresentada por Ana Paula de Barcellos, quando afirma que o direito ao mínimo existencial seria o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, o que será explorado, de forma mais detalhada, no item seguinte, ao tratarmos de sua natureza jurídica.

⁹⁹*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 437.

¹⁰⁰ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4ª ed. Trad. Ernildo Stein e Ronai Rocha (org.). Petrópolis : Vozes, 2000, p. 391 e 392.

¹⁰¹ Essas ressalvas serão abordadas ao tratarmos da questão envolvendo o objeto do direito ao mínimo existencial no Capítulo I, item 6.

No que tange ao artigo 3º, incisos III e IV de nosso texto constitucional, não há qualquer dúvida de que tais objetivos fundamentais a serem perseguidos pelo Estado estejam diretamente relacionados ao mínimo existencial, seja por que esse direito tem como principal titular a pessoa considerada pobre e marginalizada da sociedade, em situação, portanto, de desigualdade perante os demais cidadãos, seja pelo fato de que a promoção do bem de todos deva, por certo, abrangê-lo, sob pena de se incorrer em injustificada discriminação.

5. Natureza Jurídica

Conforme já adiantamos no item anterior, entendemos que o direito ao mínimo existencial consiste no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, assim como os direitos fundamentais, o princípio da dignidade também teria um conteúdo essencial (núcleo) a ser preservado, correspondente ao mínimo existencial.

Nesse ponto, já cabe firmarmos também a posição de que o direito ao mínimo existencial não se confundiria, dessa forma, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como sustenta Ricardo Lobo Torres.¹⁰²

Afirma-se isso, pois, como apontamos no início desse trabalho¹⁰³ e com apoio nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, não há, necessariamente, uma identidade entre a dignidade da pessoa humana e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, seja pela constatação de que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade (embora todos possuam um núcleo essencial), seja porque, em havendo uma identidade absoluta entre ambos, o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais restaria esvaziado.

¹⁰² *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 83 e 183 e ss.

¹⁰³ Capítulo I, item 3.3.

Em suma, enquanto núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial não deve ser confundido com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.¹⁰⁴

Feitos tais esclarecimentos, cabe a indagação quanto à natureza jurídica do mínimo existencial: teria ele natureza de regra ou de princípio?

Não cabe aqui um estudo aprofundado sobre as inúmeras questões envolvendo os critérios que permitam diferenciar os princípios das regras, sob pena de nos desviarmos dos objetivos do presente trabalho.

Em linhas gerais, podemos dizer que o pioneiro na diferenciação entre princípios e regras foi Ronald Dworkin. Por meio de sua obra “Levando os direitos a sério” (“Taking rights seriously”), destinada à crítica do positivismo na versão proposta por Herbert L. A. Hart, o filósofo do direito norte-americano realça a importância dos princípios para o Direito¹⁰⁵, sustentando que a distinção entre princípio e regra seria de natureza lógica, a saber:

as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹⁰⁶

Já os princípios, ao contrário das regras, não apresentariam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Quanto ao significado e alcance dos princípios do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, ver Capítulo I, itens 3.1 e 3.2, respectivamente.

¹⁰⁵ Dworkin critica os positivistas que concebem o Direito como um modelo que só contém regras, por desconsiderarem a importância dos princípios para o sistema jurídico, especialmente naqueles casos de difícil solução (“hard cases”).

¹⁰⁶ *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 40.

Ademais, os princípios possuiriam uma dimensão que as regras não têm, qual seja, a dimensão de peso ou importância, de modo que aquela pessoa incumbida de resolver certo litígio envolvendo dois ou mais princípios deveria levar em conta a força relativa de cada um deles, ao passo que se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida.¹⁰⁸

De grande importância, também, é a diferenciação entre princípios e regras exposta por Robert Alexy, que seria uma distinção qualitativa e não de grau¹⁰⁹. De acordo com o jurista alemão, enquanto os princípios seriam “mandamentos de otimização”, entendidos como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, sendo sempre satisfeitas ou não satisfeitas.¹¹⁰

O mestre português Canotilho, a seu turno, seguindo a linha de pensamento dos dois autores acima mencionados (Dworkin e Alexy), sintetiza, de forma mais abrangente, as principais diferenças entre princípios e regras da seguinte forma: 1) os princípios apresentam-se como normas impositivas de otimização, enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência; 2) os princípios admitem uma convivência conflitual, ao passo que as regras só admitem convivência antinômica; 3) os princípios, de um lado, sujeitam-se à ponderação, e as regras, de outro, não a admitem; 4) os princípios suscitam problemas de validade e peso, enquanto as regras colocam apenas problemas de validade.¹¹¹

Tendo em mente as mencionadas diferenças existentes entre princípios e regras, de especial interesse é a construção feita por Robert Alexy em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a qual nos interessa mais de perto em razão do propósito desse trabalho.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹⁰⁹ Vale dizer, de “grau de generalidade”, de forma que os princípios teriam maior grau de generalidade em relação às regras.

¹¹⁰ *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 90 e 91. Como o próprio Alexy reconhece, a distinção entre princípios e regras por ele apresentada assemelha-se àquela proposta por Dworkin, dela somente diferindo pela sua caracterização dos princípios como mandamentos de otimização (*Op. cit.*, p. 91, rodapé n. 27).

¹¹¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra : Almedina, 1999, p. 1087 - 1088.

Depois de ressaltar a importância da distinção entre princípios e regras (tal como acima exposto), a qual seria, segundo ele, uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais¹¹², Alexy apresenta a dignidade da pessoa humana como contemplando em si duas normas: uma “regra” da dignidade humana e um “princípio” da dignidade humana.¹¹³

Nessa linha, a estrutura de “regra” da dignidade humana seria determinada pela relação de preferência do princípio da dignidade da pessoa humana em face de outros princípios, não admitindo qualquer limitação por estes ou mesmo relativização. Haveria, sob determinadas condições, razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana.

Já em relação ao “princípio” da dignidade humana, este teria a estrutura de todo e qualquer princípio, podendo ser realizado em diferentes medidas e estando sujeito ao sopesamento (ponderação) e à relativização, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Valemo-nos desses ensinamentos para firmarmos a posição de que a natureza jurídica do direito ao mínimo existencial, enquanto núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, seria de regra, na acepção de Alexy acima exposta.¹¹⁴

Vale dizer: o princípio da dignidade da pessoa humana irradia-se a partir do seu núcleo básico (mínimo existencial), entendido como uma verdadeira regra, ao passo que, quando os seus efeitos passam a se distanciar desse núcleo, retomam a sua natureza de princípio, estando sujeito, nesse caso, ao juízo de ponderação.

¹¹²*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 85.

¹¹³ *Ibidem*, p. 111 - 114.

¹¹⁴ Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 198 e TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 84. Em sentido contrário: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 201 e 202 (para quem o princípio da dignidade da pessoa humana seria, em regra, relativo e sujeito ao sopesamento, tal como os demais princípios) e LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre : Livraria dos Advogados Editora, 2006, p. 132 – 134 (para esse último, a natureza jurídica do mínimo existencial seria de princípio constitucional).

Daí a razão para afirmarmos que o direito ao mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana poderiam ser representados, graficamente, por dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o do princípio da dignidade da pessoa humana (com natureza de princípio) e o círculo menor o do direito ao mínimo existencial (com natureza de regra), este último enquanto núcleo intransponível do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com essa imagem, poderíamos dizer que “tudo o que é mínimo existencial é dignidade, mas nem tudo o que é dignidade é mínimo existencial”.

Seguindo a esteira desse entendimento, explica Ana Paula de Barcellos que haveria dois âmbitos do princípio da dignidade: um espaço normativo de natureza nuclear, consistente no consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade (mínimo existencial) e sujeito, pois, a um amplo controle judicial¹¹⁵ e outro, de cunho periférico, que compreende as diferentes concepções do que significaria a dignidade em determinados casos e de como ela deva ser alcançada, cujo campo, portanto, estaria reservado à deliberação política.¹¹⁶

Desta feita, compactuamos com a posição de Ana Paula de Barcellos (ancorada nos ensinamentos de Alexy) quanto à natureza de regra do direito ao mínimo existencial.

Finalmente, observamos que essa posição de que o direito ao mínimo existencial tem natureza de regra detém importantes desdobramentos, entre eles o de que esse direito tem relação de preferência em face de outros princípios que lhe sejam eventualmente contrapostos (como, por exemplo, o princípio majoritário), não admitindo limitação por estes, raciocínio que será retomado ao longo desse trabalho ao tratarmos de outros assuntos correlatos ao tema,

¹¹⁵ Como adverte a autora, “se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. Se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna – e aí sequer se cogitará do problema -, ou simplesmente não se conhece mais a noção da dignidade” (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 197).

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 233 - 234.

especialmente aqueles relacionados à cláusula da reserva do possível¹¹⁷, ao controle jurisdicional das omissões do Poder Público e às políticas públicas.¹¹⁸

6. Objeto

Questão das mais tormentosas envolve, por certo, o objeto do direito ao mínimo existencial. Caberia, aqui, buscar uma resposta à seguinte indagação: quais direitos e/ou bens estariam contidos na noção de direito ao mínimo existencial, de modo conferir aos indivíduos uma existência digna?

Antes de adentrar nessa difícil seara, é necessário abordarmos alguns pressupostos necessários para a definição do objeto do mínimo existencial, o que passamos a fazer a seguir.

6.1. Mínimo existencial universal ou culturalmente relativo?

Como assinalamos ao tratar da origem do direito ora estudado¹¹⁹, os seus sentido e alcance têm sido construídos ao longo da história da humanidade, motivo pelo qual detém nítido aspecto histórico-cultural. Isso significa que aquilo que se entende por mínimo existencial constitui um conceito variável no espaço e no tempo.

Não há dúvida, por exemplo, de que o direito ao mínimo existencial será distinto nos países desenvolvidos, em desenvolvimento e naqueles considerados subdesenvolvidos e ainda entre os países pertencentes a cada um desses grupos (espaço).¹²⁰

¹¹⁷ Capítulo II, item 5.

¹¹⁸ Capítulo II, item 3.2.

¹¹⁹ Capítulo I, item 2.

¹²⁰ Veja-se, por exemplo, o abismo existente entre o desenvolvimento humano verificado na Suíça (país desenvolvido que ocupa o 9º lugar do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, cuja lista, com base em dados obtidos em 2007, foi publicada no dia 05 de outubro de 2009 no Relatório de Desenvolvimento

Do mesmo modo, a noção daquilo que se reputa indispensável para uma existência digna varia conforme o progresso da humanidade nos seus aspectos político, social e econômico (tempo).

Aliás, como já alertava Miguel Reale, o próprio Direito é um fenômeno histórico-social, sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo.¹²¹

Paralelamente a esse inegável relativismo cultural, também seria possível cogitar de um possível aspecto universal atinente ao mínimo existencial, vale dizer, de um conjunto de bens e direitos básicos que o comporiam sempre e em todo lugar.¹²²

Recorda-se, nesse diapasão, que Ricardo Castilho¹²³, após tratar do conteúdo da existência digna, parte para a definição dos bens mínimos essenciais àquela, visualizando duas classes de bens: a) os bens mínimos naturais de todo e qualquer ser humano, consistentes nos direitos dispostos, em sua maioria, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (O.N.U.) datada de 10 de dezembro de 1948; b) os bens mínimos previstos nos diversos ordenamentos jurídicos de cada País, os quais somente poderiam ser, de acordo com os valores de cada sociedade, ampliados em relação aqueles previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nunca reduzidos.

Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) e no Haiti (um dos países mais pobres do continente americano e ocupante da 149ª posição do mencionado IDH, além de ter sido alvo de um terremoto catastrófico ocorrido em 12 de janeiro de 2010, que contribuiu para piorar, ainda mais, a situação de pobreza e miséria lá existente, já que teve como saldo o número aproximado de 200 mil pessoas mortas, além da destruição de diversas construções, especialmente casas, escolas e hospitais, deixando em torno de 3 milhões de pessoas desabrigadas e sem o mínimo para sobreviver). Não obstante ambos os países prevejam, em seus respectivos textos constitucionais, o direito à vida e à saúde (artigos 10, n. 1 e 41, n. 1, “b” da Constituição da Suíça de 1999 e artigo 19 da Constituição do Haiti de 1987), assim como o dever de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 7º da Constituição da Suíça de 1999 e artigos 19 e 44, n. 1 da Constituição do Haiti de 1987), fazendo a Constituição haitiana, em seu artigo 19, até mesmo alusão à Declaração Universal dos Direitos Humanos, é inegável que tais direitos, embora básicos e inerentes ao chamado mínimo existencial, são dotados de diferentes graus de efetividade nessas duas sociedades, à vista da distinta realidade enfrentada por cada qual.

¹²¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 14.

¹²² Nesse ponto, vale lembrar o disposto no artigo XXV, item 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

¹²³ Capítulo I, item 3.4.6.

Nesse sentido, podemos extrair do pensamento do autor que a primeira classe de bens acima mencionada consistiria no aspecto universal do mínimo existencial, tido como base por todas as nações, as quais, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, somente poderiam ampliá-los segundo os seus próprios valores.

Contudo, o mesmo autor não define, com exatidão, o conteúdo do mínimo existencial em seu sentido universal, limitando-se a afirmar que seria composto pela “maioria” dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

De toda forma, é absolutamente compreensível a dificuldade encontrada para se definir o objeto do mínimo existencial e, além disso, se ele seria dotado de um aspecto universal ou se estaria jungido ao relativismo cultural.

Esse embate entre universalistas e relativistas é tema recorrente em se tratando de direitos humanos. Se, de um lado, os tratados e convenções internacionais são dotados de um caráter nitidamente universal, relativizando a noção de soberania nacional e da própria jurisdição de cada País, de outro, é certo que o ordenamento jurídico de cada sociedade está umbilicalmente atrelado aos seus sistemas político, econômico, social, cultural e moral.

Diante dessa celeuma, os estudiosos do Direito Internacional têm apontado a Declaração de Viena de 1993 como o documento internacional que consagrou a conciliação entre esses dois pontos de vista, ao prever em seu § 5º que:

todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais

Segundo Flávia Piovesan¹²⁴, esse documento internacional teria adotado a corrente do forte universalismo (ou fraco relativismo cultural), uma vez que reforça, de forma preponderante, o aspecto universal dos direitos humanos, sem deixar de levar em conta as circunstâncias históricas e culturais de cada sociedade.

A grande questão que se coloca, assim, seria o caminho que se deve percorrer para se chegar a um universalismo que efetivamente respeite as peculiaridades de cada nação, de modo a evitar que uma parcela de países “imponha” os seus próprios valores, erigindo-os à condição de universais, a fim de serem respeitados pelos demais.

Seguindo as lições de Boaventura de Sousa Santos¹²⁵ e Joaquín Herrera Flores¹²⁶, Flávia Piovesan defende o chamado “universalismo de confluência”, ao qual se chegaria por meio de um diálogo intercultural. Segundo a autora:

acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência. Esse universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos¹²⁷

Trazendo essas idéias para o presente trabalho, concordamos que o mínimo existencial possa apresentar um caráter universal, desde que esse seja atingido por um diálogo aberto entre as culturas (universalismo de confluência), de modo a se construir um patamar

¹²⁴ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 146.

¹²⁵ *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 39, 1997, p. 114.

¹²⁶ *Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, mimeo, s.d., s.l., p. 7.

¹²⁷ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 148 e 149.

mínimo de bens e direitos que, levando em conta as peculiaridades de cada sociedade, possa assegurar uma existência digna a todos.

6.2. Mínimo existencial absoluto ou relativo?

Outro ponto que merece atenção acerca do objeto do mínimo existencial diz respeito ao seu caráter absoluto ou relativo.

Entender o direito ao mínimo existencial como absoluto significa que ele seja intangível, não admitindo restrição em qualquer hipótese. Por outro lado, ao se concluir pelo seu caráter relativo, estar-se-ia autorizando a sua relativização e sopesamento, de modo que ele cederia, em alguns casos, à outra norma jurídica que lhe fosse contraposta no caso concreto.

A nosso ver, seria incoerente a existência de um conjunto de bens e direitos que comporiam o chamado “mínimo existencial”, sem o qual o indivíduo não teria uma vida alçada a um patamar minimamente digno, se esse mesmo conjunto pudesse ser relativizado por outras normas previstas no ordenamento jurídico. Ora, se o indivíduo faz jus ao direito ao mínimo existencial para viver de forma digna, como seria possível admitir que, em certas hipóteses, ele viverá de modo “indigno”, sendo relegado ao descaso pela sociedade e pelo Estado, sem usufruir dos direitos tidos como aqueles dos mais básicos e elementares à vida humana?

Não é por outra razão que, ao tratarmos da natureza jurídica do mínimo existencial¹²⁸, concluímos que ela seria de uma regra, enquanto núcleo intransponível (e, portanto, absoluto) do princípio da dignidade da pessoa humana, inadmitindo qualquer restrição.

Nesse ponto, é conveniente frisar que não estamos nos referindo ao princípio da dignidade da pessoa humana de modo amplo, a ponto de sustentar que esse princípio seria intangível em toda e qualquer hipótese.¹²⁹

¹²⁸ Capítulo I, item 5.

Estamos, em verdade, tratando do aspecto nuclear desse princípio - seu núcleo essencial - representado pelo mínimo existencial, o qual, esse sim, deteria um caráter absoluto. O mesmo não pode ser dito na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana se irradia desse núcleo básico (mínimo existencial) e dele se distancia, momento em que deixa de ser intangível, admitindo restrição e sopesamento quando em conflito com outras normas jurídicas de nosso ordenamento.¹³⁰

A grande dificuldade nesse tema seria, justamente, vislumbrar no caso concreto a linha divisória que demarcaria o espaço normativo do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) e aquele de cunho periférico, a fim de detectar o seu caráter absoluto ou relativo e concluindo-se, por via de consequência, pela possibilidade ou não de sua restrição à vista de outras normas jurídicas do sistema.

Ainda que, em alguns casos, seja possível constatar, com relativa facilidade, esses espaços normativos, é inegável que haverá uma série de outras hipóteses nas quais nos depararemos com uma “zona de penumbra”, sem que seja possível demarcá-los com exatidão.

Segundo Gustavo Amaral, a ausência dessa divisão nítida justificaria a concepção do mínimo existencial levando-se em consideração a cláusula da reserva do possível. Segundo ele:

se não há divisão nítida, como saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não? O mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas e do Piauí? Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a

¹²⁹ Até porque isso representaria uma verdadeira “banalização” do princípio, conforme expusemos no Capítulo I, item 3.3. Em sentido contrário está a posição de Daniel Sarmiento, no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser o epicentro axiológico da ordem constitucional, não estaria sujeito a qualquer ponderação. Segundo o autor, “nenhuma ponderação pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último dessa ordem” (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003, p. 76).

¹³⁰ Nesse passo, remetemos o leitor ao Capítulo I, item 5, no qual desenvolvemos essa questão.

resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma “condição” que afasta a exigibilidade “incondicional”¹³¹

Aliás, a própria noção de mínimo existencial é algo discutível e variável de acordo com a visão do intérprete, o que poderia inviabilizar considerá-lo como absoluto, uma vez que a própria variação quanto à sua definição poderia indicar, em princípio, o seu caráter relativo.

Porém, não se está aqui a defender uma teoria absoluto-estática do mínimo existencial, que seria pela sua intangibilidade (absoluto) e, além disso, imutabilidade (estático) no tempo e no espaço, mas sim uma concepção absoluto-dinâmica, no seguinte sentido: embora o direito ao mínimo existencial não admita restrição em qualquer hipótese (absoluto), o seu conteúdo poderá variar no tempo e no espaço (dinâmico)¹³².

Em outras palavras, considerar o mínimo existencial como absoluto não é incompatível com a admissão de que o seu conteúdo seja variável.

Essa consideração significa que haveria, por assim dizer, “dois passos” para se identificar o mínimo existencial no caso concreto: o primeiro, consistente na análise do seu conteúdo, ou seja, detectar se determinado direito ou bem estaria inserido no conceito de mínimo existencial. Caso positivo, o segundo passo seria, necessariamente (na linha aqui defendida),

¹³¹ *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 102. Desde já, esclarecemos a nossa discordância em relação a esse ponto de vista, uma vez que o conceito de mínimo existencial, de acordo com o nosso pensamento, não deve, em primeiro lugar, ser atrelado à cláusula da reserva do possível, que lhe é, muitas vezes, contraposta. Em segundo, estamos convencidos de que o mínimo existencial comporta variações de sentido e alcance a depender dos fatores de tempo e lugar (inclusive entre regiões de nosso próprio País), sem que, com isso, perca o seu caráter absoluto, desde que se parta de uma concepção absoluto-dinâmica. Esses pontos serão por nós aprofundados ao longo do presente trabalho, especialmente ao final do presente tópico (Capítulo I, item 6.2), no Capítulo I, item 10 (quando nos posicionamos sobre o conceito de mínimo existencial) e também no Capítulo II, item 5 (ao abordarmos a cláusula da reserva do possível).

¹³² A distinção entre as teorias absoluto-estática e absoluto-dinâmica é bem delineada por Virgílio Afonso da Silva, com apoio na doutrina alemã de Claudia Drews, ao tratar do princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 187 e ss.).

considerá-lo como absoluto, inadmitindo restrição em qualquer hipótese, devendo, pois, prevalecer sobre os demais valores e princípios que lhe sejam contrapostos.

Concluindo, a posição de que o mínimo existencial seja intangível (absoluto) implica a sua imunidade a qualquer relativização, mas não a sua imutabilidade. Até porque, como veremos adiante¹³³, reputamos impossível elencar, previamente, quais direitos e bens comporiam o mínimo existencial, como fazem alguns autores, justamente pelo fato de que o seu conteúdo é inegavelmente variável pelas circunstâncias de tempo e de espaço.¹³⁴

6.3. Mínimo existencial x mínimo vital

Além das questões acima expostas, também é imperioso distinguir o mínimo existencial do chamado mínimo vital.

Partindo da premissa de que o mínimo existencial consiste em um conjunto de bens e direitos imprescindíveis à existência digna do ser humano, constata-se que ele não tem por escopo assegurar tão-somente aquilo necessário à mera sobrevivência do indivíduo, vale dizer, o seu mínimo vital.

¹³³ Capítulo I, item 6.4.

¹³⁴ Cabe aqui esclarecer o seguinte ponto: ao tratarmos da natureza jurídica do mínimo existencial (Capítulo I, item 5), valemo-nos da posição de Robert Alexy a respeito da natureza de “princípio” e também de “regra” do princípio da dignidade da pessoa humana, no que é seguido por Ana Paula de Barcellos. Ocorre que, sob a ótica da Constituição alemã, Robert Alexy sustenta, como vimos (Capítulo I, item 3.4.8), que o mínimo existencial não constituiria o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim um direito social não-escrito, que tem por objeto uma ação fática (inserido no grupo por ele denominado de “direitos a prestações em sentido estrito”). Além disso, o jurista alemão também reconhece a impossibilidade de se definir o objeto do mínimo existencial, razão pela qual sustenta o seu caráter relativo (e não absoluto). Assim, é importante enfatizarmos que, embora tenhamos utilizado o raciocínio exposto pelo autor, o fizemos com algumas ressalvas e adaptações ao nosso direito, de forma a concluir que o mínimo existencial, além de consistir no núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (e não somente em um direito social não-escrito a prestações) e deter a natureza jurídica de “regra”, também é absoluto (numa concepção absoluto-dinâmica) e não relativo.

Nesse sentido também está o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao afirmar que o mínimo existencial não pode ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, esse último entendido como uma estrita garantia da sobrevivência física.¹³⁵

Simplesmente sobreviver não se confunde com uma vida alçada a um patamar minimamente digno. Ou seja: sobreviver e viver com dignidade são coisas bem distintas.

Desse modo, enquanto o mínimo vital remete à idéia de sobrevivência, o mínimo existencial guarda estreita relação com a dignidade da pessoa humana. O primeiro é assegurado pelo direito fundamental à vida (artigo 5º, “caput” da Constituição Federal), enquanto que o segundo abrange uma gama de bens e direitos previstos em nosso ordenamento jurídico (tais como o direito à saúde, educação, assistência social, etc.) que proporcionam ao indivíduo uma vida em conformidade com o aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana. Daí a razão para Luís Roberto Barroso asseverar que abaixo do patamar do mínimo existencial, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade.¹³⁶

Em suma, o mínimo vital é um “minus” se comparado ao mínimo existencial, que constitui, portanto, um “plus”.

Nessa linha de pensamento, é possível falarmos, inclusive, em uma relação de precedência do mínimo vital diante do mínimo existencial, na medida em que aquele é pressuposto para o exercício deste. É certo que o direito à saúde, à educação, à assistência social, entre outros (que comporiam o mínimo existencial) têm como requisito indispensável para o seu exercício a sobrevivência do indivíduo.

Veja-se que, longe de ser um mero “jogo de palavras”, a distinção entre mínimo vital e mínimo existencial tem razão de ser, especialmente para que não se confunda um pelo outro, de modo a reduzir, de forma indevida, o sentido e alcance do direito ao mínimo existencial. Até porque, caso o mínimo existencial fosse “equiparado” ao mínimo vital, seria suficiente prever o

¹³⁵ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 373.

¹³⁶ *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 253.

direito à vida, que já consta no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, o que não ocorre, conforme esclarecemos acima.

Embora a doutrina brasileira não tenha se ocupado dessa distinção de modo mais profundo, ela tem encontrado ressonância em nossa jurisprudência.¹³⁷

Após a análise preliminar dos temas afetos ao objeto do mínimo existencial, já é possível defini-lo, o que faremos no item seguinte.

¹³⁷ Como exemplo, citamos o recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, ao tratar do dever do Estado quanto ao atendimento em creche e pré-escola, consignou (grifos nossos): “ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS - DIREITO SUBJETIVO - RESERVA DO POSSÍVEL - TEORIZAÇÃO E CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA - ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA - PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL - ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ.[...] 6. **O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.** 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - **a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.** 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. [...]Recurso especial improvido” (REsp 1185474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

6.4. Objeto do mínimo existencial

Considerando o mínimo existencial como o conjunto de todos aqueles direitos e bens indispensáveis para uma existência digna e que guardam consonância com o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, restaria saber quais direitos e bens seriam esses.

Como vimos alhures, alguns doutrinadores¹³⁸ buscam elencá-los, delimitando, de forma precisa, os elementos que constituem o seu objeto, sendo possível extrair de seus posicionamentos um consenso em relação, ao menos, a quatro deles, quais sejam: a) o direito à saúde; b) o direito à educação; c) o direito à assistência social e d) o acesso ao Poder Judiciário.

No entanto, não nos parece adequado delimitar o objeto do mínimo existencial, uma vez que esse é inegavelmente mutável por fatores de tempo e espaço, tal como já tivemos a oportunidade de ressaltar no presente estudo.

Compactuando com esse entendimento, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

não estamos convencidos da elaboração de um elenco previamente definido de prestações (e direitos subjetivos correspondentes) que integram o mínimo existencial [...], já que seguimos convictos de que todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna (que podem variar de acordo com as circunstâncias) necessariamente compõe o mínimo existencial¹³⁹

Ademais, ao se proceder à mencionada delimitação, corre-se o fundado risco de não se contemplar um direito manifestamente elementar para uma vida digna, o qual, deixando de compor o mínimo existencial, passará a deixar de ser, injustificadamente, protegido e exigível judicialmente.

¹³⁸ Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, cujas posições foram analisadas nesse capítulo, nos itens 3.4.1, 3.4.2 e 3.4.7, respectivamente.

¹³⁹ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 371, rodapé n. 349.

Destarte, não obstante seja possível, à luz de nosso ordenamento jurídico, detectar direitos que estão, inegavelmente, inseridos no objeto do mínimo existencial (como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, etc.), há outros que, embora não contemplados por alguns juristas, também estão nele compreendidos, como o direito à alimentação¹⁴⁰, à moradia¹⁴¹, ao saneamento básico¹⁴², à energia elétrica¹⁴³, entre outros.

¹⁴⁰ Recentemente inserido no artigo 6º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 64/2010.

¹⁴¹ Inserido no artigo 6º da Carta Magna pela Emenda Constitucional n. 26/2000.

¹⁴² Citamos, a respeito, parte de dois julgados do Superior Tribunal de Justiça. Primeiro julgado: “[...] A instalação da rede de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos não se faz como meio de satisfação do interesse individual dos usuários. Trata-se de instrumento de saúde pública. Através desses serviços eliminaram-se quase totalmente as epidemias, transmitidas anteriormente através da contaminação da água. A suspensão dos serviços de água e esgoto representaria risco à saúde pública, na medida em que alguns dos integrantes da comunidade poderiam adquirir doenças, evitável através do tratamento de água e esgoto [...]” (Resp 223.778/RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, DJ de 13.03.2000). Segundo julgado: “[...] A água é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção [...] O direito de o cidadão se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza [...]” (Resp 943.850/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., julgado em 28/08/2007, DJ 13/09/2007 p. 177). Seguindo a nossa jurisprudência, temos o seguinte julgado do Tribunal Constitucional de Portugal: “[...] A Constituição assegura um conjunto de direitos que visam a protecção de uma vida com as necessárias condições humanas, de saúde e de qualidade ambiental (artigos 64º, 65º e 66º), para a efectivação dos quais o acesso ao fornecimento de água é essencial [...]” (Acórdão n. 685/2004 - Processo n.º 817/2002 - 2.ª Secção - Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma).

¹⁴³ Veja-se, nesse sentido, o seguinte julgado (grifos nossos): CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO ININTERRUPTO DE ENERGIA ELÉTRICA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SERVIÇO ESSENCIAL - PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) A dignidade da pessoa humana consubstancia o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais, sendo que, por constituir-se fundamento do Estado Democrático de Direito, deve prevalecer quando em conflito com outros interesses da administração de maneira a proteger os usuários do serviço público de qualquer forma de violência ou arbitrariedade que ameace tal princípio; 2) **O fornecimento de energia elétrica é serviço essencial na vida de qualquer cidadão, notadamente de um Município como um todo, eis que a garantia eficaz de outros serviços como saúde, segurança e educação, dele dependem diretamente;** 3) A prestação positiva de serviços pelo Estado ou por suas concessionárias está, em regra, sujeita ao princípio da "reserva do possível" no sentido de que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos suficientes, **não podendo, contudo, o Estado negar aos administrados o mínimo existencial para uma sobrevivência digna. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal;** 4) Agravo de Instrumento provido em parte (Tribunal de Justiça do Estado do Amapá - Classe: AGRAVO - Número do Processo: 2131/08 - Número do Acórdão: 13134 - Relator: Desembargador Mello Castro - Origem: Capital - Secretária: Câmara Única - Votação: Unânime - Data do Julgamento: 19/08/2008 - Data de Registro: 08/10/2008 - Publicação: DOE 4359, página(s) 15 de 17/10/2008). Cabe observar que, nesse julgado, foi mantida a liminar concedida em primeiro grau (a qual determinava à Concessionária em questão a obrigação de garantir o fornecimento de energia elétrica à cidade de Laranjal do Jari, de forma

Prova disso são os próprios direitos de personalidade, atualmente previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil. Esses direitos, ligados, sobretudo, à integridade física e moral do indivíduo, possuem íntima relação com o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, estando, certamente, inseridos no conceito de mínimo existencial (embora nele não incluídos por muitos autores).

Eis o motivo, inclusive, para se sustentar uma mudança de paradigma do Direito Civil, destinada à interpretação de seus dispositivos à luz de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana extraída do texto constitucional¹⁴⁴, que deve ocupar o espaço da antiga visão eminentemente patrimonialista desse ramo do direito.¹⁴⁵

Dessa maneira, podemos concluir que o objeto do mínimo existencial é constituído por um conjunto de bens e direitos não prévia e taxativamente fixados, tidos por indispensáveis para a existência digna (em seu aspecto nuclear) do indivíduo (e não apenas à sua sobrevivência, enquanto mínimo vital), dotado de intangibilidade (de natureza absoluta, portanto, não admitindo qualquer restrição) e suscetível de alteração decorrente dos fatores de tempo e espaço (teoria absoluto-dinâmica), podendo comportar um aspecto universal, desde que respeitado o já mencionado universalismo de confluência.

contínua e ininterrupta (24h por dia), tendo sido o recurso de agravo contra ela interposto provido em parte, tão-somente para reduzir a multa de R\$ 100 mil reais para R\$ 2 mil reais por dia de descumprimento.

¹⁴⁴ Segundo Gustavo Tepedino, um dos principais expoentes desse pensamento, “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do par. 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento” (*Temas de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 48).

¹⁴⁵ Essa concepção é muito bem desenvolvida por Luiz Edson Fachin, que defende, com propriedade, a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a todo ser humano, cuja proteção torna-se indispensável à existência digna do indivíduo, com amparo no texto constitucional, especialmente em seus artigos 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana); 5º, “caput” (direito à vida) e 170, “caput” (segundo o qual a ordem econômica deve assegurar a todos uma existência digna), além do artigo 548 do Código Civil, que veda a auto-redução à miserabilidade (*Estatuto do patrimônio mínimo*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2006).

7. Dimensões:

Em relação às dimensões¹⁴⁶ do mínimo existencial, é importante notar que a maioria dos autores que aborda o tema realça a sua dimensão positiva, atrelando-o aos direitos sociais, tidos como de segunda dimensão (ou direitos positivos, na medida em que exigem uma atuação do Estado para serem concretizados). Restariam excluídos, assim, os direitos de primeira dimensão (ou negativos), que exigem uma abstenção do Estado para serem preservados.¹⁴⁷

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, destaca que o mínimo existencial abrangeria tanto os direitos de segunda dimensão (“status positivus”)¹⁴⁸, como os direitos de primeira dimensão (“status negativus”), embora estes estejam limitados a vedar a incidência de tributos sobre àqueles.¹⁴⁹

Diante desse panorama, ousamos discordar dos posicionamentos acima. Isso porque, compreendendo-se o direito ao mínimo existencial como o conjunto de direitos e bens que buscam conferir ao indivíduo uma existência de acordo com um patamar correspondente ao aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, é evidente que ele deverá ser composto por direitos de ambas as dimensões.

¹⁴⁶ Seguindo a tendência da doutrina constitucional brasileira, optamos pelo termo “dimensões” ao invés de “gerações”, visto que, como elucida Paulo Bonavides: “Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, a paz e a fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo” (*Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed. São Paulo : Malheiros, 2007, p.571 e 572).

¹⁴⁷ Nesse sentido, o pensamento de Ana Paula de Barcellos, Gustavo Amaral, Virgílio Afonso da Silva e Robert Alexy tratados no Capítulo I, itens 3.4.2; 3.4.4; 3.4.5 e 3.4.8, respectivamente.

¹⁴⁸ Os quais, como vimos no Capítulo I, item 3.4.1, seriam: a) o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social); b) o direito à educação; c) o direito à moradia e d) o direito à assistência jurídica.

¹⁴⁹ Não se pode olvidar da concepção do autor acerca dos direitos sociais, os quais se resumiriam ao mínimo existencial, como tivemos a oportunidade de tratar no Capítulo I, item 3.4.1.

Caso contrário, estaríamos limitando o mínimo existencial basicamente a prestações estatais, sem levar em conta a esfera de liberdade que deve ser assegurada ao indivíduo, para que viva de forma digna (como, por exemplo, a preservação de sua integridade física e psíquica, a qual é salvaguardada, entre outras formas, pela vedação à tortura prevista no artigo 5º, inciso III de nossa Constituição).¹⁵⁰

Aliás, reputa-se descabida a tão propalada dicotomia entre os direitos de primeira dimensão e os de segunda, sobretudo quando tratamos do mínimo existencial.

Como já registrou Luís Roberto Barroso:

é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação¹⁵¹

¹⁵⁰ Veja-se, a título de exemplo, que a vedação de bloqueio de salário, tendo por escopo resguardar o mínimo existencial daquele que o recebe para se sustentar, configura hipótese da dimensão negativa do mínimo existencial. A esse respeito, colacionamos o julgado a seguir (grifos nossos): “AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDISPONIBILIDADE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO OBJETO DE DECISÃO DO TCU. PROVIMENTO. 1. A DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO IMPONDO OBRIGAÇÃO DE REPARAR DANO AO ERÁRIO POSSUI O QUALIFICATIVO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL (ART. 71, §3º, CF), DE MANEIRA QUE O AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE, POR SUA INUTILIDADE NO PARTICULAR, SOMENTE SE DESTINA À OBTENÇÃO DAS DEMAIS CONSEQÜÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 12, I A III, DA LEI 8.429/92. 2. A ANTERIOR EXISTÊNCIA DE DELIBERAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ACERCA DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR DANO AO ERÁRIO, BEM ASSIM A NÃO ABRANGÊNCIA DO AGRAVANTE NO ÂMBITO DE SEUS EFEITOS, DENOTA A AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE PARA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA, DE EXCEPCIONAL MANEJO, DO ART. 7º DA LEI 8.429/92. 3. **POR OUTRO LADO, O BLOQUEIO DOS SALÁRIOS DO AGRAVANTE, OS QUAIS SÃO PERCEBIDOS COMO CONTRAPRESTAÇÃO À SUA ATUAÇÃO COMO SERVIDOR PÚBLICO, A QUAL JÁ PERDURA POR MAIS DE VINTE ANOS, IMPLICA AFETAÇÃO DE SUA SOBREVIVÊNCIA, DISTANCIANDO-SE DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL ASSEGURADO PELO ART. 1º, III, DA LEI FUNDAMENTAL.** 4. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO” (TRF 5ª Região – Processo n. 0008274-64.2006.4.05.0000 – Rel. Desembargador Federal Edílson Nobre (substituto) – Julgado em 13/03/2007 - DJ 11/04/2007).

¹⁵¹ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 102.

Acresce-se a esse argumento a evidente complementaridade detectada entre os direitos de primeira e segunda dimensão, como destaca Celso Lafer, a saber:

a primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, cabe dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo “welfare state”, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos - como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo¹⁵²

Do mesmo modo, o jurista espanhol Perez Luño destaca que, embora haja importantes diferenças entre os direitos tradicionais de liberdade e os direitos sociais, elas não devem conduzir a um desconhecimento da profunda complementaridade que existe entre ambos.¹⁵³ Na seqüência, o autor afirma que uma análise da estrutura dos direitos sociais revela que não há diferenças substanciais em relação aos direitos individuais, no que tange à:

a) fundamentação: já que, mais do que uma categoria especial de direitos, os direitos sociais constituem o meio para conferir conteúdo real e uma possibilidade de exercício efetivo a todos os direitos e liberdades. De acordo com suas palavras:

¹⁵² *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6ª ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2006, p. 127.

¹⁵³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed., Madrid : Editorial Tecnos (Grupo Anaya S/A), 2005, p. 89.

es evidente que en el plano de la fundamentación no puede considerarse menos “natural” el derecho a la salud, a la cultura y al trabajo que asegure un nivel económico conforme a la dignidad humana que el derecho a la libertad de opinión o el derecho de sufragio. De otra parte, resulta evidente también que de poco sirve proclamar determinadas libertades para aquellos sectores de población que carecen de medios para disfrutarlas. [...] “em la coyuntura actual lo mismo el disfrute de las libertades que el de los derechos sociales exigen una política social apropiada y unas medidas económicas por parte del Estado”¹⁵⁴

b) *formulação*: uma vez que, assim como há direitos sociais que não exigem integração legislativa, há muitos direitos individuais que necessitam de intervenção do legislador para poderem ser diretamente exigíveis e serem dotados de plena garantia.¹⁵⁵

c) *tutela*: segundo o autor, se a Constituição pode proclamar positivamente os direitos sociais, pode também tutelá-los em igual medida que os demais direitos nela proclamados. Destarte, deve-se rechaçar a tese de que apenas os direitos individuais se beneficiariam da tutela constitucional diretamente.¹⁵⁶

d) *titularidade*: o autor sustenta que os direitos fundamentais não estariam limitados, quando de sua aplicação, às relações entre o Estado e os particulares, podendo também dar lugar a preceitos jurídicos aplicáveis no seio de relações entre pessoas privadas, quando seja necessário estabelecer um equilíbrio entre situações marcadamente desiguais.¹⁵⁷ Assim, os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, não limitam a sua esfera de aplicação ao setor público ou ao privado, mas devem ser respeitados em todos os setores do ordenamento jurídico.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Ibidem, p. 92.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 94.

¹⁵⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed., Madrid : Editorial Tecnos (Grupo Anaya S/A), 2005, p. 94.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 96.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 98. Nesse ponto, o jurista faz interessante crítica à forma de positivação dos direitos sociais na Constituição espanhola, pela contínua remissão constitucional às leis orgânicas para limitar o seu alcance, haja vista que isso implicaria uma “desconstitucionalização prática” dos interesses coletivos reconhecidos no texto constitucional como fundamentais, mas relegados, quanto à fixação de seu conteúdo, ao legislador ordinário, isto é, à opinião das maiorias parlamentares. Observa-se, de uma simples leitura de nosso texto constitucional, que a crítica apresentada pelo autor serve, perfeitamente,

Assim, dada a complementaridade existente entre os direitos individuais e os direitos sociais, não haveria qualquer razão para que os direitos que compõem o mínimo existencial não abarcassem ambos.

De que adiantaria, por exemplo, assegurar o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal (direito de segunda dimensão), sem resguardar a integridade física do indivíduo, vedando qualquer tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III da Carta Magna)? Do mesmo modo, qual a utilidade de se prever a liberdade de manifestação do pensamento (direito de primeira dimensão disposto no artigo 5º, inciso IV da Constituição), sem garantir o direito à educação estabelecido no artigo 205 e seguintes do texto constitucional (direito de segunda dimensão)?¹⁵⁹

para a Constituição brasileira, rica em dispositivos desse tipo. Daí a razão para Manoel Gonçalves Ferreira Filho apontar para a chamada “inflação dos direitos fundamentais” (*Aspectos de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 284), posto que são excessivamente previstos, mas pouco efetivados.

¹⁵⁹ Não se pode olvidar, ainda, que alguns direitos sociais detém nítido aspecto negativo, como ocorre, por exemplo, com o direito à greve. Se isso não bastasse, também é possível identificar que muitos direitos fundamentais tidos como de primeira dimensão também apresentam uma faceta de segunda dimensão. Exemplo disso é a própria liberdade religiosa, como já reconheceu o Tribunal Constitucional de Portugal ao tratar de polêmica discussão a respeito do papel do Estado quanto ao ensino religioso nas escolas públicas, oportunidade em que deixou consignado (grifos nossos): “ [...] **A liberdade de religião comporta simultaneamente uma dimensão negativa e uma dimensão positiva** (cfr. Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais - Liberdade Religiosa e Liberdade de Aprender e Ensinar*, in *Direito e Justiça*, Vol. III, 1987-1988, p. 50) [...] **Na sua componente negativa**, a liberdade religiosa garante ao cidadão uma "esfera de autonomia frente ao Estado" e implica que este não pode arrogar-se o direito de impor ou de impedir a profissão e a prática em público da religião de uma pessoa ou de uma comunidade. Da garantia constitucional da liberdade de religião decorre que o Estado deve assumir-se, em matéria religiosa, como um Estado neutro (princípio da separação entre as igrejas e o Estado - artigo 41º, nº 4, da Constituição). Aquele não pode arvorar-se em Estado doutrinário, nem atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura de acordo com directrizes religiosas (artigo 43º, nº 2, da Lei Fundamental) ou de organizar e manter um ensino público confessional (princípio da não confessionalidade do ensino público - artigo 43º, nº 3, da Constituição). Com efeito, qualquer forma de dirigismo cultural fere o bem comum e mina os alicerces do Estado de direito. O Estado não pode, pois, impor aos cidadãos quaisquer formas de concepção do homem, do mundo e da vida. O facto, porém, de o Estado dever observar quanto às igrejas uma regra de separação e, quanto ao ensino público, uma postura de aconfessionalidade não significa que ele não possa - e deva - colaborar com as igrejas na ministração de ensino religioso nas escolas públicas. A circunstância de o Estado ser um Estado não confessional (princípio da laicidade) não implica que este, sob pena de vestir a roupagem de um Estado doutrinário, haja de ser um Estado agnóstico ou de professar o ateísmo ou o laicismo. O Estado não confessional deve respeitar a liberdade religiosa dos cidadãos. **Mas ele só respeita esta liberdade se criar as condições para que os cidadãos crentes possam observar os seus deveres religiosos - permitindo-lhes o exercício do direito de viverem na realidade temporal segundo a própria fé e de regularem as relações sociais de acordo com a sua visão da vida e em**

Em consonância com esse entendimento, pondera Ricardo Castilho:

com efeito, tanto os bens objeto de liberdade individuais quanto aqueles objeto dos direitos sociais, econômicos e culturais mantêm entre si relação recíproca de instrumentalidade, que determina, de um lado, que os direitos sociais só podem ser exercidos plenamente com a plena liberdade do indivíduo e, de outro lado, que as liberdades fundamentais não podem alcançar sua plenitude se não contar o indivíduo com mínimas condições materiais e imateriais de existência¹⁶⁰

Dessa maneira, está claro que o mínimo existencial detém dupla dimensão, abrangendo tanto os direitos individuais, como os direitos sociais, desde que ambos correspondam ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

conformidade com a escala de valores que para eles resulta da fé professada (cfr. Guisepppe Dalla Torre, *La Questione Scolastica nei Rapporti fra Stato e Chiesa*, 2ª ed., Bologna, Pàtron Editore, 1989, p. 79) - e as confissões religiosas possam cumprir a sua missão. Significa isto que a liberdade religiosa, enquanto dimensão da liberdade de consciência (artigo 41º, nº 1, da Constituição), **assume também, como já foi referido, um valor positivo, requerendo do Estado não uma pura atitude omissiva, uma abstenção, um non facere, mas um facere, traduzido num dever de assegurar ou propiciar o exercício da religião.** Como vincou este Tribunal no seu Acórdão nº 423/87, **"... a concepção da liberdade religiosa com um mero conteúdo formal, entendida como esfera de autonomia frente ao Estado e reduzida ao livre jogo da espontaneidade social, parece não satisfazer, por insuficiência, as consciências dos nossos dias. Porque a dimensão real da liberdade, de todas as liberdades e por isso também da liberdade religiosa, depende fundamentalmente das situações sociais que permitem ou impedem o seu desfrute existencial como opções reais, a questão deve centrar-se na transformação do conceito de liberdade autonomia em liberdade situação, isto é, no significado positivo de liberdade enquanto poder concreto de realizar determinados fins que constituem o seu objecto, não só pela remoção dos entraves que impedem o seu exercício, como também pela prestação positiva das condições e meios indispensáveis à sua realização** [cfr. A. Fernandez - Miranda Campoamor, *Estado Laico y Libertad Religiosa*, in *Revista de Estudios Politicos*, 6 (1978), p. 68] [...]" (Acórdão n. 174/93, Proc. N. 322/88, Rel. Cons. Alves Correia).

¹⁶⁰ *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 104 e 105.

8. Titulares

Acolhendo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶¹ e tendo por escopo evitar a confusão terminológica feita muitas vezes pela doutrina nacional a respeito do significado de “titulares” e “destinatários” de direitos, esclarecemos, já de início, que utilizaremos a expressão “titular” para indicar a pessoa (física ou jurídica) detentora de determinado direito, ao passo que “destinatário” corresponde à pessoa (física ou jurídica) em face da qual o titular pode exigir a preservação e garantia de seu direito.

Assim, como regra, temos que o direito ao mínimo existencial terá como titular a pessoa física (indivíduo ou coletividade), detentora de um conjunto de direitos que, correspondendo ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstancia-se no mínimo existencial que lhe deve ser protegido e respeitado.

Em alguns casos, também a pessoa jurídica poderá ser titular do direito ao mínimo existencial. Não obstante o mínimo existencial guarde estreita relação, como vimos, com o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, tem como titular por excelência o ser humano, é possível cogitar, a depender do caso concreto, a pessoa jurídica como titular do mínimo existencial.¹⁶²

Ao se consagrar, por exemplo, o acesso ao Poder Judiciário e a assistência jurídica gratuita como um dos elementos (elemento instrumental) do mínimo existencial,¹⁶³ é evidente que a pessoa jurídica também poderá usufruir do mesmo, conforme tem sido amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias.¹⁶⁴ Seria típica hipótese, portanto, do direito ao mínimo existencial tendo como titular a pessoa jurídica.

¹⁶¹ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 227.

¹⁶² Nesse caso, a expressão “existencial” diria respeito à existência da pessoa jurídica enquanto ente jurídico, e não, por evidente, no sentido fisiológico atribuído ao ser humano.

¹⁶³ Como fazem Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, como vimos no Capítulo I, itens 3.4.1; 3.4.2 e 3.4.7, respectivamente.

¹⁶⁴ Veja-se, a respeito, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA

Ademais, há casos nos quais a preservação do mínimo existencial à pessoa jurídica destina-se não apenas a ela enquanto ente jurídico, mas, por via reflexa, às próprias pessoas físicas que a integram, como, por exemplo, os seus sócios, funcionários e demais trabalhadores.

Nessa linha, podemos citar a excepcional admissão (e, quando admitida, somente até certa porcentagem) da penhora de faturamento de uma sociedade empresarial, estabelecendo-se uma proporcionalidade entre a sua obrigação de saldar certo débito e a necessidade de manutenção de seu funcionamento, de modo a não comprometer o andamento de seus negócios, assegurando, entre outras coisas, o pagamento dos salários de seus funcionários e até mesmo para facilitar a própria quitação do valor que lhe é demandado, já que a desativação da empresa implicará, na maioria das vezes, a impossibilidade de saldar as dívidas contraídas por aquela.¹⁶⁵

SEM FINS LUCRATIVOS. CONDIÇÃO DE POBREZA. ÔNUS DA PROVA. 1. O benefício da assistência judiciária foi instituído, originariamente, com fins de assegurar às pessoas naturais o efetivo cumprimento do desiderato constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, já cogente ao tempo de sua edição (cf. artigo 141, § 4º, da Constituição Federal de 1946), bastando, à sua concessão, a simples afirmação de se tratar de pessoa necessitada, porque presumida, ‘juris tantum’, a condição de pobreza, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50. 2. Mais tarde, a doutrina e jurisprudência ampliaram significativamente tal benefício no sentido de alcançar não somente as pessoas naturais, mas também, com base na mesma norma, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e beneficentes, mantendo a presunção ‘juris tantum’ sobre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção. 3. Por fim, restou assegurada a concessão da assistência judiciária às pessoas jurídicas em geral, incluindo aquelas com fins lucrativos, cabendo-lhes, contudo, a comprovação da condição de miserabilidade, porque não há falar, aí, em presunção de pobreza, nos termos jurídicos. 4. As entidades sem fins lucrativos e beneficentes – tal como nos autos, em que se cuida de fundação mantenedora de hospital – fazem jus à concessão do benefício da justiça gratuita, sendo despicienda prévia comprovação da necessidade, porque gozam de presunção ‘juris tantum’ de tal condição. 5. Precedente da Corte Especial (EResp n. 388.045/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 22/9/2003). 6. Embargos de divergência acolhidos. (EResp 1055037/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 15/04/2009, DJe 14/09/2009).

¹⁶⁵ Citamos trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que resume o atual entendimento da Corte sobre o tema: [...] “a penhora sobre o faturamento ou renda, vem sendo admitida por este Superior Tribunal. Entretanto, para aceitar tal modalidade de constrição, requer-se que: a) o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam eles de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado; b) impõem-se a nomeação de administrador e a apresentação de plano de pagamento; c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Sem a prévia citação da recorrida, não se cumpriu, à evidência, o primeiro requisito mencionado acima, que exige a excepcionalidade da penhora sobre o faturamento. Diante disso, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, cassando a decisão que determinou a penhora da renda da recorrente e determinando que o feito prossiga em primeiro grau de jurisdição, na esteira do devido processo legal. Precedentes citados: REsp 399.569-RJ, DJ 10/2/2003; EREsp 311.394-PR, DJ 9/10/2006, e AgRg no Ag 777.351-SP, DJ 27/11/2006 (REsp 866.382-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008).

Da mesma forma, cabe citar a regra do artigo 649, inciso V do Código de Processo Civil que, ao reconhecer a impenhorabilidade dos instrumentos e demais bens necessários ao exercício da profissão, alberga aqueles itens da sociedade empresarial que visam a resguardar, em última análise, a manutenção das atividades de seus sócios e, por via de consequência, o mínimo existencial ao qual fazem jus.¹⁶⁶

Destarte, em certos casos, reputamos possível a titularidade, pela pessoa jurídica, de direitos que componham o mínimo existencial, desde que haja compatibilidade entre o direito em questão e a natureza peculiar daquela¹⁶⁷, tal como ocorre, inclusive, com os direitos fundamentais em geral.¹⁶⁸

Finalmente, é conveniente salientarmos, ainda que a título de registro, a possibilidade de outros seres vivos, como os animais, serem titulares do direito ao mínimo existencial. Embora parcela da doutrina dedicada ao estudo do Direito Ambiental pregue uma visão antropocêntrica

¹⁶⁶ Trata-se de caso que já foi objeto de pronunciamento por nossa jurisprudência, a saber (grifos nossos): “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU PEDIDO DE PENHORA DE BENS – BENS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA – APLICAÇÃO DO ART. 649, V, CPC – GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA QUE PODE SER RECONHECIDA DE OFÍCIO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. A regra da impenhorabilidade tem por fito proteger alguns direitos essenciais aptos a garantir a vida digna do ser humano individualmente considerado. Dessa regra extrai-se o entendimento de que **a impenhorabilidade de bens necessários ao exercício da profissão, prevista no artigo 649, V, do Código de Processo Civil, visa garantir o meio de subsistência do indivíduo, e por consequência, garantir que o mesmo obtenha seu mínimo existencial. Ao garantir a impenhorabilidade de bens móveis que guarnecem o escritório de microempresa, garante-se, por via oblíqua, a manutenção da atividade laboral de seus sócios.** É assente o entendimento de que o reconhecimento da impenhorabilidade de bens é matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida pelo julgador de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Recurso conhecido e improvido. (Tribunal de Justiça/MS - Agravo Regimental em Agravo - N. 2010.007119-6/0001-00 - Três Lagoas – Relator Des. Dorival Renato Pavan – 4ª Turma Cível – Julgado em 20/04/2010).

¹⁶⁷ Em sentido contrário, o posicionamento de Ricardo Lobo Torres (*in O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 36).

¹⁶⁸ Em matéria de direitos fundamentais, a doutrina tem reconhecido a sua titularidade por pessoas jurídicas, desde que suscetíveis, por sua natureza, de serem por ela exercidos (por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 261). Aliás, da leitura do texto constitucional, é possível detectar direitos fundamentais que são destinados diretamente às pessoas jurídicas, como ocorre, por exemplo, com a vedação à interferência estatal no funcionamento das associações (artigo 5º, XVIII da Constituição).

desse ramo do direito¹⁶⁹, há aqueles que buscam ir além, admitindo a preservação da dignidade (e mesmo do mínimo existencial¹⁷⁰) de seres vivos que não o ser humano, visando assegurar a todos um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, tal como tem sido reconhecido por nossa jurisprudência.¹⁷¹

9. Destinatários

Em se tratando de mínimo existencial, será considerado o seu destinatário, conforme ressaltamos no início do item anterior, a pessoa (física ou jurídica) em face da qual o titular pode exigir a preservação e garantia de seu direito.

¹⁶⁹ Entre outros, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, ao asseverar: “o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria” (*Curso de direito ambiental brasileiro*. 7ª ed. Saraiva : São Paulo, 2006, p. 16).

¹⁷⁰ A ponto de se chegar a falar em “mínimo existencial ecológico”, considerado como uma das condições estruturantes do assim chamado “Estado Socioambiental e Democrático de Direito” (Carlos Alberto Molinaro. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104-105).

¹⁷¹ A respeito, citamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (grifos nossos): “CONTROLE. ZOONOSE. MEIO CRUEL. Os centros dedicados ao controle de zoonoses (doenças que podem migrar de animais aos seres humanos) devem priorizar medidas que controlem a reprodução dos animais (injeção de hormônio ou esterilização), pois elas se mostram mais eficazes no combate dessas enfermidades (Informe Técnico n. 8 da OMS). Porém, há que se permitir o extermínio dos animais quando, em casos extremos, tal medida mostre-se imprescindível para o resguardo da saúde humana. **No entanto, a utilização de meio cruel para esse fim está proibida sob pena de violação do art. 225 da CF/1988, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998. Assim, o uso de gás asfixiante nesses centros é tido por medida de extrema crueldade que viola o sistema normativo de proteção aos animais.** O uso do gás sequer se justifica pelo fundamento de que o administrador público está a exercer o dever discricionário. Não se pode acolher que, com base nessa discricionariedade, o administrador realize prática ilícita, certo que há liberdade na escolha do método a ser utilizado, caso haja meios que se equivalham entre os não cruéis, mas nunca o exercício da discricionariedade que implique violação da própria finalidade legal” (REsp 1.115.916-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 1º/9/2009). Também vale destacar sobre a matéria o julgado do Supremo Tribunal Federal a seguir: “COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE – A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão de manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’” (RE 153.531-8 - SC, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 13-03-1998).

Como exemplo, poderíamos citar o direito à educação infantil (creche ou pré-escola) previsto no artigo 208, inciso IV da Constituição Federal, tido como integrante do mínimo existencial pela nossa jurisprudência, como veremos ao longo desse trabalho.

Referido direito terá como titulares, na dicção da aludida norma constitucional, as crianças que contam com até cinco anos de idade. Já os seus destinatários serão os Municípios, os quais devem prioritariamente assegurar àquelas o direito em comento, em obediência ao artigo 211, § 2º da Carta Magna.

O fato de a maior parte da doutrina acerca do mínimo existencial entender que o seu objeto corresponderia tão-somente aos direitos sociais¹⁷², faz como que o seu destinatário por excelência seja o Estado, que tem o dever de assegurá-los aos seus titulares.

Contudo, embora, efetivamente, uma grande parte dos direitos componentes do mínimo existencial deva ser concretizada pelos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), há uma série de outros direitos (inclusive sociais) que terão como destinatários tanto a pessoa física, como também a pessoa jurídica de direito privado.

Isso ocorre, por exemplo, com o direito aos alimentos previsto nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. Não há dúvidas de que o referido direito constitui objeto do mínimo existencial, de modo que incumbe, em princípio, aos familiares prestá-lo ao alimentado. Como leciona a doutrina:

busca o crédito alimentar, em última análise, preservar a vida humana e assegurar à pessoa necessitada uma garantia mínima de digna subsistência, num dever imposto aos parentes, cônjuges e conviventes, cada qual com papéis bem definidos dentro de um contexto de inquestionável solidariedade familiar¹⁷³

¹⁷² O que não corresponde ao nosso posicionamento, conforme esclarecemos no Capítulo I, item 7.

¹⁷³ Rolf Madaleno “A execução de alimentos pela via da dignidade humana” *in* CAHALI, José e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Alimentos no código civil. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 235.

Nesse caso, é possível constatar que o mínimo existencial terá como destinatários os familiares (pessoas físicas) do alimentado, este tido como o seu titular.

Do mesmo modo, é possível considerar, nessa hipótese, que os destinatários também serão, concomitantemente, titulares do direito ao mínimo existencial, uma vez que o dever imposto aos alimentantes de prestar alimentos não poderá avançar, de forma desproporcional, sobre os seus recursos, tal como previsto no artigo 1694, § 1º do Código Civil, podendo até mesmo conduzir à impossibilidade de sua prisão.¹⁷⁴

Não se pode olvidar, ainda, que o dever de prestar alimentos ao alimentado por parte de seus familiares, não retira do Estado a sua obrigação de assegurar o direito à alimentação àqueles que dela necessitam, especialmente depois de sua consagração, pelo artigo 6º da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 64/2010), como direito fundamental social.

Podemos vislumbrar, ainda, outra hipótese na qual o mínimo existencial estará presente em uma relação entre particulares, agora entre pessoa física e pessoa jurídica (e não entre pessoas físicas, como ocorre no direito a alimentos).

Trata-se de uma questão corriqueira, que tem ocupado cada vez mais a pauta dos Tribunais do País. É o caso dos chamados “empréstimos consignados”, vale dizer, aqueles contratos de mútuo que a pessoa física celebra com a instituição financeira, a qual fica autorizada

¹⁷⁴ Nesses termos, transcrevemos o acórdão a seguir (grifos nossos): “HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. DEVEDOR DE ALIMENTOS. ÚNICA HIPÓTESE. DESCUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO E INESCUSÁVEL DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A prisão civil por dívida restringe-se à hipótese de descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. 2. Entretanto, por se tratar de restrições ao direito fundamental de liberdade, ainda que a obrigação tenha natureza alimentar, não se pode utilizar o instituto penal da prisão de modo precipitado e desarrazoado. Desta feita, imprescindível perquirir se, no caso em concreto, houve justificativa plausível para o inadimplemento das prestações alimentícias. 3. Uma vez demonstrado que o paciente não se revela devedor contumaz, que não se furta voluntariamente e de forma inescusável de sua obrigação legal, mas que, por motivos devidamente comprovados, não dispunha de condições para arcar com as prestações devidas nos valores fixados em juízo, não se justifica a segregação do paciente. **4. Não se pode ignorar a dignidade e o mínimo existencial do alimentante, igualmente tutelados pela Constituição Federal.** 5. Ordem concedida” (Tribunal de Justiça – DF – HC n. 20090020134710 – Relator Flavio Rostirola - 1ª Turma Cível - julgado em 14/10/2009 - DJ 03/11/2009, p. 31).

a descontar, diretamente na folha salarial daquele, uma porcentagem sobre os seus rendimentos mensais.

Nessas situações, não são raras as vezes em que o interessado em contrair o empréstimo acaba por comprometer parcela substancial de seus rendimentos, vindo a comprometer a sua própria subsistência. A partir disso, a discussão que se coloca, sobretudo diante do princípio do “pacta sunt servanda”, diz respeito à possibilidade ou não de rescisão contratual ou, ao menos, da redução da porcentagem do desconto inicialmente pactuada entre as partes.

De um modo geral, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de se reduzir, via jurisdicional, a porcentagem incidente sobre a folha salarial daquele que contraiu o empréstimo, justamente em prol da preservação de seu direito ao mínimo existencial¹⁷⁵, não se podendo olvidar da lei federal n. 10.820/03, que dispõe sobre o assunto, fixando, inclusive, percentuais máximos de desconto, além das demais leis de mesmo teor, atualmente vigentes nas esferas estaduais e municipais.

¹⁷⁵ Sobre o assunto, trazemos à baila os seguintes acórdãos: “DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 30%. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos e o princípio da razoabilidade, mostram-se excessivos, na hipótese, os descontos referentes às consignações em folha de pagamento em valor equivalente a 50% da remuneração líquida do recorrente, de modo que lhe assiste razão em buscar a limitação de tais descontos em 30%, o que assegura tanto o adimplemento das dívidas como o sustento de sua família. 2. Recurso ordinário provido. (RMS 21380/MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 30/08/2007, DJ 15/10/2007 p. 300). E ainda: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSIGNAÇÕES EM FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. MILITAR APOSENTADO POR INVALIDEZ. DESCONTOS SUPERIORES AO PERMITIDO NA LEI. MARGEM CONSIGNÁVEL AFERIDA COM BASE NO VENCIMENTO PERCEBIDO ANTES DA PASSAGEM PARA A RESERVA. IMPERATIVO A REDUÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. I - DESCONTOS EFETUADOS EM CONTRA-CHEQUE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL, A TÍTULO DE CONSIGNAÇÕES FACULTATIVAS, DEVE OBEDECER A MARGEM CONSIGNÁVEL DE 30% (TRINTA POR CENTO) SOBRE O VALOR DOS PROVENTOS, A TEOR DO CAPUT DO ART. 5º DA LEI N. 13.847/2001, PARA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL, À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. II - SABENDO NÃO TER O IMPETRANTE PRATICADO QUALQUER ATO DOLOSO OU CULPOSO QUE RESULTASSE DANOS PROCESSUAIS, IMPERATIVO AFASTAR SUA CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. III - APELO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA” (Tribunal de Justiça/GO - Apelação Cível em MS n. 121.231-0/189 - Rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco – Comarca: Goiânia – Julgado em 28/08/2008 – DJ 17/10/2008).

Diante disso, podemos verificar diversas situações em que o direito ao mínimo existencial não ficará adstrito à relação vertical entre cidadão e Estado, mas se estenderá, também, às relações horizontais entre particulares¹⁷⁶, do que se infere a impropriedade de se limitar o objeto do mínimo existencial aos direitos sociais (excluindo, indevidamente, os direitos individuais), tal como apontamos no Capítulo I, item 7.

10. Posicionamento do autor

Depois de verificarmos a variedade de posicionamentos adotados pela doutrina nacional e estrangeira a respeito do mínimo existencial, bem como as demais questões que lhe dizem respeito, é chegado o momento de estabelecermos a nossa posição sobre a matéria.

Tomando como premissas todas as considerações acima expostas, temos por mínimo existencial o conjunto de todos aqueles bens e direitos de primeira e segunda dimensão, intangíveis (dada a sua natureza de regra) e variáveis no tempo e no espaço (concepção absoluto-dinâmica), tidos como indispensáveis para se atingir, manter e resguardar um padrão de vida (e não apenas o mínimo vital) em conformidade com o aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse conjunto de bens e direitos, portanto, não é prévia e taxativamente fixado, podendo, inclusive, comportar um aspecto universal, desde que respeitado o mencionado universalismo de confluência.

¹⁷⁶ O que nos remete ao estudo sobre o efeito irradiador e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja análise mais profunda não seria possível diante do tema tratado nesse trabalho. Apenas registramos, nesse passo, a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares (e não apenas entre cidadão e Estado), bem como se, caso esta seja aceita, se ocorreria de forma imediata ou mediata (nesse último caso, exigindo uma prévia atuação do Estado). A título de exemplo, citamos o posicionamento de Pérez Luño, o qual entende pela necessidade de aplicação dos direitos fundamentais também entre particulares, em razão de dois motivos principais: a) contribuição à coerência interna do ordenamento jurídico, em prol do princípio da segurança jurídica; b) existência de poderes econômicos-sociais fáticos que, em muitas ocasiões, são ainda mais implacáveis que o próprio Estado em se tratando de violação dos direitos fundamentais (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed., Madrid : Editorial Tecnos (Grupo Anaya S/A), 2005, p. 320).

Ademais, fundamentado que está no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consistentes na erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, assim como na promoção do bem de todos (art. 3º, incisos III e IV, respectivamente, de nossa Carta Magna), o mínimo existencial tem como titulares, em regra, a pessoa física (indivíduo e coletividade) e como destinatário principal o Estado.

Uma vez fixado o conceito de mínimo existencial, passamos, no capítulo seguinte, a discorrer sobre a sua eficácia e efetividade.

CAPÍTULO II - Eficácia e efetividade do mínimo existencial

1. Conceitos de eficácia e efetividade

Inicialmente, torna-se imperiosa a distinção entre os termos “eficácia” e “efetividade” para o esboço desenvolvimento desse capítulo.

Seguindo as lições da doutrina nacional, temos por eficácia a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos (daí a razão para se falar em “eficácia jurídica), ao passo que efetividade seria a concretização desses efeitos na ordem prática (motivo pelo qual, nesse caso, emprega-se a expressão “eficácia social”).

Em clássica obra sobre o tema¹⁷⁷, José Afonso da Silva trata da eficácia (jurídica) das normas constitucionais, a qual é por ele definida como:

a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador¹⁷⁸

Diante disso, esclarece o autor que a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exectoriedade da norma, enquanto possibilidade de sua aplicação jurídica.¹⁷⁹

A efetividade (eficácia social), por sua vez, é bem conceituada por Luís Roberto Barroso nos seguintes termos:

¹⁷⁷ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷⁹ *Ibidem*, mesma página.

efetividade significa, portanto, realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ‘dever-ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social¹⁸⁰

Feito esse esclarecimento prévio, passamos a análise dos itens a seguir.

2. Teorias sobre a eficácia das normas constitucionais

Diversas são as teorias a respeito da eficácia das normas constitucionais. No entanto, aquela que mais se consagrou no meio jurídico nacional foi, inegavelmente, a proposta por José Afonso da Silva.

Seguindo a crítica feita por José Horácio Meirelles Teixeira¹⁸¹ em relação à classificação proposta pela doutrina e jurisprudência norte-americanas ao dividir as normas constitucionais em *auto-aplicáveis* (“self-executing”) e *não auto-aplicáveis* (not self-executing)¹⁸², José Afonso da Silva propôs uma classificação em três categorias:

¹⁸⁰ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 82 e 83.

¹⁸¹ O autor rechaça a classificação norte-americana por três motivos principais: a) as normas auto-aplicáveis não seriam suficientes para gerarem seus efeitos por si, carecendo, muitas vezes, de regulamentação legal; b) as normas não auto-aplicáveis, por sua vez, induziriam ao entendimento equivocado de que haveria normas constitucionais destituídas de qualquer eficácia; c) essa classificação não contemplaria as normas programáticas (*Curso de direito constitucional*. (org. Maria Garcia). Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991, p. 313 - 315).

¹⁸² A qual encontra em Thomas McIntyre Cooley o seu principal expoente, que as define da seguinte forma (grifos nossos): “a constitutional provision may be said to be **self-executing** if it supplies a sufficient rule by means of which the right given may be enjoyed and protected, or the duty imposed may be enforced; and it is **not self-executing** when it merely indicates principles, without laying down rules by means of which those principles may be given the force of law” (*Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*, 50ª Ed. Union, New Jersey : The lawbook exchange Ltd., 1998, p. 100).

a) *normas constitucionais de eficácia plena*, as quais produzem todos os seus efeitos essenciais ou têm a possibilidade de produzi-los, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto;

b) *normas constitucionais de eficácia contida*¹⁸³, que, assim como as primeiras, também incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os seus efeitos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dada certas circunstâncias, e

c) *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*, que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos, uma vez que o legislador constituinte teria deixado a cargo do legislador ordinário ou outro órgão do Estado estabelecer uma normatividade sobre a matéria.

As últimas, por sua vez, apresentariam uma subdivisão: podem ser *declaratórias de princípios institutivos ou organizativos*, ligadas à parte organizativa da Constituição, ou *declaratórias de princípio programático*, contemplando programas de ação social.¹⁸⁴

Veja-se que o autor parte da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, havendo apenas uma diferenciação entre o grau de seus efeitos jurídicos.¹⁸⁵

Maria Helena Diniz, a seu turno, acaba por adotar, embora sob outras nomenclaturas, o mesmo significado das três categorias mencionadas por José Afonso da Silva, às quais acresce uma quarta, correspondente às *normas de eficácia absoluta*, que se diferenciariam das demais por não admitir alteração por emenda constitucional.¹⁸⁶

¹⁸³ Quanto a essas normas, Michel Temer indica a sua preferência pela denominação “norma de eficácia redutível ou restringível”, que melhor se coadunaria com o seu significado (*in Elementos de direito constitucional*. 22ª ed., 2ª tir., São Paulo : Malheiros, 2008, p. 26).

¹⁸⁴ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 82 e 83.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸⁶ Nessa linha, a autora apresenta em sua obra *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo : Saraiva, 1989, p. 97 e ss. a seguinte classificação: a) *norma constitucional de eficácia absoluta*; b) *norma constitucional de eficácia plena*; c) *norma constitucional de eficácia relativa restringível* (equivalente à norma de eficácia contida de José Afonso da Silva) e d) *norma constitucional de eficácia relativa*

Observa-se que José Afonso da Silva tece relevante crítica à quarta categoria sugerida pela autora, aduzindo que ela estaria se baseando em critério de *modificabilidade constitucional* e não no critério de *aplicabilidade*.¹⁸⁷

Outra classificação é proposta por Celso Bastos e Carlos Ayres Brito. Segundo eles, 1) quanto ao *modo de incidência*, as normas constitucionais a) *por via de aplicação* seriam: a.1) *regulamentáveis* ou a.2) *irregulamentáveis*; e aquelas b) *por via de integração* se subdividiriam em: b.1) *complementáveis* ou b.2) *restringíveis*. Já em relação a 2) *produção de seus efeitos*, as normas constitucionais seriam classificadas em: a) normas de *eficácia parcial* e b) normas de *eficácia plena*, subdivididas as últimas em b.1) normas *regulamentáveis*, b.2) *irregulamentáveis* e b.3) *restringíveis*.¹⁸⁸

Também esse posicionamento não foge à crítica de José Afonso da Silva, que acusa os autores de, na ânsia de inovarem, acabaram por apresentar uma classificação por demasiado confusa, especialmente por separarem a *aplicabilidade* da *eficácia* das normas constitucionais.¹⁸⁹

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, apresenta uma classificação a respeito da eficácia das normas constitucionais atinentes à Justiça Social em três grupos, tomando por base a posição do administrado perante tais normas: a) *normas concessivas de poderes jurídicos*, que podem ser exercitados imediatamente, independente de lei; b) *normas atributivas de direito*, consistentes na fruição imediata de benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz mediante prestação alheia que, caso negada, é exigível judicialmente; e c) *normas indicadores de finalidades a serem atingidas pelo Poder Público*, as quais conferem aos administrados o direito de se oporem judicialmente aos atos do Estado acaso conflitantes com tais finalidades.¹⁹⁰

Também é conveniente ressaltar o entendimento exposto por Luís Roberto Barroso, que leva em consideração a situação jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais e

complementável ou dependente de complementação (equiparada à norma de eficácia limitada apresentada por aquele autor).

¹⁸⁷ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 87.

¹⁸⁸ *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Saraiva, 1982, p. 63.

¹⁸⁹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 86 e 87.

¹⁹⁰ *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 22 e ss.

apresenta a seguinte divisão: a) *normas constitucionais de organização*, tendo por objeto a organização do exercício do poder político; b) *normas constitucionais definidoras de direitos*, tendo por escopo a fixação dos direitos fundamentais dos indivíduos e c) *normas constitucionais programáticas*, destinadas a traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.¹⁹¹

Nesse ponto, já é possível procedermos a uma análise mais acurada acerca das denominadas normas programáticas, tidas como de eficácia limitada, na classificação proposta por José Afonso da Silva, conforme acima exposta.

3. A crise das normas “programáticas”

Depois de verificarmos as teorias envolvendo as normas constitucionais, concentraremos nossa análise nas normas de eficácia limitada de princípio programático (ou normas programáticas), na classificação proposta por José Afonso da Silva.

Apesar de termos afirmado que o mínimo existencial comporta dupla dimensão, abarcando tanto os direitos individuais, como os direitos sociais¹⁹², é certo que parcela expressiva dos direitos naquele inseridos são, efetivamente, os segundos. Isso justifica o estudo mais aprofundado, nesse passo, das normas que prevêm os direitos sociais, normalmente denominadas de “programáticas”.

Trata-se de uma constatação compreensível, uma vez que os titulares do mínimo existencial, via de regra, são aqueles indivíduos que dependem de bens e direitos normalmente prestados pelo Estado, quer por meio de serviços públicos e demais atividades estatais (como um tratamento de saúde, um benefício assistencial, um atendimento escolar, etc.), quer mediante a formulação e incremento de políticas públicas (como a implantação de medidas legislativas e administrativas destinadas à proteção das crianças e adolescentes, à melhoria do sistema público de saúde, entre outras).

¹⁹¹ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 90 e ss.

¹⁹² Capítulo I, item 7.

Tal fato ocorre, principalmente, porque essas pessoas não possuem condições econômicas para arcar com bens e serviços básicos providos, mediante pagamento, por particulares, tais como planos de saúde, estabelecimentos educacionais da rede privada, etc, obrigando-os a depender única e exclusivamente do Estado.

Talvez seja por essa razão que muitos juristas que se dedicam ao estudo do mínimo existencial acabem atrelando-o tão somente aos direitos sociais.¹⁹³

Cabe também justificar, de antemão, a razão para empregarmos o termo “crise” das normas programáticas.

Conforme será abordado no item seguinte, essas normas, assim como tem ocorrido, ultimamente, com outros institutos da ciência jurídica, têm sofrido importantes mudanças de interpretação pelos aplicadores e operadores do Direito, os quais acabam por “romper” com os antigos conceitos (e mesmo “dogmas”) sedimentados sobre tais matérias, a fim de melhor adequá-los à realidade social.

Vale dizer: institutos do passado tidos outrora por inquestionáveis têm cedido lugar a novos posicionamentos críticos, os quais geram tamanha mudança de perspectiva que nos permite concluir por uma, por assim dizer, verdadeira “crise” de alguns conceitos, tal como tem ocorrido com o significado e alcance das normas programáticas.

Nota-se que tal fenômeno não se circunscreve ao Direito Constitucional¹⁹⁴, mas também se estende a outros ramos, como o Direito Administrativo¹⁹⁵, Direito Civil¹⁹⁶, Direito Penal¹⁹⁷ e mesmo questões voltadas à filosofia do direito e ciência política.¹⁹⁸

¹⁹³ É o caso dos posicionamentos de Ana Paula de Barcellos, Gustavo Amaral, Luís Roberto Barroso e Robert Alexy, sobre os quais já tratamos no início desse trabalho (Capítulo I, itens 3.4.2; 3.4.4; 3.4.7 e 3.4.8, respectivamente).

¹⁹⁴ Detectando essa mudança de paradigma, impulsionada pelo pós-positivismo, Luís Roberto Barroso tem atribuído a esse fenômeno o nome de “neoconstitucionalismo”, representado, basicamente, por três pilares: a) a força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional e c) a nova interpretação constitucional (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 262 - 266).

3.1. As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático

Ao tratar das normas programáticas, a doutrina nacional sempre optou por uma postura bastante tímida quanto aos efeitos por elas gerados.

Aliás, a própria expressão que lhe foi atribuída (“programática”), sugere mesmo que se esteja tratando de normas jurídicas consistente em meros “programas” a serem implementados

¹⁹⁵ Destacando-se a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a vinculação do administrador à Constituição (e não apenas à lei infraconstitucional) e ainda o reconhecimento do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, conforme ensinamento de Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 372 - 376).

¹⁹⁶ Representada especialmente pela interpretação dos dispositivos do Código Civil à luz de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana extraída do texto constitucional, rompendo, assim, com a antiga visão eminentemente patrimonialista desse ramo do direito, conforme tivemos a oportunidade de tratar ao abordar o objeto do mínimo existencial (Capítulo I, item 6.4).

¹⁹⁷ Sobre tudo pela incidência e aplicação dos direitos fundamentais, a justificar uma postura voltada ao “garantismo penal”, que, reconhecendo a fragmentariedade e subsidiariedade ínsitas ao Direito Penal, busca conferir uma intervenção mínima deste na vida dos cidadãos. Como aponta Cezar Roberto Bitencourt, “o Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente deve ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc. [...] a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracteriza o Direito Penal de um Estado pluratista e democrático” (*Tratado de Direito Penal: parte geral I*, 15ª ed., rev., atual. e amp., São Paulo : Saraiva, 2010, p. 39). Sobre esse tema, de se destacar o acórdão do Supremo Tribunal Federal que determinou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, por violar o princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal), admitindo, por via de consequência, a possibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos: "Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena – Crimes hediondos – Regime de cumprimento – Progressão – Óbice – Artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – inconstitucionalidade – Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90" (HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01/09/06).

¹⁹⁸ Como a nova dimensão conferida ao papel do Estado brasileiro, enquanto Estado Democrático de Direito e também ao princípio da tripartição dos poderes, especialmente em se tratando do papel do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas e no controle das omissões estatais (tema que será abordado no Capítulo II, item 3.2).

futuramente pelo Estado, ainda que de forma progressiva, sem que se soubesse, ao certo, se seriam (e em que medida) vinculativas aos entes estatais.

Como já alertava Bobbio:

na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem ‘hic et nunc’, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados ‘sine die’, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’?¹⁹⁹

Com efeito, sempre houve uma tendência, por parte dos estudiosos do Direito Constitucional, de identificar nessas normas meras diretrizes a serem seguidas pelo Estado, sem importar qualquer efeito de relevo no mundo dos fatos que as tornassem direitos efetivamente usufruíveis pelos indivíduos e sindicáveis perante o Poder Judiciário acaso violados.

Eis o motivo para se ter conferido às normas constitucionais programáticas o atributo de eficácia “limitada”, posto que dependentes, para fazer incidir os seus efeitos, de providências legislativas ou administrativas.

Bastante representativo dessa afirmação é o pensamento exposto por Pontes de Miranda, que definia as normas programáticas como:

aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão orientar

¹⁹⁹ *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 77 e 78.

os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função²⁰⁰

Como aponta o jurista português Canotilho, essa compreensão das normas programáticas se deve muito ao grau de vagueza (“fuzzy”) da linguagem normalmente empregada na positivação das normas que consagram direitos sociais de cunho programático, a ponto de se falar, na linha do constitucionalista alemão J. Isensee, em verdadeiros “camaleões normativos”.²⁰¹

Nesse ponto, digna de nota é a advertência de Celso Antonio Bandeira de Mello que, ao tratar dos direitos sociais, destaca que:

a forma mais eficiente de torná-los inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluidos ou dependentes de normação infraconstitucional. Este modo de regular acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra. Termina por frustrar o que se proclamou enfaticamente. Cumpre, em última instância, uma função escamoteadora, tenha ou não esta intenção adrede concebida. Porém, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito, e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria²⁰²

Porém, na linha do que afirmamos no item anterior, é possível identificar uma verdadeira “crise” dessas normas, no sentido em que originalmente concebidas, uma vez que têm

²⁰⁰ *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*, tomo I. São Paulo : RT, 1969, p. 126 e 127.

²⁰¹ *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo : Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 99 e 100.

²⁰² *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 10. No mesmo sentido, a observação feita por Ricardo Castilho: “para que os direitos sociais sejam efetivamente aplicados, faz-se necessário, de antemão, que o intérprete construa seus termos concretos, ‘reificando’ o que, no campo normativo, apresenta-se quase como meras diretrizes de direitos sociais” (*Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 104).

sido constantemente invocadas pelos cidadãos perante o Poder Judiciário, que, por sua vez, tem-lhe atribuído eficácia plena, ainda que dependentes de alguma regulamentação pelo Estado.

O exemplo mais claro dessa constatação diz respeito ao direito fundamental à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal, sempre tida pela doutrina nacional como uma típica norma programática.

São inúmeras as demandas judiciais movidas por aqueles que necessitam de algum medicamento ou tratamento de saúde por parte do Estado, tendo por fundamento a referida norma constitucional. Da análise dessas ações, é possível identificar que grande parte delas tem sido julgada procedente pelo Judiciário, reconhecendo-se que o comando do artigo 196 da Carta Magna detém eficácia plena e aplicabilidade imediata, especialmente pelo fato de estar inserido no conceito de mínimo existencial.²⁰³

²⁰³ A fim de comprovar essa assertiva, citamos alguns julgados interessantes de Tribunais de nosso País (grifos nossos): “APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – RECURSOS DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE E DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO CONTIDO NA INICIAL – AUTOR DESPROVIDO DE RECURSOS FINANCEIROS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – REJEITADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERADOS – DIREITO À SAÚDE – MÍNIMO EXISTENCIAL – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECURSOS IMPROVIDOS – SENTENÇA MANTIDA. **O direito à saúde está intimamente ligado ao mais supremo valor consagrado na Carta Magna, que é a dignidade da pessoa humana, encontrando-se entre as obrigações mínimas que devem ser satisfeitas pelo Estado (“mínimo existencial”). Demonstrada a necessidade ao tratamento e à melhora das condições de vida daqueles que são portadores de doenças, o fornecimento da medicação adequada e necessária ao pleno restabelecimento da paciente é medida que se impõe, constituindo-se em dever do Estado proporcionar a entrega da medicação prescrita, ainda mais quando não se verifica, como no caso, que o cumprimento da obrigação poderá comprometer o equilíbrio econômico-financeiro, em relação às demais obrigações e deveres a serem desempenhados em prol dos demais cidadãos. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis para assegurar o acesso aos medicamentos de pessoas que necessitam de tratamento médico e que não possuem recursos financeiros para tanto. O art. 196, da CF, ao se referir ao “Estado”, o faz em sentido genérico, abarcando todos os entes federados na obrigação de se efetivar o direito à saúde dos indivíduos. Recursos conhecidos, mas improvidos, mantendo inalterada a sentença” (TJ/MS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.007272-7/0000-00 - Campo Grande - Relator: Des. Dorival Renato Pavan - Quarta Turma Cível – Julgamento: 06/04/2010). “[...] É notória a falência dos serviços de saúde de nosso país e a lamentável e injustificada negativa de acesso da população carente de recursos à medicação mais básica para cura das mazelas mais cotidianas. É fato que o Estado deve responder as demandas por medicamentos e garantir o exercício dos fundamentais direitos à saúde e à vida. Os tratamentos de alto custo, não obstante, devem ser fornecidos em razão de premente necessidade, à míngua de outras alternativas terapêuticas oferecidas pelo Poder Público” (TJ-SC - Agravo de instrumento n.**

Paradigmática, nesse sentido, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal versando sobre o assunto (grifos nossos):

“PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização

2007.042122-9 - Santa Rosa do Sul – rel. des. José Volpato de Souza - j. em 17.7.2008). “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR CONTRA O ESTADO DO PARANÁ, PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. TRATAMENTO DE DOENÇA CRÔNICA. PACIENTE QUE COMPROVA A INTOLERÂNCIA AO MEDICAMENTO NORMALMENTE FORNECIDO PELO SUS. NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À SAÚDE. CF, ART. 196. O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS NECESSITADOS NÃO PODE SE RESTRINGIR APENAS A UMA TABELA PREVIAMENTE ELABORADA, SE COMPROVADA A NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. DECISÃO MANTIDA. LIMINAR CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. O Estado do Paraná é parte legítima para compor o pólo passivo da relação processual, visto que é responsável solidário - juntamente com a União e os Municípios - pela garantia constitucional de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde (CF, art. 196). **É irrelevante que o medicamento indicado como necessário ao tratamento de moléstia grave não conste da lista de remédios fornecidos pelo estabelecimento público de saúde. Se o risco de irreversibilidade está presente, tanto na concessão, quanto no indeferimento da medida, os valores envolvidos devem ser sopesados, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. E, no caso, o interesse patrimonial do Estado nunca pode se sobrepor aos direitos fundamentais à saúde, ao bem-estar e à dignidade**” (TJ-PR - Agravo de Instrumento nº 326.514-5 - 3ª Câmara Cível Suplementar – Rel. Des. Dilmari Helena Kessler - DJ 25/08/2006).

federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j.12/12/2006, DJ 02/02/2007)

Assim, diante dessa mudança de compreensão acerca dos efeitos gerados pelas normas programáticas, constata-se que elas, especialmente quando inseridas no objeto do mínimo existencial, são dotadas de eficácia plena e efetivamente aplicadas no mundo dos fatos, a fim de assegurar os direitos nelas previstos aos indivíduos que as invocarem, quer em face dos entes estatais competentes, quer perante o Poder Judiciário, nesse último caso quando constatada a lesão ou ameaça de lesão ao direito em análise decorrente de seu descumprimento - via ação ou omissão – por parte do Estado.

Essa questão nos remete, obrigatoriamente, ao estudo do papel atribuído ao Estado, especialmente em se tratando de políticas públicas, bem como o controle jurisdicional das omissões daquele.

3.2. O controle jurisdicional das omissões do Poder Público e as Políticas Públicas

O estudo sobre as omissões do Estado e as políticas públicas ganha especial relevo nesse ponto, uma vez que, como tivemos a oportunidade de esclarecer alhures²⁰⁴, parcela expressiva dos direitos inseridos no objeto do mínimo existencial diz respeito aos direitos sociais, cujo descumprimento se dá justamente pela omissão do Poder Público e pela ausência (ou insuficiência) de políticas públicas.²⁰⁵

O controle exercido pelo Poder Judiciário, seja sobre as omissões do Poder Público, seja em relação às políticas públicas passa, necessariamente, pela redefinição das tarefas do Estado e pela análise de como se desenvolvem as suas atividades em prol da sociedade e de seu bem-estar diante da complexa realidade na qual estamos inseridos.

Por essa razão, a abordagem desse tema não é simples e torna imprescindível o estudo sobre algumas questões que normalmente são levantadas como obstáculos à legitimidade do Poder Judiciário nessa seara. Dentre elas, destacamos: a) o princípio da tripartição de poderes; b) o princípio majoritário do regime democrático e c) a discricionariedade administrativa.²⁰⁶

²⁰⁴ Capítulo II, item 3.

²⁰⁵ Dada a variedade de conceitos existentes acerca do significado de políticas públicas, valemo-nos do ensinamento de Maria Paula Dallari Bucci, que as definem do seguinte modo: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivamente conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” (*Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 241).

²⁰⁶ Por certo, também se faz imprescindível, ao tratar de políticas públicas, a abordagem acerca da questão orçamentária, uma vez que aquelas são materializadas nas peças do orçamento. Contudo, como esse tema

Tendo isso em mente, cabe analisar, na seqüência, cada um desses assuntos, a fim de verificar se eles acarretariam, de fato, a impossibilidade de atuação dos magistrados ou se, por outro lado, não os impede de agir de modo a não apenas coibir as omissões do Estado, como também contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas em nosso País.

3.2.1. O princípio da tripartição de poderes

A preocupação a respeito da necessidade de divisão das funções²⁰⁷ do Estado remonta à Grécia Antiga, podendo ser vista na obra “A política” de Aristóteles.

Nela, o pensador grego já apontava para a necessidade de se separar as atividades do Estado ligadas às funções públicas, à deliberação sobre assuntos públicos e à tarefa de julgar, como forma de se atingir a felicidade humana.²⁰⁸

Posteriormente, o tema foi tratado pelo filósofo inglês John Locke em seu livro intitulado “Segundo tratado sobre o governo civil”.

O seu pensamento visava especialmente à criação de limites ao poder absoluto do Estado, o que foi impulsionado pela Revolução Gloriosa de 1688 e pela posterior aprovação da “Bill of Rights” de 1689, demarcando a supremacia do Parlamento sobre a Monarquia.

De acordo com o filósofo, os indivíduos, enquanto serem livres, iguais e racionais, buscariam partir desse “estado de natureza”, submetido somente à lei natural, para se organizarem em sociedade por meio de um “contrato social” estabelecido com o governante, de modo a assegurar a convivência pacífica e organizada entre todos.

associa-se à análise da cláusula da reserva do possível, reservaremos o estudo dessa matéria para um item específico do presente trabalho (Capítulo II, item 5).

²⁰⁷ Como já restou consolidado entre os estudiosos da Teoria Geral do Estado, o Poder é uno e indivisível, de modo que a sua tripartição relaciona-se às “funções” por ele exercidas, razão pela qual não seria adequado falar em tripartição dos “poderes”, mas sim das “funções” do Poder.

²⁰⁸ *A política*. São Paulo : EDIPRO, 1995, livros III e VI.

A fim de atingir esse objetivo, Locke sustentava a necessidade de divisão do Estado em quatro funções e dois órgãos destinados a exercê-las: o Poder Legislativo, ocupando papel preponderante e responsável pela edição das leis e o Poder Executivo, responsável pela execução das leis (função executiva), por questões ligadas à segurança e às relações externas (função federativa) e ainda pelas atividades discricionárias para a consecução do bem público (prerrogativa).

É interessante destacar a justificativa apontada pelo filósofo acerca da necessidade de não coincidir na figura de uma só pessoa as funções executiva e legislativa, devendo esta última ser composta por diversas pessoas. Como apontou:

como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detém o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. Por isso, nas comunidades civis bem organizadas, onde se atribui ao bem comum a importância que ele merece, confia-se o poder legislativo a várias pessoas²⁰⁹

Assim, embora os pensadores acima mencionados tenham contribuído, em alguns pontos, para a concepção do princípio da tripartição dos poderes, foi Montesquieu quem formulou, de forma mais precisa e completa, os seus contornos em sua obra “O espírito das leis”.

Compartilhando da preocupação acima exposta por Locke, Montesquieu ponderou que: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.²¹⁰

²⁰⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil – e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis : Vozes, 1994, p. 170.

²¹⁰ *O espírito das leis*, 2ª ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo : Martins Fontes, 2000, 166.

Assim, o pensador francês buscou traçar uma divisão das funções do Estado em três órgãos: o Legislativo, responsável pela formulação das leis e por sua posterior correção ou revogação; o Executivo, cuja função estaria ligada às questões envolvendo a segurança e o Judiciário, incumbido de punir os crimes e julgar as questões dos indivíduos.

Essa concepção acabou por influenciar a Constituição de 1787 dos Estados Unidos, na qual restou contemplado esse modelo de tripartição de poderes, sob a forma de um sistema de freios e contrapesos (“checks and balances”) aptos a assegurar o controle recíproco entre as três funções desempenhadas pelo Estado, além de ter sido erigido à condição de verdadeiro dogma da ciência do Direito ao ser previsto no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cuja redação é enfática ao estatuir que as sociedades nas quais não fosse assegurada a separação dos poderes não teriam Constituição.²¹¹

Ocorre que o princípio da tripartição de poderes, da forma como fora originalmente concebido, já não se adéqua à atual realidade, vez que, em razão da dinâmica e complexidade dos fatos tratados pelo Estado, exige-se que as funções por ele exercidas se interpenetrem, ajustando-se de maneira equilibrada e harmônica.

Por essa razão, Pérez Luño ressalta que grande parte da doutrina e jurisprudência alemã entende que o princípio tradicional da tripartição dos poderes não deve ser interpretado

²¹¹ Apesar disso, há de se destacar as diferenças históricas existentes entre a concepção francesa e americana acerca do princípio da separação de poderes, sobretudo no que diz respeito ao papel atribuído ao Poder Judiciário, tido por inexpressivo no modelo francês (onde o primado da lei, enquanto expressão de vontade do povo, sempre ocupou posição de destaque) e valorizado no modelo norte-americano (onde surgiu, inclusive, o controle difuso de constitucionalidade das leis, a justificar o importante papel que lhe foi conferido na ordem constitucional daquele País). Como destaca Mauro Cappelletti: “a verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte. Justamente esse equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano” (*Juízes Legisladores*, Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 54). Não obstante a apontada diferença entre os aludidos modelos dos dois países, o mestre italiano observa que a França tem seguido a linha do modelo norte-americano: “na verdade, mostra-se interessante ressaltar que a própria França, onde nasceu e se exaltou a idéia da ‘separati6n’, como também outros países continentais (que por muito tempo compartilharam dessa idéia), estão se movimentando nesta direç6o, partindo do sistema de rígida separaç6o para o sistema de controles recíprocos” (*Juízes Legisladores*, Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 55).

como exigência de uma rígida separação, senão como um controle e colaboração recíprocos entre todos os poderes, para atingirem uma coordenação harmônica em suas tarefas.

Dessa forma, esse princípio, como indica o jurista espanhol, deve ser complementado pelo princípio da subsidiariedade, em virtude do qual, naqueles casos em que o poder legislativo não assume as tarefas de desenvolver e completar, positivamente, as normas previstas no texto constitucional, essas poderão ser realizadas pelo Executivo e Judiciário.²¹²

De fato, como aponta a doutrina:

o legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes²¹³

Na mesma linha está a lição de Marcelo Figueiredo, ao afirmar que a doutrina tradicional da separação de poderes não tem mais serventia, tornando-se necessário preservar e aperfeiçoar os mecanismos de controle do poder. Segundo ele, “onde houver tal controle efetivo, legítimo, haverá maior segurança jurídica e portanto respeito aos desideratos de determinada ordem constitucional”.²¹⁴

Constata-se, assim, a necessidade de se rever o atual significado do princípio da tripartição de poderes, de modo a manter firme o que foi sempre tido como o seu principal

²¹²LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed., Madrid : Editorial Tecnos (Grupo Anaya S/A), 2005, p. 107 e 110. Complementando a idéia do mestre espanhol, é certo que também na inércia do Poder Executivo (e não apenas do Legislativo), competirá, do mesmo modo, ao Poder Judiciário fazer cumprir a Constituição.

²¹³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

²¹⁴ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2001, p. 22.

propósito: a limitação do poder do Estado, imprescindível à preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Conforme destaca Marcus Aurélio de Freitas Barros:

é preciso atualizar o postulado da separação de poderes, de molde a retirar-lhe o caráter sagrado e intocável, admitindo-se uma expansão da fiscalização judicial da atividade e das omissões dos demais poderes públicos²¹⁵

Essa também é a posição de Andreas J. Krell, segundo o qual:

torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação de Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um ‘efeito paralisante’ às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal²¹⁶

Nessa toada, destaca Paulo Bonavides:

tocante ao princípio da separação de Poderes, enquanto inspirado pela doutrina da limitação do poder do Estado, é uma coisa; já inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto; ali exhibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado; aqui ostenta flexibilidade e protege de maneira concreta a liberdade, supostamente institucionalizada na pluralidade dos laços e das

²¹⁵ *Controle jurisdicional de políticas públicas : parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 136.

²¹⁶ *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre : Fabris Editor, 2002, p. 88.

relações sociais [...] na equação dos poderes que se repartem como órgão da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência²¹⁷

Ainda assim, não são raras as oportunidades em que o Estado, especialmente em demandas judiciais, utiliza-se do argumento da necessidade de preservação do princípio da tripartição de poderes, como forma de coibir uma suposta “ingerência” do Poder Judiciário nas atividades dos demais Poderes, especialmente quando em discussão a garantia, via jurisdicional, da eficácia plena dos direitos fundamentais, o que muitas vezes é aceito pelos próprios juízes, tal como observa Andreas J. Krell:

torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação de Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas ‘lições’ às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e reinterpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico²¹⁸

Destarte, deve o princípio em comento se atualizar às novas exigências impostas pela realidade ao Estado, sob pena de não lograr êxito quanto ao atendimento do bem-estar da sociedade e, o que é pior, servir de obstáculo à efetividade do mínimo existencial e demais direitos fundamentais.

²¹⁷ *Curso de direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 634 e 635.

²¹⁸ *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre : Fabris Editor, 2002, p. 91.

3.2.2. O princípio majoritário do regime democrático

De acordo com Antonio Carlos Mendes, entende-se por democracia:

[o] conjunto de regras por meio das quais a vontade popular participa e intervém direta ou indiretamente na formação do Estado, na determinação de suas finalidades, na amplitude da distribuição das funções públicas, na escolha dos agentes e na criação e aplicação do direito positivo²¹⁹

O mesmo autor ainda cita a supremacia da lei como um dos princípios fundamentais da democracia brasileira, ao afirmar:

a supremacia da lei, característica das democracias ocidentais, porque todos, governantes e governados, submetem-se às regras de direito de maneira isonômica, resultando, dessarte, que o poder legítimo deve ser exercido 'sub lege'²²⁰

Com isso, constata-se que, embora caiba ao Poder Legislativo, enquanto representante da sociedade, a determinação das finalidades do Estado e dos meios pelos quais não de ser buscadas, está ele submetido aos ditames da Constituição Federal. Ou seja, o princípio majoritário do regime democrático encontra limites no próprio texto constitucional.

Por esse motivo, está com razão Ana Paula de Barcellos, ao asseverar que:

²¹⁹ *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 17.

²²⁰ *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 25.

a democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade, como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais²²¹

De fato, não se admite, em um Estado Democrático de Direito, que os cidadãos tenham os seus direitos fundamentais desrespeitados em virtude de uma má compreensão do princípio majoritário próprio do regime democrático, ainda mais quando em jogo direitos inseridos no objeto do mínimo existencial, enquanto núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como bem observa Marcelo Figueiredo:

o Estado é ‘moral’ somente quando cumpre suas “tarefas” e objetivos de probidade administrativa e social, e tal realização passa necessariamente pelo respeito à personalidade e dignidade humana, razão última das pessoas e cidadãos que vivem e convivem no Estado²²²

E mais: não cabe ao Estado, segundo o autor, uma postura passiva nessa seara, uma vez que:

uma massa de pessoas ignorantes, sem acesso aos mínimos padrões de sobrevivência (o que dizer do padrão cultural), necessita de estímulos (não condução no sentido negativo) a fim de encontrarem sua identidade sócio-política, do contrário estaremos diante de um Estado “fraco”, sem padrões ou

²²¹ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 227.

²²² *Teoria Geral do Estado.* 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2001, p. 159.

referenciais culturais, advindo daí sérias conseqüências e deformações de toda ordem²²³

Destarte, tanto o princípio da tripartição dos poderes, como o princípio majoritário, não devem servir de barreira à efetividade do mínimo existencial. Segundo as precisas palavras de Ana Paula de Barcellos:

nem a separação de poderes, nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade²²⁴

Justamente por esse motivo é que Robert Alexy, ao tratar dos direitos fundamentais sociais (“direitos a prestação em sentido amplo”) assentou que “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.²²⁵

Por fim, constatamos que a jurisprudência pátria tem estado atenta a essa questão, não aceitando o argumento do princípio majoritário naqueles casos em que este possa vir a fazer tabula rasa dos Direitos Fundamentais.²²⁶

²²³ Ibidem, mesma página.

²²⁴ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 230.

²²⁵ *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 446.

²²⁶ Nesse sentido, citamos o trecho a seguir extraído de recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos [direitos fundamentais] como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de

3.2.3. A discricionariedade administrativa

Outro tema que vem sofrendo uma importante releitura pelos cientistas, operadores e aplicadores do Direito é o poder discricionário da Administração Pública.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, discricionariedade é:

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente²²⁷

Contudo, essa “margem de liberdade” conferida ao agente público muitas vezes é confundida como uma espécie de redoma destinada a blindar a conduta praticada pelo administrador de qualquer tipo de controle, inclusive por parte do Poder Judiciário, acerca de sua validade perante a ordem jurídica.

E o pior é que esse pensamento normalmente se assenta no próprio princípio da tripartição de Poderes, em sua concepção tradicional, sendo cancelado, não raras vezes, pelos próprios juízes, sob o entendimento de que o controle sobre o mérito do ato administrativo importaria a violação do mencionado princípio.

De todo modo, como já tivemos a oportunidade de pontuar linhas atrás²²⁸, o princípio em comento deve ser atualizado, de modo a redimensionar o papel da jurisdição constitucional,

expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da ‘democracia’ para extinguir a Democracia” (REsp 1185474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

²²⁷ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 9ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 48.

²²⁸ Capítulo II, item 3.2.1.

permitindo a sua expansão para, por meio de uma nova interpretação, concretizar a força normativa da Constituição.

Esse fenômeno, denominado por alguns por neoconstitucionalismo²²⁹, tem sido constatado por nossa jurisprudência²³⁰, de forma que o recurso à discricionariedade administrativa tem sido rechaçado quando invocado indevidamente, vale dizer, para descumprir o ordenamento jurídico, sob o manto de uma imaginária “discricionariedade”, mas verdadeira ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Não se pode olvidar, também, que compete ao Poder Judiciário interpretar os conceitos jurídicos indeterminados previstos em lei, a fim de detectar o ajuste ou desacerto da opção tomada pelo administrador público ao se deparar com a linguagem vaga e abstrata empregada na redação dos dispositivos legais.

Embora muitos estudiosos sustentem a distinção entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que aquela consistiria em um ato volitivo segundo um juízo de conveniência e oportunidade, ao passo que estes envolveriam um ato cognitivo extraído diretamente do comando legal objeto de interpretação²³¹, compartilhamos do entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, que, não obstante admita essa distinção, esclarece que, por ambos gerarem os mesmos efeitos de direito, não devem ser tidos como realidades jurídicas distintas. De acordo com suas palavras:

²²⁹ Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 262.

²³⁰ Ao tratar do direito à educação infantil previsto no artigo 208, inciso IV da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça deixou bem claro que: “[...] a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador [...]” (REsp 1185474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

²³¹ Entre outros adeptos dessa distinção, citamos João Batista Machado, segundo o qual: “a decisão tomada no exercício de um poder discricionário não pode confundir-se com a decisão tomada em aplicação de uma norma que exige preenchimento valorativo por utilizar conceitos indeterminados ou estar elaborada na fórmula de cláusula geral” (*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra : Almedina, 1991, p. 116).

pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma ‘liberdade intelectual’ ou uma ‘liberdade volitiva’, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos de direito serão idênticos²³²

Mais à frente, conclui o mesmo autor que caberá o controle jurisdicional em ambas as hipóteses, a saber:

o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei²³³

De se notar, assim, que mesmo seguindo a idéia pregada por Kelsen, no sentido de que toda norma jurídica contém uma espécie de “moldura”²³⁴, dentro da qual se admite mais de uma interpretação possível que atenda ao comando legal, é plenamente factível o risco de o Poder Público, quando da aplicação da lei ao caso concreto, extravasar esse limite, avançando sobre o campo da arbitrariedade, ocasião em que sua postura será censurada pelo Judiciário sempre que acionado para fazê-lo.

Em resumo, não compete ao Estado socorrer-se de seu poder discricionário para decidir ou não cumprir a Constituição, optar ou não por adotar as políticas públicas nela traçadas,

²³² *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 9ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 25.

²³³ *Ibidem*, p. 27.

²³⁴ Ao considerar a existência desta “moldura”, Hans Kelsen conclui: “daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado” (*Teoria pura do direito*. 3ª ed. trad. João Baptista Machado, São Paulo : Martins Fontes, 1991, p. 364).

mas sim efetivá-las, assegurando, da melhor forma possível, os direitos fundamentais nela previstos, inclusive os direitos sociais.²³⁵

Como leciona Carlos Weis:

a própria estruturação do Estado Brasileiro para o fim de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais decorre da obrigatoriedade das normas de direitos econômicos, sociais e culturais (constitucionais ou de direito internacional), que vinculam as políticas públicas, não se podendo pensar, atualmente, que tal se dá como simples liberalidade do governo. O modo e a intensidade pelos quais os entes federados cumprem as obrigações decorrentes das normas definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser confundidos com a eventual opção do administrador público em buscar a elevação das condições de vida dos grupos sociais marginalizados ou excluídos. E a existência de diversos serviços públicos destinados a atender a essa finalidade nos campos da saúde, educação, moradia, etc. demonstra o quanto as normas de direitos econômicos, sociais e culturais produzem efeitos no mundo fático, certamente possuindo aquele “mínimo de eficácia” mencionado²³⁶

²³⁵ Até porque a própria razão de ser do Estado é justamente conferir o bem-estar aos administrados, conforme tem reconhecido, reiteradamente, a jurisprudência pátria. Citamos, a propósito, o julgado a seguir versando sobre o direito fundamental à saúde (grifos nossos): “Direito à Saúde - Atendimento Médico e Fornecimento de Medicamentos - Direito Fundamental - Prioridade da Administração Pública. - O direito à saúde deve ser preservado prioritariamente pelos entes públicos, vez que não se trata apenas de fornecer medicamentos e atendimento aos pacientes, trata-se, mais, de preservar a integridade física e moral do cidadão, a sua dignidade enquanto pessoa humana e, sobretudo, o bem maior protegido pelo ordenamento jurídico Pátrio, qual seja, a vida. Percebe-se, pois, que o direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988, não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento. - **Não se justifica a manutenção de uma Administração Pública incapaz de preservar a saúde e a vida de seus próprios cidadãos, visto que a gestão pública não é um fim em si mesma, mas se justifica no bem-estar e preservação da qualidade de vida dos administrados.** (TJ-MG - Número do processo: 1.0000.06.446692-3/000(1) - Numeração Única: 4466923-28.2006.8.13.0000 - Relator: Dárcio Lopardi Mendes - Data do Julgamento: 07/03/2007 - Data da Publicação: 25/05/2007).

²³⁶ *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 52.

3.2.4. Síntese conclusiva

Daquilo que fora tratado nos itens anteriores, resta claro, a título de conclusão sobre o tema, que compete ao Poder Judiciário exercer um efetivo controle sobre as omissões do Poder Legislativo e Executivo, nos termos acima consignados, de forma a conferir efetividade ao mínimo existencial em todas as suas dimensões.

Como se viu, não cabe aceitar como obstáculo a essa efetividade o princípio da tripartição dos poderes, o qual deve ser apropriadamente contextualizado sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, não é admissível que o Poder Legislativo se valha do princípio majoritário, nem que o Poder Executivo se utilize de seu poder discricionário para justificarem as suas respectivas inércias quanto à adequada consecução dos ditames traçados pela Carta Magna, especialmente em se tratando dos direitos fundamentais sociais e das políticas públicas destinadas a concretizá-los, os quais detêm íntima relação com o mínimo existencial em estudo.²³⁷

Como já anotou Clarice Seixas Duarte:

Ora, se o Estado social está todo voltado para a concretização dos direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas, negar a possibilidade de constrangimento judicial do Estado a executar o que deve fere todo o espírito da Constituição e compromete sua efetividade. Não há nada pior em um Estado social do que a omissão dos poderes públicos no tocante à realização das políticas públicas constitucionalmente delineadas. Trata-se de uma lesão de direitos extremamente grave, que afeta a integridade do sistema e, como tal, deve ser levada ao Judiciário, órgão incumbido de apreciá-las, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal²³⁸

²³⁷ Veja-se, inclusive, que na linha de raciocínio tecida no presente trabalho, o mínimo existencial, dada a sua natureza de regra (Capítulo I, item 5) e sua concepção absoluto-dinâmica (Capítulo I, item 6.2), é intangível, não admitindo qualquer restrição por qualquer desses princípios.

²³⁸ *Reflexões sobre a justiciabilidade do direito à educação no Brasil* in HADDAD, Sérgio e GRACIANO, Mariângela (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. São Paulo : Ação Educativa, 2006, p. 145.

Nesse diapasão, mostra-se indispensável ao Poder Judiciário assumir, de uma vez por todas, a sua função de assegurar, quando não atendidos pelos demais Poderes, a efetividade dos comandos constitucionais²³⁹, optando pela segunda das duas alternativas colocadas por Mauro Cappelletti nos seguintes termos:

a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o ‘terceiro gigante’, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador²⁴⁰

Da análise de alguns recentes julgados dos Tribunais Superiores de nosso País, parece que o Poder Judiciário brasileiro tem, gradativamente, ocupado papel de destaque nesse sentido, deixando de lado uma conduta conservadora e passiva, para desempenhar a sua função de verdadeiro guardião da Constituição Federal.

Essa mudança de comportamento não tem passado despercebida pelos estudiosos do Direito. Como registra Luís Roberto Barroso:

²³⁹ Conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal ao tratar do direito fundamental à educação infantil: [...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela 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 - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina. (RE 410.715 AgR/SP – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T. - j. 22/11/2005).

²⁴⁰ *Juizes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 47.

uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo²⁴¹

Bastante representativo dessa tendência é o julgado abaixo do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa transcrevemos abaixo:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)” (ADPF/DF-MC n. 45, Rel. Celso de Mello, j. 29/04/2004, Informativo n. 345 - STF)²⁴²

²⁴¹ *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 383.

²⁴² Seguindo esse mesmo rumo, vale citar o seguinte julgado de lavra do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. 1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade. 2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 3. Em função do princípio

da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. 4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 5. 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 a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. 7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja 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, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 10. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo princípio da continuidade" 11. Recurso especial provido (REsp 575998/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., julgado em 07/10/2004, DJ 16/11/2004 p. 191). Na esteira desse entendimento, colacionamos também o acórdão a seguir proferido pela mesma Corte: ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações

Como se vê, o fiel cumprimento à Constituição Federal, especialmente em se tratando dos direitos fundamentais encartados no objeto do mínimo existencial, depende essencialmente da atuação do Poder Judiciário, de modo a salvaguardá-los quando desrespeitados - por ação ou omissão - pelos demais Poderes (Legislativo e Executivo) inicialmente incumbidos de fazê-lo. Não se quer com isso sustentar a supremacia da função jurisdicional sobre as demais funções, mas sim a supremacia da Constituição²⁴³.

Como adverte Américo Bedê Freire Júnior:

em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico²⁴⁴

Até porque, como enfatiza o mesmo autor, “o Judiciário não é mero carimbador de decisões políticas das demais funções”.²⁴⁵

supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 1041197/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª T., julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

²⁴³ Como já assentou o Superior Tribunal de Justiça: “[...] a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana [...]” (AgRg no REsp 888325/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., julgado em 15/03/2007, DJ 29/03/2007 p. 230).

²⁴⁴ *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.

Em última análise, estamos com Dirley da Cunha Junior, que em obra específica dedicada à matéria, esclarece que:

cumpre ao juiz, no exercício da jurisdição constitucional das liberdades, desenvolver e efetivar as normas constitucionais, cabendo-lhes, até mesmo, se necessário à plena realização dos direitos fundamentais, viabilizar políticas públicas ante a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política²⁴⁶

4. O comando do art. 5º, § 1º da Constituição Federal

Inspirado na Constituição de Portugal²⁴⁷, uma primeira leitura da redação do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira poderia conduzir ao entendimento de que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação direta e imediata, produzindo, de

²⁴⁵ Ibidem, p. 42.

²⁴⁶ *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 362 e 363. Nessa mesma obra, o autor acaba por extrair, da própria ordem constitucional, o que chama de “direito fundamental à efetivação da Constituição”, cujo reconhecimento gera, no seu dizer, duas conseqüências capitais: “1) todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicação imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute imediatamente da posição jurídica por ele consagrada, sem que seja necessário o manejo específico da ação de mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, podendo e devendo qualquer órgão do Poder Judiciário – como órgão apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, inclusive diante de eventual omissão dos órgãos de direção política –, quando provocado por qualquer meio processual adequado, em caso de lacuna legislativa, removê-la completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto, e 2) as demais normas constitucionais, ou seja, as não definidoras de direitos fundamentais, ou aquelas que contemplam direitos dependentes de prestações normativas ou fáticas do poder público, que careçam da ‘interpositio legislatoris’ ou de providências materiais, implicam, primeiramente, na obrigação de atuação legislativa e administrativa, hipótese em que, não sendo concretizadas em tempo razoável, e reconhecida, conseqüentemente, a omissão constitucional, deve o Poder Judiciário operar ativamente e construtivamente por meio da jurisdição constitucional, que pode ser provocada, ‘in concreto’, por qualquer pessoa prejudicada, e através de qualquer ação judicial, ou por meio de ações específicas instituídas exclusivamente para o controle das omissões do poder público, quais sejam, o mandado de injunção (no plano concreto), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, por omissão, de preceito fundamental (estas últimas no plano abstrato), que estão necessariamente a serviço da aplicabilidade imediata daquelas normas” (Op. cit., p. 150 e 151).

²⁴⁷ Mais especificamente em seu artigo 18.1, segundo o qual: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

plano, todos os seus efeitos no mundo dos fatos, independente de qualquer regulamentação normativa pelo legislador ou mesmo prestação fática pelo Poder Executivo.²⁴⁸

Outra interpretação possível sobre a mesma norma constitucional poderia levá-la ao descrédito, ao se concluir que, ante a impossibilidade prática de aplicação imediata de toda e qualquer norma definidora de direito fundamental, de nada adiantaria a sua previsão.²⁴⁹

Diante disso, instaura-se, especialmente no campo doutrinário, a discussão a respeito de quais seriam o exato significado e alcance do artigo 5º, § 1º de nossa Constituição.

Se, de um lado, não há como sustentar que a aludida norma constitucional gera, como num “passe de mágica”, densidade normativa suficiente a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, tornando-as plenamente aptas a produzirem, de imediato, todos os seus efeitos, de outro, também não parece correto descartar, de antemão e sem maiores reflexões, qualquer efeito na ordem prática deste comando, dada a importância do assunto por ela tratado, relacionado à aplicação dos direitos fundamentais.

Propugna-se, por essa razão, por um esforço hermenêutico necessário à sua compreensão sob a égide do sistema constitucional vigente.

Nessa linha, compartilhamos do entendimento exposto por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual o artigo 5º, § 1º da Carta Magna, de cunho principiológico, consiste em um mandado de otimização, que vincula os órgãos estatais, obrigando-os a conferir a maior eficácia

²⁴⁸ Favorável a esse entendimento é a posição de Dirley da Cunha Júnior, quando afirma: “a norma-princípio do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena ‘justiciabilidade’ destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação” (Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 277 e 278).

²⁴⁹ Nesse sentido, verifica-se o ceticismo da posição sustentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho a respeito do dispositivo em questão, o qual, segundo ele, não poderia contrariar “a natureza das coisas”, de forma que parcela dos direitos fundamentais somente alcançaria a sua eficácia nos termos e na medida da lei (*A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 29, 1988, p. 35 e ss).

possível aos direitos fundamentais, sejam aqueles previstos nos incisos do próprio artigo 5º da Constituição, sejam aqueles outros dispostos ao longo do texto constitucional.²⁵⁰

Do mesmo modo, leciona Flávia Piovesan:

esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos e garantias diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário²⁵¹

Ao continuar com seu raciocínio sobre a norma em comento, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta, ainda, que ela encerraria uma verdadeira presunção em favor das normas definidoras de direitos fundamentais, “de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada”.²⁵²

Ainda seguindo as lições do mencionado jurista, o mesmo esclarece que, em se tratando dos direitos sociais prestacionais, o artigo 5º, § 1º da Constituição a eles não dispensaria um tratamento na base do “tudo ou nada”, mas sim de maximização de sua eficácia, na linha

²⁵⁰ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 288. Pela só questão topográfica, não haveria de se excluir, evidentemente, os demais direitos fundamentais (como os direitos sociais, por exemplo) que não contemplados pelo artigo 5º da Constituição. Como pontua Carlos Weis: “também por força do que dispõe o § 1º do art. 5º, as normas que definem os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser interpretadas no sentido de garantir-lhes aplicação imediata, gerando direitos para seus titulares” (*Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 49).

²⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 35 e 36.

²⁵² *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 288 e 289.

acima exposta²⁵³, sendo que, quando em jogo o mínimo existencial, haveria de se reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, de forma que, onde tal mínimo é ultrapassado, admitir-se-ia apenas um direito subjetivo “prima facie”.²⁵⁴

Podemos extrair desse pensamento o seguinte raciocínio: pela dicção do artigo 5º, § 1º da Constituição, evidencia-se um claro propósito do constituinte no sentido de empregar a máxima efetividade possível às normas definidoras dos direitos fundamentais em geral. Contudo, quando tratamos do mínimo existencial, há de se conferir algo a mais, não se cogitando de mero “mandado de otimização”, mas sim de inteira e completa aplicação e concretização do direito nele inserido, tomando-se por base a concepção absoluto-dinâmica por nós desenvolvida no presente trabalho.²⁵⁵

De se frisar, finalmente, que embora compartilhemos, em princípio, do pensamento exposto por Ingo Wolfgang Sarlet sobre o significado e alcance do art. 5, § 1º da Constituição, não limitamos, como ele faz, o objeto do mínimo existencial aos direitos sociais, tal como esclarecido alhures ao tratarmos de suas dimensões.²⁵⁶

5. A cláusula da reserva do possível

A questão envolvendo os custos necessários à efetividade dos direitos fundamentais previstos na ordem jurídica foi bem abordada pelos norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunstein.

²⁵³ Ibidem, p. 371.

²⁵⁴ Ibidem, p. 372. De acordo com o autor, “negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador” (op. cit., p. 371).

²⁵⁵ Capítulo I, item 6.2.

²⁵⁶ Capítulo I, item 7.

Segundo os autores, todos os direitos (individuais e sociais) são custosos, na medida em que todos eles dependem da arrecadação do Estado, por meio de tributos, para serem concretizados.²⁵⁷

Embora se trate de uma obviedade²⁵⁸, essa constatação serve como mais um motivo para se refutar a suposta dicotomia entre direitos negativos e positivos²⁵⁹, uma vez que a efetividade de ambos (e não apenas dos últimos) depende, em alguma medida, de custos a serem despendidos pelo Estado.

Especificamente sobre a denominada cláusula da reserva do possível, considera-se que o seu surgimento decorreu da apreciação do caso “*numerus-clausus*”²⁶⁰ pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no qual se discutiu a respeito do acesso ao ensino superior. Por ocasião desse julgado, restou assentado por aquela Corte que não caberia garantir a todo e qualquer candidato a vaga de seu interesse no ensino superior, sem levar em consideração os relevantes custos estatais na seara da educação superior.

Assim, a obrigação do Estado nesse campo estaria atrelada, necessariamente, à razoabilidade da prestação requerida, vale dizer, “àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”²⁶¹, levando-se em conta os demais interesses desta, que além de demandarem custos, devem ser atendidos de igual forma. Em outras palavras, ao invés de se garantir, de forma ilimitada, o acesso de todos os interessados ao ensino superior, impõe-se, à luz dos mencionados fatores, a sua limitação, a qual recebeu a denominação de “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*).

Embora alguns estudiosos critiquem a importação desse conceito ao direito brasileiro, tendo em conta, especialmente, a distinta realidade sócio-econômica existente na Alemanha e

²⁵⁷ HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of Right. Why liberty depends on taxes*. New York : W. W. Norton, 1999, p. 44.

²⁵⁸ Seria ingênuo supor, por exemplo, que a inviolabilidade de domicílio prevista no art. 5º, inciso XI da Constituição, tido como um clássico direito negativo, não demandasse custos, por parte do Estado, sobretudo na área de segurança pública, para garantir a sua efetividade.

²⁵⁹ Sobre a qual tratamos no Capítulo I, item 7.

²⁶⁰ *BVerfGE* 33, 303 (333).

²⁶¹ Robert Alexy, op. cit., p. 515.

aquela enfrentada pelo Brasil²⁶², o fato é que a cláusula da reserva do possível é constantemente invocada pelo Estado em demandas judiciais em face dele ajuizadas, o que nos obriga a dimensionar o seu exato significado e alcance, especialmente tendo em vista os efeitos perniciosos que uma má compreensão do tema pode gerar à efetividade do mínimo existencial.

Para tanto, deve-se partir da premissa de que a decisão acerca da alocação de recursos é, inegavelmente, dramática, na medida em que as infinitas necessidades da coletividade comportam atendimento pelos finitos recursos à disposição do Estado.

Com razão, portanto, a observação feita por Gustavo Amaral no sentido de que tais decisões envolve, na maioria das vezes, uma “escolha de quem salvar, mas também de quem danar”.²⁶³

Essa questão nos remete, necessariamente, ao estudo das finanças públicas, bem como à discussão sobre a sua sujeição ou não ao controle jurisdicional.

²⁶² Por todos: KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris Editor, 2002. Veja-se que essa constatação tem encontrado guarida na jurisprudência pátria, como se vê no julgado a seguir transcrito (grifos nossos): “MEDICAMENTO FORNECIMENTO - Fazenda Pública - Fornecimento do medicamento "Avastin" para portadora de degeneração macular nos olhos. ADMISSIBILIDADE: Dever do Estado que se constata de plano, em face do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal e 219 da Estadual. - Procedência da ação mantida. **TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - Exclusão de responsabilidade do Estado - INAPLICABILIDADE: Teoria oriunda de país com realidade sócio-econômica que difere da realidade nacional e por isso é inaplicável quando se visa preservação do direito à vida e à saúde. RECURSO DESPROVIDO**” (Apelação Com Revisão 994092441176 (9771625700) – Rel. Israel Góes dos Anjos - Comarca: Franca - Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 14/12/2009 - Data de registro: 05/01/2010). Conforme restou consignado em trecho do voto exarado pelo Relator desse julgado: “[...] O país onde a Teoria da Reserva do Possível surgiu difere do nosso quanto à realidade sócio-econômica, quanto ao índice de desenvolvimento humano e quanto à renda "per capita". No país onde surgiu referida teoria, que difunde a idéia de conceitos do mínimo existencial e da razoabilidade do que se pode esperar da sociedade ou do Estado, os indivíduos têm a seu favor variados direitos já reconhecidos e garantidos, o que não se observa aqui em face das notórias desigualdades sociais. Dessa forma, a efetiva garantia da vida e da saúde é obrigação do Estado (conceito que abrange a União, os Estados-membros e os Municípios) para assegurar aos indivíduos carentes de recursos a sua dignidade e a sua própria existência. Não pode ser então aplicada em nosso meio a Teoria da Reserva do Possível, quando a questão tratada se refere a direitos fundamentais como a vida e a saúde [...]”.

²⁶³ *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 100.

5.1. Finanças públicas e controle jurisdicional:

O Direito Financeiro é o ramo do direito público que tem por objeto as regras atinentes às despesas e receitas públicas, ao orçamento e ainda ao crédito público. Trata-se da atividade financeira exercida pelo Estado que, por meio da arrecadação de receitas (originárias e derivadas) e realização de despesas (originárias e extraordinárias), busca atingir os objetivos fundamentais definidos pelo texto constitucional.

Dada a sua importância, essa atividade estatal é regulada, de forma específica, pelos artigos 163 a 169 da Constituição brasileira, consubstanciando a disciplina básica das Finanças Públicas, à qual se acresce as demais leis infraconstitucionais sobre a matéria, especialmente a Lei 4.320/64, que versa sobre as normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federativos, bem como a Lei Complementar 101/00, a qual estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

À vista desses comandos, observa-se que compete ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 165 da Constituição Federal, a iniciativa legislativa quanto ao plano plurianual (art. 165, § 1º, CF), às diretrizes orçamentárias (art. 165, § 2º, CF) e aos orçamentos anuais (art. 165, § 5º, CF), devendo constar nos últimos exclusivamente a previsão da receita e a fixação da despesa (princípio da exclusividade), salvo as exceções previstas no art. 165, § 8º, CF.

Após, competirá às duas Casas do Congresso Nacional apreciar aos mencionados projetos de lei na forma do artigo 166 da Constituição, de modo a autorizar as despesas e receitas neles contempladas.

Assim, é dessa composição de vontades, por assim dizer, entre os Poderes Executivo e Legislativo que se extrai o planejamento do Estado para concretizar a vontade do constituinte, sobretudo as políticas públicas previstas no texto constitucional, que são materializadas justamente nas peças do orçamento.

Diante desse panorama, a grande questão que se apresenta é a seguinte: poderá o Poder Judiciário analisar a constitucionalidade de leis orçamentárias ou estas estariam submetidas única e exclusivamente ao crivo dos Poderes Legislativo e Executivo?

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constatamos que sempre prevaleceu na Corte o entendimento no sentido de que as leis orçamentárias, por não serem dotadas de generalidade, são consideradas leis “de efeito concreto”, motivo pelo qual não seriam suscetíveis de controle jurisdicional de constitucionalidade pela via concentrada.²⁶⁴

Contudo, o mesmo Sodalício tem revisto esse raciocínio, passando a admitir, em julgados recentes, o controle concentrado de constitucionalidade sobre leis orçamentárias, as quais, por estarem submetidas aos ditames constitucionais, devem obedecê-los.²⁶⁵

²⁶⁴ Como exemplo desse posicionamento, citamos trecho do acórdão a seguir: “Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado” (ADI 2.484-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-12-2001, Plenário, *DJ* de 14-11-2003.). No mesmo sentido: ADI 2.535-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-12-2001, Plenário, *DJ* de 21-11-2003.

²⁶⁵ A primeira decisão que anunciou, de forma clara, a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria foi tomada no acórdão a respeito das contribuições de intervenção no domínio econômico nos seguintes termos: “PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA – CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO – IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL – CIDE – DESTINAÇÃO – ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária n. 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do citado parágrafo” (ADI 2.925-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator para acórdão Min. Marco Aurélio, j. 11-12-2003). Posteriormente, também foi lavrado outros dois acórdãos pelo Pretório Excelso nos quais se admitiu, novamente, o controle concentrado de constitucionalidade de leis orçamentárias, a saber: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

Com efeito, tal como enfatizamos em relação ao princípio da separação de Poderes²⁶⁶, ao princípio majoritário²⁶⁷ e mesmo à discricionariedade administrativa²⁶⁸, não se deve conferir um sentido absoluto à competência orçamentária do legislador, especialmente se levantada como óbice à efetividade dos direitos fundamentais.

Essa também é a posição de Robert Alexy ao afirmar com propriedade que:

mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso,

O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008" (ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-5-2008, Plenário, *DJE* de 22-8-2008.). No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-11-2008, Plenário, *DJE* de 08-5-2009. Da análise do voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 4.048-MC, é interessante registrar a sua preocupação (no que é acompanhado pelo Min. Ayres Britto) quanto ao entendimento anterior do STF (pela não admissão do controle concentrado nessas hipóteses), o qual poderia conduzir à ausência de qualquer controle jurisdicional de constitucionalidade sobre lei de tamanha relevância para o País (lei orçamentária), especialmente se considerada a dificuldade de se vislumbrar casos concretos nos quais o indivíduo seja por ela diretamente afetado a ponto de se valer do controle de constitucionalidade pela via difusa.

²⁶⁶ Capítulo II, item 3.2.1.

²⁶⁷ Capítulo II, item 3.2.2.

²⁶⁸ Capítulo II, item 3.2.3.

isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras²⁶⁹

Destarte, também em matéria orçamentária, é plenamente admissível o controle exercido pelo Poder Judiciário, assim que chamado a atuar, com vistas a assegurar a supremacia da Constituição.

Disso resultaria a possibilidade de emanar do Poder Judiciário, quando provocado, uma ordem judicial que obrigue o Estado a cumprir um direito fundamental tido por violado (por ação ou omissão) ou mesmo a implementar uma política pública a ele relativo, mesmo naqueles casos em que não haja recursos ou dotação orçamentária para tanto?

E, caso a resposta seja pela afirmativa, como compatibilizar esse entendimento com a redação do artigo 167, inciso II da Constituição, pela qual se veda a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários?

Tendo por escopo apresentar uma resposta adequada a essas perguntas, torna-se imperioso o estudo da cláusula da reserva do possível no contexto de nosso País.

5.2. A reserva do possível no Brasil

De um modo geral, a doutrina brasileira costuma dividir a reserva do possível em duas espécies: a) aquela consistente na disponibilidade efetiva dos recursos do Estado destinados à concretização dos direitos fundamentais (reserva do possível fática); e b) aquela compreendida como a disponibilidade jurídica desses recursos, associada, sobretudo, à legislação orçamentária (reserva do possível jurídica).

²⁶⁹*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 512 e 513.

Nessa dupla faceta é que se apresenta a cláusula da reserva do possível, à qual corriqueiramente se reporta o Estado quando acionado judicialmente, buscando legitimar, com base nela, o descumprimento de normas constitucionais, especialmente em se tratando dos direitos fundamentais sociais.

Apesar do uso excessivo e indiscriminado que faz o Poder Público, quando em litígio, do argumento da reserva do possível, fato este que conduz, quase que automaticamente, a seu descrédito pelos juízes, não deve ela ser descartada de antemão, posto que assentada nos famigerados brocardos “ad impossibilia nemo tenetur” e “impossibilium nulla obligatio est”, no sentido de que ninguém é obrigado a fazer o impossível.

Ora, parece evidente, num primeiro golpe de vista, que não há como exigir do Estado, dotado de um número limitado de recursos à sua disposição, o atendimento pleno de todos os bens da vida desejados pelo ser humano, de forma a suprir, em sua totalidade, todas as necessidades da sociedade. Essa pretensão atingiria, num curto espaço de tempo, as raias do impossível.

De outra banda, também não deve ser admitida, em hipótese alguma, a manifesta inércia do Estado, ancorada unicamente em razões político-financeiras, quanto ao atendimento das necessidades mais prementes da população, consubstanciadas nos direitos que compõe o mínimo existencial, imprescindível para assegurar a todos uma existência digna.

Essas duas constatações indicam que a cláusula da reserva do possível deve ser tratada de forma apropriada e com a devida precaução, sob pena de se resvalar, com facilidade, em um desses dois resultados indesejáveis: a) a existência de um Estado provedor de absolutamente todas as necessidades coletivas que lhe foram apresentadas, sem se levar em consideração a existência de recursos para fazê-lo, fato que o conduziria, mais cedo ou mais tarde, à “falência”; ou então b) a existência de um Estado assumidamente omissivo no que tange ao cumprimento dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, precipuamente aqueles inseridos no conceito de mínimo existencial, enquanto núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Creemos, por essa razão, ser fundamental atingir um justo equilíbrio entre essas duas visões, a fim de se chegar a um consenso de como deve incidir a cláusula da reserva do possível no Brasil.

Esse equilíbrio seria atingido, a nosso ver, tomando-se como base duas premissas: a) a inaplicabilidade da reserva do possível em relação aos direitos que compõem o mínimo existencial; e b) a aplicação da reserva do possível, desde que cabalmente comprovada pelo Poder Público, em relação aos demais direitos não inseridos no objeto do mínimo existencial.

5.3. A inaplicabilidade da reserva do possível ao mínimo existencial

A não aplicação da reserva do possível ao mínimo existencial é plenamente justificada, pois, nessa seara, estamos lidando, conforme o posicionamento adotado nesse trabalho²⁷⁰, com o conjunto de todos aqueles bens e direitos de primeira e segunda dimensão, intangíveis (não admitem restrição) e variáveis no tempo e no espaço (concepção absoluto-dinâmica), tidos como indispensáveis para se atingir, manter e resguardar um padrão de vida em conformidade com o aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, em um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, “caput” da Constituição Federal), que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Carta Magna), não há como admitir que, unicamente por razões político-financeiras, expressadas pela cláusula da reserva do possível fática e jurídica, possa se obstaculizar a efetividade daqueles direitos tidos como elementares para uma vida digna do ser humano.

Ainda que o Estado venha a sofrer uma relevante crise institucional, seja por uma catástrofe decorrente de um fenômeno natural, seja devido um colapso econômico, enfim, por qualquer motivo, não se deve desatender o mínimo existencial dos indivíduos pela aplicação da reserva do possível.

²⁷⁰ Capítulo I, item 10.

Nesses casos, o que provavelmente ocorrerá, diante da dificuldade financeira do Estado nesse período, é uma restrição do objeto do mínimo existencial por razões de tempo e espaço (aspecto dinâmico), o qual, porém, embora diminuído, continuará, nessa esfera, intangível (aspecto absoluto), donde se extrai a importância de sua concepção absoluto-dinâmica defendida na presente dissertação.²⁷¹

Veja-se, inclusive, que é justamente nessas ocasiões em que a preservação do mínimo existencial se mostra ainda mais importante, como conclui Robert Alexy, que ao abordar esse tema pontifica:

parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornará impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstância distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível²⁷²

Pela inaplicabilidade da reserva do possível ao mínimo existencial também está a posição de Ingo Wolfgang Sarlet:

²⁷¹ Capítulo I, item 6.2.

²⁷² *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 513. Essa visão de Robert Alexy é plenamente ajustável à tese aqui defendida da inaplicabilidade da reserva do possível ao mínimo existencial, desde que levada em conta os pontos divergentes da concepção do jurista alemão acerca do mínimo existencial com a posição por nós adotada nesse trabalho, precipuamente quanto ao seu objeto (relativo para Alexy e absoluto-dinâmico para nós) e suas dimensões (ligada somente aos direitos sociais pela visão do jurista, ao contrário de nossa posição, que também abrange os direitos individuais).

as objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar. Até mesmo a tese de que a reserva do possível poderia servir de argumento eficiente a afastar a responsabilidade do Estado (por ação ou omissão, vale dizer!) não nos parece possa ser aceita, ainda mais de modo generalizado, na esfera das prestações que inequivocamente dizem com o mínimo existencial²⁷³

Nesse sentido, aliás, também tem sido o entendimento da jurisprudência pátria.²⁷⁴

Verifica-se, assim, que o atendimento ao mínimo existencial pelo Estado implica, inclusive, o remanejamento de seus recursos. Isso porque é inadmissível que áreas tidas como não relacionadas, diretamente, ao conjunto de bens e direitos correspondente ao mínimo existencial sejam atendidas em seu prejuízo.

²⁷³ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in SARLET, Ingo Wolfgang e e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 37.

²⁷⁴ É o que se extrai, por exemplo, dos seguintes julgados por nós colacionados (grifos nossos): “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO COMINATÓRIA. INTERNAÇÃO EM LEITO VAGO DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA - UTI. REDE PÚBLICA OU PARTICULAR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO APLICAÇÃO. A saúde e a vida humana representam prerrogativas indisponíveis, tuteladas pela Constituição Federal de 1988, a qual o Poder Público deve obediência. É possível aplicar o princípio da reserva do possível, para admitir que o Poder Público deixe de adimplir prestações positivas que foram impostas pela Constituição Federal. **Todavia, não se admite seja o princípio invocado, quando o tema é de alta relevância social - direito à vida e à saúde, cuja consequência da omissão do Estado em implementar políticas públicas implica a ruptura da dignidade da pessoa humana com o comprometimento de um mínimo existencial do indivíduo.** Segundo precedentes desta Corte de Justiça, o Distrito Federal deve fornecer aos enfermos carentes de recursos os remédios e o tratamento necessários para a cura de sua doença, de acordo com a prescrição médica” (TJ/DF - Processo n. 20080110129356 – APC - Relator Natanael Caetano - 1ª Turma Cível - julgado em 09/09/2009 - DJ 21/09/2009 p. 50). E ainda: “MEDICAMENTOS - Fornecimento pelo Estado. 1. O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). 2. A pessoa hipossuficiente portadora de moléstia grave faz jus à obtenção gratuita de medicamentos, instrumentos e materiais de auto-aplicação e autocontrole junto ao Poder Público. **3. Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível em matéria de preservação do direito à vida e à saúde.** Precedentes do STF e do STJ. Reexame necessário não acolhido. Recurso não provido” (TJ/SP - Apelação Com Revisão 9136045700 – Rel. Décio Notarangeli - Comarca: Indaiatuba - Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 18/11/2009 - Data de registro: 04/01/2010).

Como afirma Américo Bedê Freire Júnior:

será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder²⁷⁵

Nessa mesma linha de raciocínio, Andreas J. Krell, ao vislumbrar uma hipotética dúvida entre usar os recursos disponíveis para tratar de milhares de pessoas vítimas de doenças associadas à pobreza ou então em favor de alguns poucos acometidos por doenças raras com remota chance de cura, é peremptório ao responder que, pela principiologia da Constituição de 1988, deve-se conferir o adequado tratamento a todos, ao que acrescenta:

e se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligado aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a ‘ponderações’ perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais’²⁷⁶

Com razão, portanto, a observação feita Ana Paula de Barcellos, no sentido de que somente após se constatar que as áreas atinentes ao mínimo existencial já foram satisfatoriamente atendidas pelos recursos do Estado é que se poderá discutir a respeito do destino das demais verbas orçamentárias em relação aos demais interesses da sociedade tidos como não prioritários. São suas as seguintes palavras:

²⁷⁵ *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

²⁷⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53.

a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir²⁷⁷

Destarte, pelos motivos acima expostos, fica claro que não há qualquer impedimento para que o Poder Judiciário possa obrigar o Poder Público a cumprir o mínimo existencial, não cabendo qualquer argumento deste último no sentido de falta de recursos ou dotação orçamentária para fazê-lo.

Essa medida, é importante ressaltar, não implicaria qualquer ofensa ao artigo 167, inciso II do texto constitucional, uma vez que, como já registrou Eros Grau, o princípio da legalidade da despesa pública deverá ceder, no caso concreto, ao princípio da sujeição da Administração Pública às decisões do Poder Judiciário.²⁷⁸

Por derradeiro, cabe registrar a nossa discordância em relação àqueles estudiosos que inserem a cláusula da reserva do possível no próprio conceito do mínimo existencial.²⁷⁹

²⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 246.

²⁷⁸ *Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas: o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 2, p. 130-148, 1993. Segundo expõe o autor, o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário consiste em um princípio jurídico fundamental, tido como um axioma de direito público, de maneira que “o acatamento ao princípio da legalidade da despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável” (op. cit., p. 143).

²⁷⁹ Nesse sentido estão os posicionamentos de Gustavo do Amaral e Virgílio Afonso da Silva, como vimos no Capítulo I, itens 3.4.4 e 3.4.5, respectivamente.

Esse entendimento, a nosso ver, importa verdadeiro contra-senso, na medida em que, como vimos, a reserva do possível é utilizada pelo Poder Público com o nítido propósito de limitar o mínimo existencial, quando não extirpá-lo por completo.

Não cabe, por evidente, aceitar como elemento integrante do mínimo existencial algo que vise justamente a suprimi-lo, ainda que parcialmente. Pensamento de ordem diversa acabaria por desnaturar a própria essência daquilo que se deva entender por mínimo existencial, enquanto núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, já que, ao invés de se assegurar a sua efetividade, acabar-se-ia por torná-lo refém da política financeira do Estado, sintetizada na cláusula da reserva do possível.

Aliás, essa posição incide em outro equívoco: o de confundir a estrutura jurídica do mínimo existencial com os gastos necessários à sua efetividade. Inteiramente aplicável, nesse ponto, a advertência feita por Canotilho ao comentar sobre a constante associação que se faz entre os direitos sociais e a reserva do possível. Segundo o jurista português: “o recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão do seu financiamento”.²⁸⁰

5.4. A aplicabilidade da reserva do possível aos direitos não inseridos no objeto do mínimo existencial e o ônus de prova atribuído ao Poder Público

Se, de um lado, sustentamos a inaplicabilidade, mesmo em tempos de crise, da reserva do possível em relação ao mínimo existencial, de outro, reputamos que ela seria aplicável aos demais direitos não inseridos no objeto do mínimo existencial.

Nesses casos, não estaríamos mais lidando com os direitos fundamentais imprescindíveis para se assegurar ao indivíduo uma existência digna, mas com direitos outros, destinados a contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

²⁸⁰*Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo : Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

Isso não significa, porém, que a aplicação da reserva do possível, nesses casos, deva ocorrer de modo automático, sem maiores reflexões. Ao invocá-la em juízo, compete ao Estado comprovar cabalmente, inclusive por documentos contábeis à sua disposição, a incidência efetiva da cláusula da reserva do possível no caso vertente, a fim de justificar, por meio de dados concretos, a ausência de disponibilidade fática e jurídica de recursos destinados ao cumprimento desses direitos.

Embora essa afirmação soe um tanto óbvia, não é o que vem ocorrendo na prática. São inúmeras as demandas judiciais nas quais se observa uma alegação meramente abstrata da reserva do possível, por parte do Poder Público, destituída de qualquer acervo probatório apto à comprová-la. E o pior é que, ainda assim, não são raros os casos nos quais o Poder Judiciário aceita, de forma passiva, esse proceder por parte do Estado, acabando não só por chancelá-lo na prática, como também contribuindo para que a reserva do possível se transforme, no dizer de Américo Bedê Freire Júnior, em verdadeira e indiscriminada “cláusula supralegal de descumprimento da Constituição”.²⁸¹

Registre-se que a própria doutrina brasileira tem observado uma indevida resistência em relação a uma postura mais ativa dos juízes nessa seara, registrando que:

o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais²⁸²

²⁸¹ *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

²⁸² Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in SARLET, Ingo Wolfgang e e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 34.

Com isso, é certo que a aplicação inadequada da reserva do possível somente será evitada por meio de sua efetiva comprovação nos autos pelo Poder Público. Quanto a esse aspecto, compartilhamos do entendimento de Gustavo Amaral, no sentido de que:

cabe ao órgão público ao menos delinear ‘quem paga a conta’, qual o perfil daqueles que foram beneficiados pelo nível de decisão alocativa tomado e seriam prejudicados se fosse determinado o atendimento pretendido na demanda. Cabe à Advocacia Pública zelar para que tais informações sejam prestadas nos autos e orientar não apenas que as escolhas sejam fundamentadas, mas que haja registro disto. O espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público são de pouco valor prático²⁸³

É conveniente salientarmos que esse dever imposto ao Estado não se apresenta como um ônus excessivo ou desproporcional aos órgãos públicos. Trata-se, na realidade, de zelar pela lealdade processual, nos termos preconizados pelo artigo 14 do Código de Processo Civil, exigível de todas as partes envolvidas no processo, incluído o Poder Público, o que implica, entre outras medidas, uma atuação em conformidade com boa-fé (artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil), expondo os fatos conforme a verdade (artigo 14, inciso I, do Código de Processo Civil) e não alegando defesa destituída de fundamento (artigo 14, inciso III, do Código de Processo Civil).²⁸⁴

²⁸³ *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.* 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 183.

²⁸⁴ Essa é a redação do artigo 14 do Código de Processo Civil: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

Finalmente, cabe o registro de que a jurisprudência pátria sobre a matéria tem se inclinado nessa direção.²⁸⁵

²⁸⁵ Veja-se, a propósito, o seguinte julgado: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE CONTAS DO ESTADO – POSSIBILIDADE. 1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 2. Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. 3. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp 878.441/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 10/04/2007, DJ 20/04/2007 p. 340). Também de acordo com esse entendimento, o acórdão a seguir: “CRECHE. RESERVA DO POSSÍVEL. TESE ABSTRATA. A tese da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) assenta-se na idéia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. Sendo assim, não fica difícil perceber que, entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. No espaço público (no qual todos são, *in abstracto*, iguais e cuja diferenciação dá-se mais em razão da capacidade para a ação e discurso do que em virtude de atributos biológicos), local em que são travadas as relações comerciais, profissionais e trabalhistas, além de exercida a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, torna-o dependente das forças físicas para continuar a sobreviver, ainda assim, em condições precárias. Eis a razão pela qual os arts. 227 da CF/1988 e 4º da Lei n. 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54, IV, do ECA prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, na hipótese, o pleito do MP encontra respaldo legal e jurisprudencial. Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município.

5.5. A mudança de paradigma da reserva do possível e a fiscalização da gestão fiscal

Caminhando para o encerramento do estudo da cláusula da reserva do possível, sustentamos, na linha da doutrina mais abalizada, uma nova concepção desta, sob a ótica dos direitos fundamentais e do mínimo existencial.

Com efeito, não encontra mais respaldo na ordem constitucional brasileira contemplar a reserva do possível como um limite à efetividade dos direitos fundamentais, devendo ser compreendida em sentido oposto, qual seja, como um meio para atingi-la.

Esse é o entendimento de Américo Bedê Freire Júnior, o qual sustenta o emprego da reserva do possível “não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja

Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009” (REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010 – Informativo STJ n. 431). Finalmente, digno de destaque nessa seara é o julgado ora transcrito: “ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJe 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004” (REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009 – Informativo STJ n. 404).

construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais”.²⁸⁶

O posicionamento do mencionado autor também é seguido por Marcus Aurélio de Freitas Barros, segundo o qual:

a reserva do possível deverá sofrer uma interpretação inversa. Deve ser compreendida não como limitação, mas como obrigação de o Poder Público reservar o total de recursos disponíveis para o desenvolvimento das políticas públicas ligadas a direitos prestacionais.²⁸⁷

De fato, essa concepção da reserva do possível é a que melhor se coaduna com a principiologia da Constituição brasileira, além de corresponder ao comando de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, dos quais destacamos os seguintes (grifos nossos):

Artigo 2º - 1. “Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, **até o máximo de seus recursos disponíveis**, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12/12/1991 e promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6/7/1992)

Artigo 26. “Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação

²⁸⁶ *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 79.

²⁸⁷ *Controle jurisdicional de políticas públicas : parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 156.

internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, **na medida dos recursos disponíveis**, por via legislativa ou por outros meios apropriados” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 27, de 16/5/92 e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6/11/92)

Artigo 4º. “Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias à realização dos direitos reconhecidos pela presente Convenção. No caso de direitos econômicos, sociais e culturais, tomar essas medidas **no limite máximo dos seus recursos disponíveis e, se necessário, no quadro da cooperação internacional**” (Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28 de 14/9/90 e promulgada pelo Decreto n. 99.710 de 21/11/90)

Dessa forma, em obediência ao princípio da prevalência dos direitos humanos estabelecido no artigo 4º inciso II da Constituição Federal e à luz dos aludidos diplomas internacionais, incorporados pela Constituição Federal seja pela cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º, seja pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, há de se exigir do Estado, pela cláusula da reserva do possível, o emprego do máximo de recursos à sua disposição para salvaguardar os direitos fundamentais.

É certo, porém, que essa mudança de paradigma da reserva do possível somente será concretizada caso haja um constante e efetivo controle e fiscalização da gestão relativa às finanças públicas, por meio do controle externo exercido pelo Poder Legislativo, auxiliado pelos Tribunais de Contas, do sistema de controle interno de cada Poder e da atuação do Ministério Público, nos termos dos artigos 31 e 70 a 75 da Constituição Federal, com ênfase nas diretrizes traçadas pelo artigo 59 da Lei Complementar 101/2000, que trata da fiscalização da gestão fiscal.

Ao lado desses órgãos, de extrema relevância é a participação da sociedade, enquanto destinatária dos bens e serviços disponibilizados pelo Estado por meio da aplicação dos recursos públicos. Como bem observa Canotilho:

cada vez mais o problema dos ‘fins de distribuição de receitas’ se reconduz a uma questão de reciprocidade concreta: cidadãos de carne e osso (e não um número de contribuinte) querem saber porque pagam e quem é o rosto humano visível (e não o ‘beneficiário digitalizado’) beneficiário das prestações.²⁸⁸

Esse acompanhamento das finanças públicas pela sociedade deve ser buscado pela exigência de transparência na gestão fiscal, em conformidade os artigos 48 a 49 da Lei Complementar 101/2000 (com as alterações promovidas pela Lei Complementar 139/2009), que assim dispõem:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: 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.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

²⁸⁸*Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo : Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 102.

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Parágrafo único. A prestação de contas da União conterà demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício

Cabe ressaltar que todos esses mecanismos de controle e transparência ocupam ainda maior importância diante de um quadro de escassez de recursos, como acentua a doutrina:

quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano de atuação do legislador, seja na esfera administrativa²⁸⁹

²⁸⁹ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in SARLET, Ingo Wolfgang e e TIMM, Luciano Benetti (org).

E para que a ausência de disponibilidade fática e jurídica de recursos do Estado não seja confundida, inapropriadamente, com a má gestão das finanças públicas pelas autoridades competentes, incumbe a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao Ministério Público eventuais ilegalidades constatadas nessa área, tal como autoriza o artigo 74, § 2º da Constituição Federal, regulamentado pelo artigo 73-A da Lei Complementar 101/2000 (incluído pela Lei Complementar 131/2009), de modo a contribuir para o correto cumprimento do ordenamento jurídico pelo Estado em prol do bem-estar da sociedade.

CAPÍTULO III – O direito à educação básica no ordenamento jurídico brasileiro

1. O direito à educação básica na Constituição Federal

Etimologicamente, a palavra educação provém do vocábulo latino “educere”, que significa:

extrair, desenvolver, ministrar o necessário ao crescimento da personalidade do indivíduo, compreendendo um processo permanente de desenvolvimento das capacidades física, moral e intelectual do ser humano, para sua melhor e efetiva integração individual e social e que o acompanha do nascimento à morte²⁹⁰

Com efeito, Piaget já apontava que:

o desenvolvimento do ser humano está subordinado a dois grupos de fatores: os fatores de hereditariedade e adaptação biológicas, dos quais depende a evolução do sistema nervoso e dos mecanismos psíquicos elementares, e os fatores de transmissão ou de interação sociais, que intervêm desde o berço e desempenham um papel de progressiva importância, durante todo o crescimento, na constituição dos comportamentos e da vida mental. Falar de um direito à educação é, pois, em primeiro lugar, reconhecer o papel indispensável dos fatores sociais na própria formação do indivíduo²⁹¹

À vista dessas ponderações, é fácil perceber a importância que a educação ocupa na vida dos indivíduos. Como indica André Trindade:

²⁹⁰ RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito educacional – educação básica e federalismo*. São Paulo : Quartier Latin, 2009, p. 134.

²⁹¹ *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 7ª ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1980, p. 29.

é desnecessário afirmar que a educação é uma das maiores necessidades do ser humano. Sem conhecimento proporcionado pela educação não estaríamos preparados para viver em um meio cada vez mais complexo e evado de falsas expectativas. Por conseqüência, seríamos abocanhados pelo caos que – apesar de ser a real ordem social – cria um labirinto de escolhas e elimina as certezas do Ser²⁹²

Não obstante a relevância do tema para a vida dos indivíduos e da própria sociedade na qual aqueles estão inseridos, a previsão do direito à educação nos textos constitucionais é recente, tendo sido impulsionada, em nosso País, com o advento da Constituição de 1988, que não só o contemplou em seu artigo 6º na condição de direito fundamental social, como também o tratou em capítulo específico (artigos 205 a 214).

Essa constatação é objeto de registro na doutrina, conforme ressalta Regina Garcia de Paiva:

é fato notório que, cada dia mais, o Direito está atento ao fenômeno educacional, procurando enquadrá-lo no seu corpo de preceitos, de forma a discipliná-lo e orientá-lo na direção dos seus verdadeiros fins. Exemplo disso é a Constituição Federal de 1988, que traz um extenso capítulo dedicado à educação²⁹³

E diante da variedade de princípios e normas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos, resoluções, etc. que versam, atualmente, sobre o direito à educação, sustenta-se no Brasil, já há alguns anos, a necessidade de integração de todo esse arcabouço legislativo específico sobre a matéria (o que não tem sido feito desde a promulgação da Lei de

²⁹² *Direito educacional e direitos fundamentais: uma relação real.* in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional.* 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 41

²⁹³ *Direito educacional: do fato para o direito.* in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional.* 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 63.

Diretrizes e Bases da Educação em 1996 até os dias de hoje), a ponto de justificar um ramo autônomo da ciência jurídica denominado Direito Educacional.²⁹⁴

Eis o motivo para Regina Garcia de Paiva exortar pela:

necessidade de um Direito Educacional que se eleve da mera legislação de ensino, já estruturada e válida para o sistema educacional, para a construção jurídica e doutrinária da educação, visto que desde a década de 70 está a merecer um tratamento científico por parte da dogmática jurídica²⁹⁵

Da leitura do artigo 205 da Constituição brasileira, percebe-se que a educação, enquanto direito de todos e dever do Estado e da família, tem como linha mestra traçada pelo constituinte três objetivos principais: o pleno desenvolvimento da pessoa; o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Compreendido nessa abrangente dimensão, constata-se que o direito à educação não pode ser limitado apenas à instrução. Como salienta José Celso Mello Filho, o direito à educação “é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando”.²⁹⁶

Na mesma linha, a lição de Piaget:

²⁹⁴ Como aponta Regina Garcia de Paiva, “a denominação *Direito Educacional* vem sendo adotada desde 1977, por ocasião do 1º Seminário de Direito Educacional, organizado pelo Centro de Estudos em Administração Universitária da Universidade de Campinas, realizado em Campinas, sob a coordenação do Professor Paulo Gomes Romeo” (Direito educacional: do fato para o direito. in TRINDADE, André (Coord.). Direito educacional. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 72). A mesma autora define o Direito Educacional como “o conjunto de normas que disciplina e regula a atividade educacional. Em outras palavras, é o ramo do Direito que trata da educação e das relações que nela se estabelecem” (op. cit., p. 75).

²⁹⁵ Direito educacional: do fato para o direito. in TRINDADE, André (Coord.). Direito educacional. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 95.

²⁹⁶ *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1986, p. 533.

afirmar o direito da pessoa humana à educação é, pois, assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual²⁹⁷

Por essa razão é que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96 - LDB) estabelece, logo em seu artigo 1º, que:

Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais

Assim, embora o texto constitucional aborde o direito à educação em termos gerais, é na Lei 9.394/96 que se encontra, de forma mais precisa, o delineamento de seu conteúdo e alcance. E é desta lei que se extrai o que se deva entender por educação básica, tal como será tratada no presente trabalho.

Desse modo, conforme a dicitão do artigo 21 da mencionada lei, que disciplina sobre a composição dos níveis escolares:

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

²⁹⁷ *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 7ª ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1980, p. 34.

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior

Vê-se, portanto, que a educação básica abarca a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, tendo por finalidades, nos termos do artigo 22 da citada lei, desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Em se tratando da educação infantil, esta deve ser assegurada pelo Estado em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade, conforme preceitua o artigo 208, inciso IV da Constituição Federal.

Segundo prevê o artigo 29 da LDB a educação infantil constitui a primeira etapa da educação básica, tendo como finalidade o desenvolvimento integral da criança em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

O artigo 30 da mesma lei dispõe, ainda, que a educação infantil será oferecida em creches ou entidades equivalentes para crianças de até três anos de idade (inciso I) e em pré-escolas para as crianças de quatro a seis anos de idade (inciso II), dispositivo esse que deve se ajustar ao disposto no artigo 208, inciso IV da Constituição Federal que, com a alteração sofrida pela emenda constitucional n. 53/2006, limitou temporalmente a educação infantil até os cinco anos de idade.

Já o ensino fundamental é objeto de regulamentação pela LDB em seu artigo 32 que, com a redação dada pela Lei 11.274/06, assim determina:

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social

Pelo dispositivo legal acima transcrito, nota-se a recente mudança processada no ensino fundamental, cuja duração passou de oito para nove anos, antecipando-se o ingresso no mesmo a partir dos seis anos de idade.

Essa alteração decorre do cumprimento da meta n. 2 do ensino fundamental prevista no Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/2001 – PNE), a qual seria imprescindível tanto para evitar a distorção idade-série verificada no ensino fundamental, como para adequar o sistema educacional brasileiro aos sistemas vigentes nos demais países.²⁹⁸

²⁹⁸ A esse respeito, restou consignado na Lei 10.172/2001, no capítulo destinado ao ensino fundamental, o seguinte: “Temos, portanto, uma situação de inchaço nas matrículas do ensino fundamental, que decorre basicamente da distorção idade-série, a qual, por sua vez, é consequência dos elevados índices de reprovação. De acordo com o censo escolar de 1996, mais de 46% dos alunos do ensino fundamental têm idade superior à faixa etária correspondente a cada série. No Nordeste essa situação é mais dramática, chegando a 64% o índice de distorção. Esse problema dá a exata dimensão do grau de ineficiência do sistema educacional do País: os alunos levam em média 10,4 anos para completar as oito séries do ensino fundamental. Tomando como referência apenas as crianças de 14 anos, verificamos que, em 1998, dos 3,5 milhões de adolescentes nessa faixa etária, apenas cerca de 622 mil freqüentavam a 8ª série do ensino fundamental. Além de indicar atraso no percurso escolar dos alunos, o que tem sido um dos principais fatores de evasão, a situação de distorção idade-série provoca custos adicionais aos sistemas de ensino, mantendo as crianças por período excessivamente longo no ensino fundamental. A correção dessa distorção abre a perspectiva de, mantendo-se o atual número de vagas, ampliar o ensino obrigatório para nove séries, com início aos seis anos de idade. Esta medida é importante porque, em comparação com os demais países, o ingresso no ensino fundamental é relativamente tardio no Brasil, sendo de seis anos a idade padrão na grande maioria dos sistemas, inclusive nos demais países da América Latina. Corrigir essa situação constitui prioridade da política educacional”.

Dessa forma, constitui tanto obrigação dos pais ou responsáveis, como dos entes federativos (Municípios, Estados, Distrito Federal e, supletivamente, a União) matricular todos os educandos no ensino fundamental a partir dos seis anos de idade, tal como prevê, respectivamente, os artigos 6º e 87, § 3º, inciso I da LDB.

Por último, está o ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos e cujas finalidades são dispostas no artigo 35, incisos I a IV da LDB, quais sejam: a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos (inciso I); a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores (inciso II); o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico (inciso III) e a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina (inciso IV).

Vale ressaltar, nesse ponto, que no próprio ensino médio e desde que atendida a formação geral do educando, é possível prepará-lo para o exercício de profissões técnicas (educação profissional técnica de nível médio), nos termos dos artigos 36-A a 36-D da LDB, incluídos pela Lei 11.741/2008.

Também se faz necessário destacar a educação de jovens e adultos àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria, a qual será assegurada de forma gratuita e levando-se em consideração as características do alunado, tais como os seus interesses e suas condições de vida e de trabalho, em obediência ao artigo 208, inciso I da Constituição Federal e artigo 37 da LDB.

Essa seria, portanto, a configuração da educação básica no sistema educacional brasileiro. Destarte, a alteração processada pela emenda constitucional n. 59/2009 na redação do inciso I do artigo 208 da Constituição Federal foi de extrema relevância, uma vez que ao estabelecer como dever do Estado a garantia de educação básica (e não apenas do ensino fundamental), tida como obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, inclusive

àqueles que não tiveram acesso na idade própria, passou a abarcar também o ensino médio, enquanto etapa final da educação básica.

De se notar que, mesmo antes dessa alteração, a doutrina já apontava nesse sentido (de que o ensino médio é abrangido pela educação básica e deve ser prestado a todos pelo Estado), à luz do comando do art. 205, CF. Nesse sentido, o magistério de Wilson Donizete Liberati:

Se a educação, como um todo, é considerada direito fundamental, pressupõe-se que é dever do Estado garantir o acesso (a todos) ao ensino médio – considerado apenas uma etapa da educação básica -, como forma de iniciar um processo de distribuição de justiça social, através da universalização do atendimento, concretizando, deste modo, a finalidade do Estado²⁹⁹

De todo modo, é de uma leitura conjugada dos incisos I e IV do artigo 208 que se extrai o dever do Estado de garantir a todos a educação básica, a qual abrange a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, tal como disciplinados pela LDB.

2. A educação básica enquanto direito e dever e os agentes educacionais (família, Estado e sociedade)

A educação, incluída, por evidente, a educação básica aqui tratada, é prevista no artigo 205 da Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

Segundo Regina Garcia de Paiva:

²⁹⁹ *Conteúdo material do direito à educação escolar in Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 226.

o direito-dever da educação é de natureza imperativa. De um lado, o indivíduo pode exigir que o Estado o eduque; de outro, o Estado pode exigir que o indivíduo seja educado. A obrigatoriedade da educação fundamental constitui-se num meio de atingir o objetivo essencial, que é o desenvolvimento máximo do potencial do indivíduo, adaptando-o à sociedade a que pertence³⁰⁰

Daí concluir a mesma autora que: “a educação é irrenunciável, como o é a vida, porquanto deixando de educar-se, deixando de desenvolver suas potencialidades, o ser humano impede o desabrochar de sua personalidade, em toda plenitude”.³⁰¹

É interessante notar que o texto constitucional, ao prever no artigo 205 ser a educação direito de todos, avançou ainda mais, estatuidando no artigo 208, § 1º que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, vale dizer, suscetível de ser exigido do Estado, inclusive perante o Poder Judiciário, quando necessário.³⁰² Nesse ponto, portanto, é que surge a relação entre o direito do cidadão à educação básica e o correspondente dever do Estado em prestá-lo, em obediência às competências que lhe foram fixadas pela Constituição Federal, matéria que será abordada no item seguinte.

Assim, é inegável o papel conferido ao Estado, enquanto agente educacional, de assegurar a todos o acesso à educação básica, devendo obediência aos princípios dispostos no artigo 206 da Constituição Federal, com destaque para a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I), a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV) e a garantia de padrão de qualidade do ensino (inciso VII), configurando crime de responsabilidade da autoridade competente o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular (artigo 208, § 2º da Constituição Federal e artigo 5º, § 4º da LDB).

³⁰⁰ *Direito educacional: do fato para o direito*. in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional*. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 78.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 79.

³⁰² O direito público subjetivo à educação básica será objeto de estudo específico no Capítulo IV, item 2.1.

Certamente, a escola detém importante parcela de responsabilidade no que tange à formação do indivíduo. Como lecionava Piaget:

a escola fica com boa parte da responsabilidade no que diz respeito ao sucesso final ou ao fracasso do indivíduo, na realização de suas próprias possibilidades e em sua adaptação à vida social. Em uma palavra, a evolução interna do indivíduo apenas fornece um número mais ou menos considerável, segundo as aptidões de cada um, de esboços suscetíveis de serem desenvolvidos, anulados ou deixados em estado inacabado. Trata-se porém apenas de esboços, e unicamente as interações sociais e educativas haverão de transformá-los em condutas eficazes ou destruí-los para sempre. O direito à educação é portanto, nem mais nem menos, o direito que tem o indivíduo de se desenvolver normalmente, em função das possibilidades de que dispõe, e a obrigação, para a sociedade, de transformar essas possibilidades em realizações efetivas e úteis³⁰³

Dessa maneira, incumbe ao Estado o oferecimento e a oferta regular do ensino obrigatório, devendo inclusive zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência do educando à escola, em conformidade com o artigo 208, § 3º da Constituição Federal.

Dessa norma constitucional, observa-se uma co-participação de Estado e família para promover o direito à educação. De fato, o dever de educar não está circunscrito ao Estado, estendendo-se também à família, a qual ocupa, ao lado daquele, relevante função de agente educacional.

Como registra André Trindade:

a educação do ser humano desenvolve-se inicialmente no seio da família, que propicia os primeiros contatos com o meio social e determina, além das primeiras regras de convivência a serem seguidas, como deve ser o processo

³⁰³ *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 7ª ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1980, p. 35.

educacional do seu mais novo integrante. Desta feita, Estado e família são os principais ícones da moderna educação³⁰⁴

Na esteira desse entendimento, afirma Lauro Luiz Gomes Ribeiro:

a família é a primeira escola da criança, principalmente porque é o local onde ela passa a maior parte de seu tempo durante a infância, sujeitando-se ao que se denomina 'socialização primária' [...] É ela responsável pela formação do caráter da criança e do jovem, perpetuando valores éticos, morais e culturais (muitas vezes bons, mas também muitas vezes ruins, como o preconceito, p. ex.) que serão compartilhados dentro da escola com outros alunos, com experiência vivencial familiar distinta, e a soma dessas experiências é algo muito enriquecedor para o grupo, na concepção da educação na diversidade. Antes de ser social, o homem é um ente na família; filhos se espelham nas atitudes dos pais e pais desenvolvem cumplicidade com os filhos³⁰⁵

Com efeito, diversas são as normas previstas em nosso ordenamento jurídico que atribui aos pais ou responsáveis o dever de educar as crianças e adolescentes.

O artigo 229 da Constituição Federal e o artigo 22 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente – ECA), por exemplo, estabelecem incumbir aos pais a educação dos filhos menores, tendo estes inclusive o dever de matriculá-los na rede regular de ensino, conforme determina o artigo 55 do ECA, sob pena de perda ou suspensão do poder familiar (artigo 24 do ECA), sem prejuízo tanto da responsabilidade pecuniária disposta no artigo 249 do ECA (multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência), como da responsabilidade penal pela prática do crime de abandono intelectual previsto no artigo 246 do Código Penal.

A respeito desse delito, a doutrina penal considera que tal crime seria de natureza omissiva, consumando-se no momento em que o filho (sujeito passivo), em idade escolar

³⁰⁴ *Direito educacional e direitos fundamentais: uma relação real.* in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional.* 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 44.

³⁰⁵ *Direito educacional – educação básica e federalismo.* São Paulo : Quartier Latin, 2009, p. 232.

(considerada pelos doutrinadores aquela relativa ao ensino fundamental, qual seja, dos seis aos quatorze anos de idade³⁰⁶), deixa de ser matriculado pelos pais (sujeito ativo). Assim, a sua consumação ocorreria logo que passar a época da matrícula do menor em idade escolar, sem que os pais a tenham efetivado.³⁰⁷

Como o crime de abandono intelectual exige o dolo, enquanto elemento subjetivo do crime, é certo que este inexistirá caso reste comprovada a dificuldade de ordem econômica dos pais e de acesso à escola (ausência de transporte escolar, por exemplo) ou mesmo a falta de vagas na região em que reside a criança ou adolescente.³⁰⁸

Nesse ínterim, também é necessário frisar que o dever de educação escolar pelos pais ou responsáveis são se resume, evidentemente, à matrícula, cabendo-lhes, além disso, acompanhar o processo pedagógico empregado no estabelecimento de ensino e ainda participar da definição das propostas educacionais (artigo 53, parágrafo único do ECA).

Como forma de estimular essa participação dos pais ou responsáveis na vida escolar dos filhos, o ECA também prevê como uma das medidas aplicáveis àqueles a obrigação de matriculá-los, acompanhando sua frequência e o aproveitamento na escola (artigo 129, inciso V).

Questão interessante travada no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema diz respeito à possibilidade ou não de os próprios pais ou responsáveis instruírem os seus filhos em

³⁰⁶ Com a mudança promovida pela emenda constitucional n. 59/2009 na redação do artigo 208, inciso I da Constituição Federal, o qual passou a abarcar o ensino médio enquanto obrigatório e gratuito, cremos que a “idade escolar”, para fins penais, compreenderia o período de seis a dezessete anos (ensino fundamental e médio).

³⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 3ª ed. revv., atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 840.

³⁰⁸ Esse é o entendimento da jurisprudência manifestado nos seguintes julgados (ambos extraídos de Alberto Silva Franco e Rui Stoco (coord.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 2, 7ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo : RT, 2001, p. 3371): “Dificuldades de ordem econômica de família são, também, justa causa para isentar o acusado de abandono intelectual de qualquer responsabilidade nesse delito. Ao juiz compete aferir quanto o dolo da infração é excluído pela justa causa” (TACRIM-SP – AC – Rel. Flávio Queiroz de Moraes – RT 275/601) e “Abandono intelectual – Réu com graves dificuldades financeiras – Exclusão do elemento subjetivo do tipo ante a existência de justa causa. O crime de abandono intelectual exige o dolo, caracterizado pela vontade livre e consciente de não cumprir o dever de dar educação. É exigível também o elemento normativo do tipo, de tal forma que se houver justa causa, o dolo é excluído” (TACRIM-SP – AC – Rel. Nogueira Filho – BMJ 86/4 e RTJE 80/213; RJD 7/48).

seus lares, independentemente da frequência escolar regular (os filhos somente compareceriam à escola para prestar as respectivas provas, de modo a atestar a qualidade do ensino prestado pelos pais).

Embora esse assunto tenha sido objeto de acirrado debate entre os ministros da mencionada Corte, prevaleceu o entendimento de que o comparecimento regular à escola seria necessário, não apenas por incumbir ao Estado e ao estabelecimento de ensino controlar e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência escolar, que deve ser de no mínimo setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação (artigo 208, § 3º da Constituição Federal e artigos 5º, § 1º, inciso III e 24, inciso VI, ambos da LDB), como também devido à necessidade da convivência com os demais indivíduos, para o pleno desenvolvimento da pessoa e preparo para o exercício da cidadania (artigo 205 da Constituição Federal).³⁰⁹

Por sua vez, a sociedade, de um modo geral, também exerce a função de agente educacional por meio de diversas formas e instrumentos.

A produção e programação de emissoras de rádio e televisão, por exemplo, além dos meios de comunicação social eletrônica, podem servir como relevante canal de difusão de informações instrutivas e educativas aos cidadãos, em obediência, inclusive, aos artigos 221, inciso I e 222, § 3º, ambos da Constituição Federal.

Outros órgãos e instituições, como Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Defensoria Pública, Ministério Público, Poder Judiciário, associações, organizações não-governamentais, entidades da sociedade civil organizada, entre

³⁰⁹ Eis a ementa do acórdão em comento: “MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.533/51, ART. 1º, CF, ARTS. 205 E 208, § 3º; LEI 9.394/60, ART. 24, VI E LEI 8.096/90, ARTS. 5º, 53 E 129. 1. Direito líquido e certo é o expresso em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas. 2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno. 3. Segurança denegada à minguada existência de direito líquido e certo” (MS 7.407/DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Seção, julgado em 24/04/2002, DJ 21/03/2005 p. 203).

outros, também podem ser considerados como agentes educacionais, cada qual contribuindo por meio de sua função própria.³¹⁰

3. Competência dos entes federativos relativa à educação básica

Em relação à educação, há competências legislativas e materiais fixadas em nosso texto constitucional a cada ente federativo.

Assim, cabe à União legislar, privativamente, sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, inciso XXIV da Constituição Federal), o que foi materializado pela Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB).

Do mesmo modo, compete à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação (artigo 24, inciso IX da Constituição Federal), respeitados os comandos expressos nos §§ 1º a 4º do mencionado dispositivo.

No que dizem respeito aos Municípios, estes possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, inciso I da Constituição Federal), cuja autonomia nesse aspecto deve ser preservada, como adverte Lauro Luiz Gomes Ribeiro:

não se pode maltratar e arranhar a autonomia municipal, um princípio constitucional sensível, que se reflete na possibilidade do Município cuidar de tudo onde prevaleça o interesse local, respeitadas e não sublimadas as diretrizes

³¹⁰ A título de exemplo, vale destacar a função institucional da Defensoria Pública de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (artigo 4º, inciso III da Lei Complementar 80/94, com redação dada pela Lei Complementar 132/09). Na mesma linha estão as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo consistentes em informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais, além de promover o trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar (artigo 5º, incisos II e VI, alínea “j” da Lei Complementar Estadual n. 988/2006).

educacionais estadual e federal, o que significa dizer que a sua atuação no âmbito da educação básica deve ser completa, seu sistema de ensino deve ser altamente eficiente e contar com uma blindagem do princípio federativo que entremeia todo o texto constitucional, impedindo a invasão indevida dos entes central e estadual na sua esfera legislativa e de execução próprias, risco de se reconhecer a inconstitucionalidade de normas nacionais, federais ou estaduais que ultrapassem seus limites de incidência³¹¹

Em se tratando da competência material, constata-se ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proporcionar os meios de acesso à educação (artigo 23, inciso V da Constituição Federal).

O artigo 211, “caput” e § 4º da Carta Magna, por sua vez, determina à União, Estados, Distrito Federal e Municípios que organizem, em regime de colaboração, os seus respectivos sistemas de ensino, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

Ademais, incumbe à União, nos termos do artigo 211, § 1º do texto constitucional, organizar o sistema federal de ensino e dos Territórios (atualmente inexistentes) e financiar as instituições de ensino públicas federais. Ainda de acordo com essa norma constitucional, compete à União, em matéria educacional, a função redistributiva e supletiva, tendo por escopo assegurar a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino, mediante assistência técnica e financeira aos demais entes federativos.

Essas atribuições conferidas à União no plano constitucional são complementadas pelos artigos 8º, § 1º e 9º da LDB, destacando-se, quanto à educação básica, a coordenação da política nacional de educação (artigo 8º, § 1º); a elaboração do Plano Nacional de Educação³¹² (artigo 9º, inciso I); o estabelecimento de diretrizes para a educação básica, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, com o objetivo de assegurar a formação básica comum (artigo 9º, inciso IV) e a garantia de processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, tendo por objetivo a melhoria da qualidade do ensino (artigo 9º, inciso VI).

³¹¹ *Direito educacional – educação básica e federalismo*. São Paulo : Quartier Latin, 2009, p. 266.

³¹² O qual será tratado no item 5 do presente capítulo.

No que concerne aos Municípios, estes atuarão prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental (artigo 211, § 2º da Constituição Federal), enquanto que os Estados e o Distrito Federal dispensarão atuação prioritária no ensino fundamental e médio (artigo 211, § 3º da Constituição Federal).

Tal como ocorre em relação à União, as competências dos Estados, Distrito Federal e Municípios são detalhadas, respectivamente, nos artigos 10 e 11 da LDB.

Entre as principais competências dos Estados contempladas na aludida lei, estão previstas, além da organização, manutenção e desenvolvimento dos órgãos e instituições oficiais de seus sistemas de ensino (artigo 10, inciso I), as seguintes: definir com os Municípios forma de colaboração na oferta do ensino fundamental (artigo 10, inciso II); a elaboração e execução de políticas e planos educacionais em conformidade com as diretrizes e planos nacionais de educação (artigo 10, inciso III); a de assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem (artigo 10, inciso VI) e a de assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual (artigo 10, inciso VII).

Já do artigo 11 da LDB podemos destacar as seguintes incumbências dirigidas aos Municípios: organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais de seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados (inciso I); oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas e, com prioridade, o ensino fundamental, de forma que somente poderão atuar em outros níveis de ensino quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos estabelecidos no texto constitucional para a educação (inciso V) e assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal (inciso VI).

É interessante notar que o artigo 11, parágrafo único da LDB faculta aos Municípios a integração ao sistema estadual de ensino ou mesmo compor com ele um sistema único de educação básica.

Quanto ao Distrito Federal, define o artigo 10, parágrafo único da LDB que serão de sua incumbência as competências fixadas aos Estados e Municípios, sobre as quais tratamos acima.

4. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei 9.394/96) e Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90)

Como leciona André Trindade: “indiscutivelmente, a lei de maior importância para o sistema educacional pátrio – e por consequência para o Direito Educacional – é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação”.³¹³

De fato, a referida lei buscou sistematizar os pontos fulcrais da educação nacional (desde a educação infantil até a educação superior), disciplinando, entre outros temas, sobre: os sistemas de ensino dos entes federativos e suas competências nos respectivos âmbitos de atuação; os diferentes níveis e modalidades de educação e ensino; a educação para jovens e adultos que não tiveram acesso ao ensino fundamental e médio na idade própria; a educação especial destinada àqueles portadores de necessidades especiais; os profissionais da educação; os recursos públicos destinados à educação.

Registra Lauro Luiz Gomes Ribeiro³¹⁴ a existência de certo consenso, entre os educadores, em torno dos três pontos principais que foram trazidos pela LDB de forma inovadora, a saber: a) a flexibilidade, como a criação, pelo Poder Público, de formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior, de modo a cumprir a obrigatoriedade de ensino, conforme o artigo 4º, § 5º da LDB; b) a avaliação, cabendo à União avaliar o rendimento escolar nos moldes do artigo 9º, inciso VI da LDB e a c) autonomia, especialmente ligada às universidades, conforme o artigo 43 e seguintes da LDB.

³¹³ *Direito educacional e direitos fundamentais: uma relação real.* in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional.* 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 48.

³¹⁴ *Direito educacional – educação básica e federalismo.* São Paulo : Quartier Latin, 2009, p. 212.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, destacou ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à educação da criança e do adolescente (artigo 4º), tal como consta no artigo 227 do texto constitucional.

Além disso, o estatuto disciplinou, em capítulo específico, o direito à educação (artigos 53 a 59), no qual não só foram basicamente reforçadas algumas normas constitucionais sobre a matéria (veja-se que o artigo 54 basicamente repete o artigo 208 da Constituição Federal), como também acrescidas outras regras, entre elas as garantias às crianças e adolescentes previstas nos incisos do artigo 53, quais sejam: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I); direito de ser respeitado por seus educadores (inciso II); direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores (inciso III); direito de organização e participação em entidades estudantis (inciso IV); acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência (inciso V).

Conforme já estudamos³¹⁵, o ECA também prevê a obrigação de matrícula, pelos pais ou responsáveis, de seus filhos ou pupilos (artigo 55), os quais terão ciência do processo pedagógico, podendo participar da definição das propostas educacionais (artigo 53, parágrafo único).

Na seqüência, consta no artigo 56 do ECA o dever dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino fundamental quanto à comunicação, ao Conselho Tutelar local, acerca dos casos de maus-tratos envolvendo seus alunos, reiteração da faltas injustificadas, evasão escolar e elevados níveis de repetência, a fim de que este órgão tome as providências cabíveis para solucionar tais problemas, inclusive no seio da família onde se encontra a criança ou adolescente.

Finalmente, o artigo 57 do estatuto prevê mecanismos a serem implantados pelo Poder Público, tendo por objetivo a inserção de crianças e adolescentes excluídos do ensino

³¹⁵ Item 2 do presente capítulo.

fundamental obrigatório, enquanto que os artigos 58 e 59 disciplinam sobre questões ligadas à cultura, lazer e esporte.

Assim, observa-se que a conjugação da LDB com o ECA encerra as principais regras sobre o direito à educação básica no plano infraconstitucional.

5. Financiamento e Plano Nacional de Educação – PNE (Lei 10.172/01)

O financiamento da educação é objeto de rígido tratamento pela Constituição brasileira, como ocorre na área da saúde, dada a importância conferida ao direito fundamental à educação para a formação do ser humano e o desenvolvimento do País.

Assim, como exceção à vinculação de receita de imposto (artigo 167, IV da Constituição Federal), prevê o artigo 212 da Carta Magna que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, Distrito Federal e Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A não aplicação desses percentuais pelos entes competentes configura hipótese de intervenção federal ou estadual, na forma dos artigos 34, inciso VII, alínea “e” e 35, inciso III, ambos da Constituição Federal.

Já os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no artigo 208, inciso VII da Constituição Federal serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, em obediência ao artigo 212, § 4º da Constituição.

Ademais, a educação básica contará com a fonte adicional de financiamento proveniente da contribuição do salário-educação recolhida pelas empresas (artigo 212, § 4º da Constituição e Lei 9.424/96), de modo que as cotas estaduais e municipais de sua arrecadação

serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino (artigo 212, § 6º da Constituição).

A esse arcabouço arquitetado pelo constituinte sobre o financiamento da educação acrescentam-se os Fundos de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituídos no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal e de natureza contábil, nos termos do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e da Lei 11.494/07.

De se notar que, conforme o artigo 2º da aludida lei, os Fundos destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração.

Com efeito, não há como ter uma educação de qualidade sem que os trabalhadores em educação, sobretudo os professores, sejam devidamente valorizados.

Piaget, inclusive, já apontava para a necessidade de preparação dos professores, que constituiria “a questão primordial de todas as reformas pedagógicas em perspectiva, pois, enquanto não for a mesma resolvida de forma satisfatória, será totalmente inútil organizar belos programas ou construir belas teorias a respeito do que deveria ser realizado”.³¹⁶

Para atingir esse objetivo, o autor identificou dois obstáculos principais, que teriam uma única solução. Seja o problema social da valorização ou revalorização do corpo docente primário e secundário, seja a questão relativa à necessária formação intelectual e moral do corpo docente, ambos os assuntos seriam resolvidos por uma única e idêntica solução: uma formação universitária completa para os mestres de todos os níveis, a qual contribuiria, segundo o autor, inclusive para a formação psicológica daqueles.³¹⁷

³¹⁶ *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 7ª ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1980, p. 25.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 25-26. Não obstante essa advertência de Piaget feita anos atrás, constata-se, no Brasil, o aumento do número de professores da educação básica sem formação universitária. Atualmente, há 636

Ainda sobre os Fundos, é imperioso observar que, nos termos do artigo 4º da Lei 11.494/07, a União complementarará os seus recursos sempre que, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, o valor médio ponderado por aluno, calculado na forma do Anexo desta mesma lei, não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Nesse diapasão, há de se observar que de nada adianta o maciço financiamento na área da educação sem que haja um mínimo de planejamento por parte do Poder Público para aplicar tais recursos de forma adequada e em atendimento às prioridades traçadas no texto constitucional.

Por essa razão, estabelece o artigo 212, § 3º da Constituição Federal que:

a distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação

Daí o relevante papel atribuído ao Plano Nacional de Educação, de duração decenal, que, nos termos do artigo 214 da Constituição, tem por objetivo primordial a fixação de metas e estratégias para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades, por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas, que conduzam à erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; promoção humanística, científica e tecnológica do País e estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

O Plano Nacional atualmente vigente encontra-se previsto na Lei 10.172/01, de modo que estão em andamento diversas discussões a respeito da formulação do novo Plano Nacional, a vigorar pelos dez anos subseqüentes.

mil professores na educação infantil, ensino fundamental e ensino médio sem curso superior, o que representa 32% do total (*O Estado de São Paulo*. São Paulo, 13 de julho de 2010, Caderno Vida, p. A-16).

Embora incumba aos demais entes federativos, além de atenderem às diretrizes fixadas no Plano Nacional de Educação, elaborar os seus respectivos Planos de Educação locais, que leve em considerações as peculiaridades regionais em termos de infra-estrutura, demanda escolar, etc., quase a metade dos municípios brasileiros ainda não tem os seus planos próprios, o que demonstra o descaso das autoridades com a educação em nosso País.³¹⁸

6. Diplomas internacionais

Por derradeiro, é conveniente salientar que o direito fundamental à educação não constitui preocupação exclusiva de nossa Constituição, sendo, em verdade, uma questão mundialmente debatida entre todos os países, dada a sua importância para a formação dos seres humanos em todo o planeta, bem como para a paz mundial e o desenvolvimento da sociedade.

Por esse razão, há vários documentos internacionais que consagram o direito à educação.

Destacamos, inicialmente, o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da O.N.U. de 1948, que estabelece:

Artigo 26.

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

³¹⁸ Dos 5.565 municípios, 43,6% não possuem plano municipal de educação (*O Estado de São Paulo*. São Paulo, 19 de junho de 2010, Caderno Vida, p. A-24).

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Sobre o “pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais” previsto no item 2 do artigo 26 acima transcrito, registrou Piaget que:

consiste em formar indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos³¹⁹

Quanto ao item 3 do mesmo artigo, cabe destacar, do mesmo modo, a observação feita pelo autor, no sentido de que:

ao aproximar a escola da vida ou das preocupações profissionais dos pais, e ao proporcionar reciprocamente, aos pais um interesse pelas coisas da escola, chega-se até mesmo a uma divisão de responsabilidades: em alguns países, conselhos de pais e de mestres reunidos constituem os verdadeiros inspiradores da pedagogia nova e realizam dessa forma a síntese desejada entre a família e a escola³²⁰

Outro importante documento internacional que merece citação é o artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1.966, segundo o qual:

Art. 13.

³¹⁹ *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 7ª ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1980, p. 53.

³²⁰ *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 7ª ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1980, p. 50.

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

2. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

3. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitadas os princípios enunciados no § 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo estado.

A respeito dessa norma, aponta Carlos Weis que se trata de um direito “híbrido”, compreendido pela fusão dos direitos negativos e positivos, posto que demanda tanto uma ação, quanto uma omissão estatal para se verem plenamente realizados (na visão do autor, o art. 13-1 e 13-2, “a” seriam considerados direitos positivos, enquanto que o art. 13-3, que diz que Estado não deve interferir nos pais quanto à educação de filhos, seria típico direito negativo.³²¹

De se notar que esses diplomas internacionais são de extrema relevância para o nosso País, principalmente à luz do artigo 5º, §§ 2º e 3º de nossa Constituição.

³²¹ *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 58.

CAPÍTULO IV – A efetividade do direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial na Constituição Federal

1. A educação básica enquanto mínimo existencial e suas conseqüências

Ao tratarmos do mínimo existencial, deixamos clara a nossa posição no sentido de que o seu objeto seria constituído por um conjunto de bens e direitos não prévia e taxativamente fixados, tidos por indispensáveis para a existência digna (em seu aspecto nuclear) do indivíduo e não apenas à sua sobrevivência, enquanto mínimo vital.³²²

E o direito à educação básica, abrangendo a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio (artigo 21, inciso I da LDB), representa, a nosso ver, um desses direitos encartados no objeto do mínimo existencial, pelos seguintes motivos:

- a) destina-se, primordialmente, a cumprir os três objetivos principais elencados pelo artigo 205 da Constituição Federal, quais sejam: o pleno desenvolvimento da pessoa; o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho;³²³
- b) busca conferir a cada pessoa o desenvolvimento de suas capacidades e aptidões físicas, morais e intelectuais, as quais estão intimamente ligadas ao aspecto nuclear do

³²² Capítulo I, item 6.4.

³²³ A esse respeito, digna de nota é a observação feita por Ricardo Castilho: “de fato, o art. 205 de nosso texto constitucional é salutar ao asseverar que a educação visa ‘ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’. A ordem segundo a qual foram expostas as finalidades da educação é, entendemos, ‘lexicográfica’, na medida em que a preparação para o mercado de trabalho jamais poderia ser colocada à frente da preparação para o exercício da cidadania e, muito menos, da garantia das condições para o ‘pleno desenvolvimento do indivíduo’, em todas as suas facetas” (*Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 119).

princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal;³²⁴

- c) permite a integração do indivíduo na sociedade em que vive, possibilitando-lhe participar, ativa e conscientemente, dos rumos por ela tomados, de modo a exercer, de modo pleno, a cidadania, tida como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso II da Constituição Federal);³²⁵
- d) cumpre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consistentes na erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, assim como na promoção do bem de todos (art. 3º, incisos III e IV, respectivamente, de nossa Carta Magna)³²⁶;
- e) goza de reconhecimento, pelo artigo 208, inciso I da Constituição Federal (com redação dada pela emenda constitucional n. 59/2009), de sua obrigatoriedade e gratuidade dos quatro aos dezessete anos, consistindo, inclusive, em dever do Estado (artigo 208, “caput” da Constituição Federal), ao qual também incumbe fornecer a educação infantil às crianças com até cinco anos de idade (artigo 208, inciso IV da Constituição Federal, com redação dada pela emenda constitucional 53/2006);

³²⁴ Conforme sustentamos no presente trabalho, o mínimo existencial diz respeito, justamente, ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

³²⁵ Nesse ponto, vale lembrar que o analfabeto é considerado inelegível, nos termos do artigo 14, § 4º da Constituição Federal, sendo a primeira das diretrizes fixadas no texto constitucional para o Plano Nacional de Educação a erradicação do analfabetismo (artigo 214, inciso I da Constituição Federal). Como bem observa, ainda, André Trindade, o direito à educação detém estreita relação com os fundamentos nos quais se assenta a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, entre eles a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II e III, respectivamente, da Constituição Federal) os quais “somente podem ser alcançados se a massa social estiver em um patamar de desenvolvimento que permita realizar escolhas com consciência e liberdade”, permitindo, em última análise, “o desenvolvimento de pessoas dotadas de consciência e capacidade de participação em uma sociedade politicamente organizada mais igualitária e capaz de atender as necessidades sociais com maior equidade” (*Direito educacional e direitos fundamentais: uma relação real*. in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional*. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 47 e 50).

³²⁶ Objetivos estes que consideramos como um dos fundamentos do mínimo existencial (capítulo I, item 4).

- f) constitui direito público subjetivo (artigo 208, § 1º da Constituição Federal e artigo 5º, “caput” da LDB), podendo ser invocado pelo interessado, inclusive judicialmente, caso não seja cumprido de forma espontânea pelo Estado;
- g) o seu não-oferecimento pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, configura crime de responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, § 2º da Constituição Federal e artigo 5º, § 4º da LDB);
- h) promove o desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico de nosso País (artigo 214, inciso V da Constituição Federal), razão pela qual se buscou estabelecer, pela emenda constitucional n. 59/2009, metas de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto (artigo 214, inciso VI da Constituição Federal);

Portanto, as razões acima expostas, associadas às rígidas regras atinentes ao financiamento da educação³²⁷, deixam clara a relevante dimensão conferida por nosso ordenamento jurídico ao direito à educação básica, motivo pelo qual é considerado como inserido no objeto do mínimo existencial.

Aliás, é interessante notar que aqueles doutrinadores que se lançam a delimitar, de forma precisa, o objeto do mínimo existencial, são unânimes em nele abarcar o direito à educação, como se observa dos posicionamentos de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso abordados no presente estudo.³²⁸

De se ressaltar que essa posição da doutrina também tem sido reconhecida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.³²⁹

³²⁷ Conforme analisamos no capítulo III, item 5.

³²⁸ Capítulo I, itens 3.4.1, 3.4.2 e 3.4.7, respectivamente.

³²⁹ A propósito, cabe conferir o trecho abaixo transcrito, extraído de acórdão do Superior Tribunal de Justiça: [...] O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas

sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias [...] (REsp 1185474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010). Na mesma linha, o entendimento do Supremo Tribunal Federal expresso pela decisão monocrática a seguir (grifos nossos): AGRADO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE VAGA EM ESCOLA MUNICIPAL DE ENSINO FUNDAMENTAL. ARTS. 208, INC.IV E 211, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRADO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório. 1. Agravo de Instrumento interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não admitiu o Recurso Extraordinário (fls. 89-94). 2. A decisão agravada fundamenta-se na circunstância de não ter havido o prequestionamento na matéria cuidada. Ali se afirma que "... os dispositivos constitucionais enfocados pela Recorrente não foram apreciados pelo acórdão recorrido, de modo explícito, como vem sendo exigido [pelo Supremo Tribunal Federal], faltando, assim, uma condição para o processamento do recurso, que é o prequestionamento viabilizador da instância excepcional" (fl. 102). Neste agravo, o Agravante sustenta, basicamente, que "... o fundamento adotado pela Municipalidade para oferecer o recurso extraordinário foi efetivamente tema de debate e objeto de decisão pelo E. Tribunal 'a quo', não se vislumbrando a falta de prequestionamento como interpretado na decisão recorrida" (fl. 9, grifos no original). Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 3. Não obstante a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário tenha se fundado na ausência de prequestionamento, da leitura da sentença do Juiz da Vara da Infância e da Juventude, bem como da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível n. 106.875.0/5-00, percebe-se que houve, sim, o debate quanto ao direito constitucional do menor obter vaga em creche municipal. 4. O inc. IV, do art. 208, da Constituição da República dispõe: "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade." 4. Exsurge, nítido, o direito constitucionalmente assegurado ao menor (art. 208, inc. IV) e que foi garantido pela decisão recorrida, assentada na jurisprudência predominante neste Supremo Tribunal. Neste sentido firmou-se o entendimento segundo o qual "...consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa" (RE 431.773, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 22.10.2004). 5. O art. 211, § 2º, da Constituição da República estabelece que os Municípios "... atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil...", não podendo o Agravante - Município de São Paulo - dele se omitir, porque assegurada a educação como dever do Estado, a ser efetivado mediante a garantia de "... ensino fundamental obrigatório e gratuito ..." (art. 208, inc. I, da Constituição da República). Nesse sentido: RE 254.414/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 30.9.2005; AI 545.094/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 27.9.2005; RE 403.609/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 11.2.2005; RE 401.880/SP, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 28.9.2004; AI 478.367/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 10.8.2004. **De se enfatizar que a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.** O acórdão recorrido, e agora objeto de cuidado

Não é por outra razão que André Trindade destaca:

a educação, assim como muitos outros fatos do mundo da vida, é uma construção do homem, com o homem e para o homem. Do homem, porque é característico do ser humano – no seu eterno desenvolvimento/mutação – buscar novos saberes; com o homem, porque esse se encontra atrelado ao meio social no qual o conhecimento é produzido; e para o homem em todas as construções cognitivas que tem objetivos direcionados, direta ou indiretamente para o acolhimento de uma necessidade humana³³⁰

Destarte, uma vez reconhecido o direito à educação básica enquanto elemento integrante do objeto do mínimo existencial, o que dizer da educação superior?

Sobre esse aspecto, observa-se que, na Alemanha, com base na liberdade de profissão, foi reconhecido o direito à educação superior gratuita, como aponta Ingo Wolfgang Sarlet:

na sua afamada e multicitada decisão *numerus clausus*, o Tribunal Federal Constitucional, com base na constatação de que a liberdade fundamental de escolha da profissão não teria valor algum caso não existissem as condições fáticas para a sua fruição, entendeu que este direito fundamental objetiva também o livre acesso às instituições de ensino. De fato, acabou o Tribunal da Alemanha reconhecendo que, a partir da criação de instituições de ensino pelo Estado, de modo especial em setores onde o poder público exerce um monopólio e onde a participação em prestações estatais constitui pressuposto para a efetiva fruição de direitos fundamentais, a garantia da liberdade de escolha de profissão

indireto pelo agravo interposto, não dissentiu da pacífica jurisprudência deste Supremo Tribunal na matéria tratada, donde a correta aplicação da legislação processual pelo E. Tribunal a quo ao lhe negar seguimento. 6. Pelo exposto, nego seguimento a este Agravo de Instrumento (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) (AI 564.035/SP - Rel. Min. Carmen Lucia – julgamento: 30/04/2007 – DJ 15/05/2007 pp. 00041).

³³⁰ *Direito educacional e direitos fundamentais: uma relação real.* in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional*. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 44.

(art. 12, inc. I, da LF), combinada com o princípio geral da igualdade (art. 3º, inc. I) e com o postulado do Estado Social (art. 20), garante um direito de acesso ao ensino superior de sua escolha a todos os que preencherem os requisitos subjetivos para tanto³³¹

Veja-se que a liberdade de profissão também é assegurada por nossa Constituição em seu artigo 5º, inciso XIII, cabendo à educação superior formar diplomados aptos para a inserção no mercado de trabalho (artigo 43, inciso II da LDB).

Com base nos mencionados dispositivos, seria possível, em tese, sustentar que o ensino superior gratuito estaria inserido no objeto do mínimo existencial, especialmente por ser inegável que a própria educação básica depende de uma educação superior de qualidade, haja vista que esta será responsável pela formação dos professores atuantes naquela.³³²

Contudo, assim como pontuamos ao tratar da cláusula da reserva do possível³³³, também aqui se torna imprescindível reconhecer a distinção sócio-econômica entre aquele país e o Brasil. Como se vê do diagnóstico feito pelo Plano Nacional de Educação em vigor (item 4.1 da Lei 10.172/01):

no conjunto da América Latina, o Brasil apresenta um dos índices mais baixos de acesso à educação superior, mesmo quando se leva em consideração o setor privado. Assim, a porcentagem de matriculados na educação superior brasileiro em relação à população de 18 a 24 anos é de menos de 12%, comparando-se desfavoravelmente com os índices de outros países do continente. A Argentina, embora conte com 40% da faixa etária, configura um caso à parte, uma vez que

³³¹ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 362.

³³² Nota-se que essa constatação foi objeto de registro nas diretrizes do Plano Nacional de Educação para a educação superior (item 4.2 da Lei 10.172/01) nos seguintes termos: *A oferta de educação básica de qualidade para todos está grandemente nas mãos dessas instituições [instituições de ensino superior], na medida em que a elas compete primordialmente a formação dos profissionais do magistério; a formação dos quadros profissionais, científicos e culturais de nível superior, a produção de pesquisa e inovação, a busca de solução para os problemas atuais são funções que destacam a universidade no objetivo de projetar a sociedade brasileira num futuro melhor.*

³³³ Capítulo II, item 5.

adotou o ingresso irrestrito, o que se reflete em altos índices de repetência e evasão nos primeiros anos. Mas o Brasil continua em situação desfavorável frente ao Chile (20,6%), à Venezuela (26%) e à Bolívia (20,6%)

Observa-se que o acesso ao ensino superior no Brasil, embora tenha crescido ultimamente, ainda se mostra bastante precário, a ponto de constar como uma das metas a ser atingida pelo Plano Nacional de Educação a oferta de educação superior para, pelo menos, trinta por cento da faixa etária de dezoito e vinte e quatro anos (item 4.3 da Lei 10.172/01).

Diante desse quadro, associado à prioridade conferida por nossa Constituição ao direito à educação básica (o que se extrai do artigo 208, incisos I, IV e VII; artigo 210, “caput”; artigo 211, §§ 2º e 3º e artigo 212, §§ 5º e 6º, todos da Constituição Federal e artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), estamos certos de que tão-somente a educação básica (excluída, portanto, a educação superior) integra mínimo existencial.

Apesar disso, nada impede que, futuramente, depois de atingido um grau de qualidade satisfatório de educação básica a todos, o ensino superior venha a ser incorporado ao mínimo existencial, sobretudo em se considerando a sua concepção absoluto-dinâmica.³³⁴

Assim, a consideração do direito à educação básica como mínimo existencial traz importantes conseqüências, as quais já foram estudadas ao longo do presente trabalho e serão retomadas nesse ponto.

A primeira delas diz respeito à eficácia plena e aplicação imediata do artigo 208, incisos I e IV da Constituição Federal, que asseguram ao indivíduo o direito à educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), impondo ao Estado o dever de prestá-lo a todos que o demandarem.

Não se trata, assim, de mera norma programática desprovida de qualquer efeito, mas de dispositivo dotado de suficiente densidade normativa, devendo ser cumprido, inclusive por via

³³⁴ Capítulo I, item 6.2.

jurisdicional, na hipótese de ser constatado o seu descumprimento, por ação ou omissão, pelo Poder Público.

Dessa forma, incumbe ao Poder Judiciário, quando invocado, assegurar à parte interessada o acesso à educação básica, não encontrando guarida os argumentos normalmente levantados pelo Poder Público quanto: a) à violação do princípio da tripartição dos Poderes; b) ao descumprimento do princípio majoritário do regime democrático; c) à existência de discricionariedade administrativa nessa seara e d) à aplicação da cláusula da reserva do possível.

Essas alegações, como vimos³³⁵, são inaplicáveis ao mínimo existencial, enquanto núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se encontra o direito à educação básica.

No que tange ao direito à educação infantil previsto no artigo 208, inciso IV da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade de o Poder Judiciário assegurá-lo, sem que haja invasão às funções destinadas aos demais Poderes ou mesmo violação ao princípio majoritário, destacando que, nesse caso, não há de se falar em qualquer discricionariedade da Administração Pública.³³⁶

³³⁵ Capítulo II, item 3.2 e 5.3.

³³⁶ É o que consta no acórdão a seguir (grifos nossos): RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, **não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.** - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §

Cabe enfatizar que esse mesmo entendimento se estende, por evidente, à educação básica como um todo (a qual, além da educação infantil, também abrange o ensino fundamental e ensino médio), dada a sua inserção no objeto do mínimo existencial, além de ter sido reconhecida a sua obrigatoriedade e gratuidade (artigo 208, inciso I da Constituição Federal) e constituir direito público subjetivo (artigo 208, § 1º da Constituição Federal).

Com efeito, não cabe qualquer juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador público em relação ao cumprimento do direito à educação básica. Pelo contrário; a Constituição brasileira é clara em defini-la como dever do Estado (artigo 208, “caput”), inclusive prevendo a responsabilidade da autoridade competente que não a oferecer ou oferecê-la de modo irregular (artigo 208, § 2º da Constituição Federal).

O não-oferecimento se dá a partir do instante em que o interessado formaliza o seu pedido de acesso à educação básica junto à repartição pública competente e esse não é imediatamente atendido pelo Poder Público.

Em relação à oferta irregular, vale citar o magistério de José Afonso da Silva:

isso põe a questão de saber quando tal oferta se considera ‘regular’. A ‘regularidade’, no caso, não deve referir-se apenas à oferta anual de vaga e à seriação do ensino; deve, igualmente, ser levada em conta a localização da

2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e **que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.** - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela 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 - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina (RE 410.715 AgR/SP – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T. - j. 22/11/2005).

escola em relação ao local da residência do estudante. Na falta de vaga e cursos regulares na rede pública da localidade da residência do educando, é cabível atendê-lo mediante bolsa de estudos em escola privada (art. 213, §1º)³³⁷

Nesse diapasão, torna-se necessário investigar quais seriam as sanções dirigidas à autoridade competente nas hipóteses de não-oferecimento ou oferecimento irregular da educação básica à parte interessada.

Embora a sanção não seja prevista no artigo 208, § 2º da Constituição Federal, a Lei 9.394/96 (LDB) esclarece, em seu artigo 5º, § 4º que a autoridade competente poderá incorrer em crime de responsabilidade.

Por certo, essa não seria a única sanção aplicável. De acordo com Ricardo Chaves de Rezende Martins, essa conduta da autoridade competente:

pode ainda implicar: a) rejeição das contas por parecer prévio do Tribunal de Contas, com o conseqüente encaminhamento da questão ao respectivo Poder Legislativo e, se confirmada a rejeição, à autoridade competente e ao Ministério Público; b) impossibilidade de celebração de convênios com órgãos da Administração Pública, que exigem certidão negativa do Tribunal de Contas; c) impossibilidade de realização de operações de crédito junto a instituições financeiras; e d) perda da assistência financeira da União, no caso de Estado, e da União e do Estado, no caso de Município³³⁸

No que diz respeito ao Chefe do Poder Executivo responsável, o mesmo autor ainda indica as seguintes situações de penalidade:

³³⁷ *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 795.

³³⁸ *Financiamento da Educação Básica Pública no Brasil: algumas notas in Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 203. Veja-se que a última hipótese aventada pelo autor decorre diretamente do comando inserto no artigo 75, § 4º da LDB.

a) sujeição a processo por crime de responsabilidade, se caracterizados os tipos penais previstos no art. 1º, III e XIV, do Decreto-Lei 201/1967 (respectivamente: aplicar indevidamente verbas públicas e negar execução a lei federal). Nesses casos a pena prevista é de detenção de três meses a três anos. A condenação definitiva por estes crimes de responsabilidade acarreta a perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de cinco anos (art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei 201/1967); b) sujeição a processo por crime de responsabilidade, se caracterizada a negligência no oferecimento do ensino obrigatório (art. 208, § 2º, da CF e art. 5º, § 4º, da LDB); c) sujeição a processo penal, se caracterizado que a aplicação de verba pública foi diversa da prevista em lei (art. 315 do CP). A pena é de um a três meses de detenção ou multa; e d) inelegibilidade, por cinco anos, se suas contas forem rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário (art. 1º, “g”, da Lei Complementar 64/1990)³³⁹

É imperioso, ainda, mencionar a sanção prevista no artigo 69, § 6º da LDB, segundo o qual o atraso da liberação dos recursos mínimos a serem aplicados pelos entes federativos na manutenção e desenvolvimento do ensino público sujeita os recursos à correção monetária e implica a responsabilidade civil e criminal das autoridades competentes.

Em se tratando da cláusula da reserva do possível, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência³⁴⁰ já consolidaram a posição acerca de sua inaplicabilidade ao direito à educação.

³³⁹ *Financiamento da Educação Básica Pública no Brasil: algumas notas in Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 203 e 204.

³⁴⁰ Esse é a linha seguida pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê da leitura da decisão monocrática transcrita na seqüência: “DECISÃO. CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - IMPOSIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - devem aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. 2. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a aferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município - artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente - artigo 54, inciso IV. 3. Publique-se” (RE 431.773/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – julgamento: 15/09/2004 – DJ 22/10/2004).

Conforme assevera Regina Garcia de Paiva:

todos têm direito à educação porque se trata de uma prerrogativa do ser humano, decorrente de sua natureza como pessoa e como cidadão. A esse direito subjetivo do cidadão corresponde um dever do Estado. Objetar-se-ia que, sem recursos, o Estado não pode ser compelido ao cumprimento do mandamento constitucional. Ocorre que é a tarefa do Estado alocar os recursos necessários e destiná-los à consecução de seus fins e, por mais reduzido que seja o orçamento, deverá haver, sempre, recursos para a educação fundamental, obrigatória e gratuita, por determinação constitucional³⁴¹

Também esta é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Não resta a menor dúvida de que existe, sim, um direito fundamental originário (e subjetivo) à prestação estatal do ensino fundamental gratuito em estabelecimentos oficiais. Alegar-se, nesse contexto, eventual indeterminação ou incompletude das normas constitucionais beira às raias do absurdo.

Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre a destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito)

Não se pode olvidar, ainda, que a educação básica, embora também seja assegurada àqueles que não tiveram acesso na idade própria (educação para jovens e adultos), é especialmente dirigida às crianças e adolescentes, cujo direito à educação deve ser atendido com prioridade absoluta, nos termos estampados no artigo 227 da Constituição Federal, complementado pelo artigo 4º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Essa prioridade absoluta, a qual foi estendida aos jovens pela emenda constitucional n. 65/2010³⁴², constitui fator adicional a justificar a eficácia plena e aplicação imediata do direito

³⁴¹ *Direito educacional: do fato para o direito*. in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional*. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 79.

³⁴² Observa-se que essa emenda constitucional também estendeu ao trabalhador jovem a garantia de acesso à escola (artigo 227, § 3º, inciso III da Constituição Federal), além de anunciar a edição de uma lei que

à educação básica, o qual, enquanto inserido no objeto do mínimo existencial, não admite qualquer relativização ou sopesamento em face de outras normas jurídicas, dada a sua natureza jurídica de regra³⁴³ e a sua concepção absoluto-dinâmica³⁴⁴.

Por fim, mostra-se imprescindível anotar, como já fizemos alhures, que a consideração, pelo constituinte, do direito à educação básica como direito público subjetivo (artigo 208, § 1º da Constituição Federal) implica o reconhecimento de que cabe ao interessado exigir que o Estado o cumpra, sob pena de ser coagido ao fazê-lo pelo Poder Judiciário, sempre que acionado.

Como se vê, trata-se de norma constitucional de suma relevância, sobretudo para assegurar a efetividade do direito à educação básica, motivo pelo qual sobre ela discorreremos, com mais vagar, no próximo item.

2. A efetividade do direito à educação básica na Constituição Federal

Depois de fincarmos nossa posição no sentido de que o direito à educação básica constitui elemento integrante do objeto do mínimo existencial, trazendo, por esse motivo, uma série de conseqüências importantes, todas elas estudadas no item anterior, compete-nos verificar, nesse passo, a efetividade desse direito.

Com esse objetivo, abordaremos, a seguir, o significado e alcance do artigo 208, § 1º da Constituição brasileira, o qual erige o direito à educação básica ao “status” de direito público subjetivo para, nos itens subseqüentes, tratar dos obstáculos que normalmente se apresentam à sua efetividade na ordem prática, bem como as soluções delineadas por nosso ordenamento jurídico para enfrentá-los.

venha a estabelecer o estatuto da juventude (destinado a regular os direitos dos jovens), assim como o plano nacional da juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas (artigo 227, § 8º, incisos I e II da Constituição Federal).

³⁴³ Capítulo I, item 5.

³⁴⁴ Capítulo I, item 6.2.

2.1. O direito público subjetivo à educação básica

Da leitura conjugada do artigo 208, incisos I e IV e § 1º da Constituição Federal e artigo 5º da LDB, constatamos que o direito à educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) constitui direito público subjetivo.

O conceito do que se deva entender por direito público subjetivo é bem desenvolvido por Antonio Carlos Mendes, o qual, utilizando-se das formulações de Jellinek, conclui:

portanto, o direito público subjetivo pode ser entendido como situações subjetivas por meio das quais a ordem jurídica reconhece aos cidadãos o poder volitivo de tutela dos interesses individuais ou coletivos, limitando os “*ius imperium*” (“*status negativus*”), participando na formação da vontade política do Estado (“*status activus*”) e obtendo prestações ou exigindo abstenções do poder público (“*status positivus*”)³⁴⁵

Inteiramente válidas para o presente trabalho também são as considerações tecidas por Luís Roberto Barroso sobre o significado de direito público subjetivo, quando afirma:

A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade e exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de um conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público*.

Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições jurídicas, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a

³⁴⁵ *Introdução à teoria das ineligibilidades*. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 71.

possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado [...] tem-se que as normas constitucionais definidoras de direitos enquadram-se no esquema conceitual retratado acima, a saber: *dever jurídico, violabilidade e pretensão*. Delas resultam, portanto, para os seus beneficiários – os titulares do direito – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico) e, se não foram entregues espontaneamente (violação do direito), conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial³⁴⁶

Do ensinamento dos autores acima citados sobressai o dever do Estado em assegurar a todos o direito à educação básica, os quais podem se utilizar, caso necessário, de ações judiciais para coagir aquele a cumpri-lo.

Evidentemente, nenhuma relevância de ordem prática teria o artigo 208, “caput” e incisos I e IV da Constituição Federal, ao atribuir ao Estado o dever de assegurar a educação básica a todos, caso aqueles que não obtivessem meios, à sua disposição, para exigir o cumprimento efetivo desse dever estatal imposto pelo texto constitucional.

Como leciona a doutrina, “não pode haver declaração de dever do Estado sem a correspondente transformação daquela obrigação em direito do cidadão, cujo cumprimento pode ser judicialmente exigível”.³⁴⁷

Por esse motivo, os doutrinadores são enfáticos ao reconhecer a eficácia plena e aplicação imediata do direito à educação básica, o qual será efetivado inclusive por via jurisdicional naquelas hipóteses em que restar comprovado o seu descumprimento pelo Estado.

Esse é o posicionamento de José Afonso da Silva, segundo o qual o reconhecimento da educação enquanto direito público subjetivo “equivale reconhecer que é direito plenamente

³⁴⁶ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 99, 100 e 101.

³⁴⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação*. São Paulo : RT, 1999, p. 85.

eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente”.³⁴⁸

Ainda sobre o artigo 208, § 1º da Constituição Federal, mas em outra obra de sua autoria, o mesmo autor sustenta:

aqui, o direito subjetivo (‘*facultas agendi*’) deriva direta e afirmativamente da norma constitucional objetiva (‘*norma agendi*’). A situação subjetiva, no caso, não comporta discussão; a norma diz que, no caso, ocorre direito público subjetivo, e isso basta para que o direito se concretize naquele que preencher as condições fáticas que o geram, que consistem simplesmente em atingir a idade de acesso ao ensino fundamental [...]. ‘Direito subjetivo’, como se sabe, é o direito exigível, é o direito integrado ao patrimônio do titular, que lhe dá o poder de exigir sua prestação – se necessário, na via judicial. Assim é qualquer direito subjetivo. A rigor, para que pudesse opor-se ao Poder Público, nem se precisava acrescentar o ‘público’. Todavia, ‘direito público subjetivo’ significa direito oponível ao Poder Público, direito que cabe ao Estado satisfazer. O ‘público’ acrescenta-lhe a força do direito público, e, no caso, do direito público fundamental, que é o direito constitucional”³⁴⁹

Essa também é a posição firmada por Luís Roberto Barroso:

Na hipótese em exame, existe para o Estado uma obrigação de *fazer*, isto é, prestar educação primária aos destinatários da norma constitucional. Descumprindo-a, pode o titular do direito – por exemplo, um menor, representado por seu responsável – recorrer ao Judiciário para vê-lo assegurado.

Não existe, ao ângulo técnico-jurídico, qualquer obstáculo a que se mova contra o Estado uma ação que tenha como objeto uma obrigação de fazer,

³⁴⁸ *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 313.

³⁴⁹ *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 794 e 795.

inclusive com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.³⁵⁰

Assim, à vista do acima exposto, é certo que a educação básica, enquanto mínimo existencial e direito público subjetivo, deve ser assegurada a todos de forma plena e imediata, quer pelo ente federativo competente, quer pelo Poder Judiciário, quando houver o descumprimento por aquele.

Reputa-se inaceitável, portanto, relegar o direito à educação básica à condição de uma mera diretriz ou meta a ser buscada, no futuro, pelo Estado, do que se conclui que o artigo 6º da emenda constitucional n. 59/2009, ao estatuir que “o disposto no inciso I do artigo 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União”, mostra-se evidado de manifesta inconstitucionalidade, por afronta direta ao artigo 208, § 1º do texto constitucional, ao núcleo do princípio da dignidade humana previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, enquanto mínimo existencial (e no qual se encarta, como vimos, o direito à educação básica) e ainda ao direito fundamental à educação disposto no artigo 6º da Constituição, o qual foi erigido à condição de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, inciso IV do texto constitucional.

Destacamos, nesse ponto, que, além do artigo 6º da Constituição Federal, também o artigo 208, § 1º é considerado cláusula pétrea, com fundamento no artigo 60, § 4º, inciso IV e artigo 5º, §§ 1º e 2º, todos do texto constitucional. Nesse sentido, inclusive, o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

no âmbito de um direito à prestação do ensino público gratuito, verificou-se a possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo individual ao ensino fundamental obrigatório gratuito em estabelecimentos oficiais de ensino, que, situando-se já num patamar mínimo em termos de exigências sociais, certamente

³⁵⁰ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira.* 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 144.

não poderá ser suprimido ou restringido, nem por meio de uma emenda à Constituição³⁵¹

Pensamento de ordem diversa abriria, inclusive, perigoso precedente, permitindo que o poder constituinte derivado, de forma intencional ou não, rechaçasse por completo o claro sentido atribuído ao texto constitucional pelo poder constituinte originário.

Sobre esse aspecto, é importante lembrar a existência das chamadas cláusulas pétreas implícitas, como admite a doutrina:

As limitações materiais ao poder de reforma não estão exaustivamente enumeradas no art. 60, § 4º, da Carta da República. O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo. Recorde-se sempre que o poder de reformar a Constituição não equivale ao poder de dar ao País uma Constituição diferente, na sua essência, daquele que se deveria revigorar por meio da reforma³⁵²

Do mesmo modo, seria incompatível admitir que a emenda constitucional n. 59/2009 incluísse no inciso I do artigo 208 da Carta Magna, como o fez, o ensino médio como obrigatório e gratuito (enquanto etapa final da educação básica) e, concomitantemente, atribísse ao mesmo dispositivo a censurável pecha de “programático”, extensivo a toda a educação básica.

Em nenhuma hipótese, portanto, o mencionado artigo 6º da emenda constitucional n. 59/2009 poderá constituir obstáculo àqueles que demandam do Estado o cumprimento do direito à educação básica de que são titulares.

³⁵¹ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 435.

³⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 218.

Corroborar com esse entendimento a observação feita por André Ramos Tavares ao tratar do artigo 208, § 1º da Constituição Federal, quando assevera:

quer dizer que independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são também de responsabilidade do Estado. Mas o mesmo Estado não pode invocar esses seus deveres para eximir-se de obrigação de prestar, individualmente, quando solicitado, inclusive judicialmente, o devido acesso à educação fundamental, que é obrigatória (art. 208, I, da Constituição)³⁵³

Cumprir ressaltar que, da leitura do mencionado dispositivo da emenda constitucional n. 59/2009, vislumbra-se até mesmo uma norma de natureza “interpretativa”, que busca destituir de eficácia e efetividade o direito à educação básica, o que tem sido condenado, desde há muito, pela doutrina, especialmente aquela ligado ao Direito Tributário (no seio do qual o Estado busca, com maior ênfase, atribuir à legislação tributária o significado que melhor atenda aos seus interesses), já que não detém qualquer grau de vinculação apto a ferir a independência e o livre convencimento assegurados aos juízes no ato de interpretar e aplicar o Direito ao caso concreto.

Feitos tais esclarecimentos, é conveniente frisar que o texto constitucional, ao prever apenas o direito à educação básica como direito público subjetivo (artigo 208, § 1º), não deixou de contemplar a possibilidade de o indivíduo exigir do Estado, inclusive por meio do Poder Judiciário, o cumprimento de outros direitos fundamentais tidos como igualmente relevantes (como, por exemplo, o direito à saúde). Como adverte Luís Roberto Barroso:

Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto,

³⁵³ *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 873.

atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva³⁵⁴

Finalmente, cabe registrar que o comando do artigo 208, § 1º da Constituição Federal depende de um efetivo e amplo acesso do cidadão ao Poder Judiciário, cabendo um papel de destaque às instituições da Defensoria Pública e do Ministério Público nessa área.

À primeira, pois se destina à orientação jurídica e defesa dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV e artigo 134, ambos da Constituição Federal, os quais, por não possuírem condições financeiras suficientes para arcar com as mensalidades cobradas pelos estabelecimentos privados, dependem, única e exclusivamente, da rede pública de ensino.

À segunda, especialmente diante de sua incumbência de zelar pelo efetivo respeito do Poder Público e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição (entre eles o direito à educação básica), promovendo as medidas necessárias à sua garantia (artigo 129, inciso II da Constituição Federal).

Tanto isso é verdade que, da análise de nossa jurisprudência, é possível constatar inúmeras ações individuais e coletivas bem sucedidas, que foram patrocinadas, nas mais diferentes regiões do País, por ambas as instituições (Defensoria Pública e Ministério Público) perante o Poder Judiciário, exigindo o cumprimento do direito à educação básica de titularidade dos interessados pelos entes federativos competentes.

Todavia, como soa evidente, o direito à educação básica não se restringe a assegurar o mero acesso ao estabelecimento de ensino, envolvendo, em verdade, diversos outros obstáculos que acabam, muitas vezes, por tolher, indevidamente, a sua efetividade, conforme será visto em cada um dos itens a seguir, nos quais buscaremos, inclusive, apontar as soluções previstas em nosso ordenamento jurídico para enfrentá-los.

³⁵⁴ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 111.

2.2. Falta de vagas e “lista de espera”

Não são raros os entes federativos de nosso País onde se constata a falta de vagas suficientes para atender a demanda escolar local na educação básica.

Há casos, inclusive, nos quais o déficit de vagas é tão expressivo que se tomou como “praxe” formular uma “lista de espera” daqueles interessados em obter uma vaga nos estabelecimentos de ensino, respeitando-se a ordem cronológica do cadastramento dos pedidos.³⁵⁵

Observa-se que, em muitos casos, dependendo do déficit de vagas existente na região do domicílio da criança, a espera por vaga acaba por demorar meses, prejudicando, de forma sensível, o desenvolvimento cognitivo, motor e psicológico daquela, especialmente nos seus primeiros anos de vida.

Além desse prejuízo, a demora na obtenção de vaga em creche ou pré-escola, na maioria das vezes, inviabiliza a própria atividade laboral dos pais ou responsáveis, já que estes, não tendo condições financeiras para custear, quer um estabelecimento de ensino particular, quer uma pessoa destinada aos cuidados da criança enquanto trabalham, acabam por encontrar sérias dificuldades para a obtenção de seu sustento e da família, o que, de igual forma, viola os direitos mais básicos da criança, como alimentação, moradia, entre outros. Em outras palavras, os pais ou responsáveis, que, em última instância, são aqueles que provêm o sustento da criança, acabam por não conseguir fazê-lo diante desse contexto.³⁵⁶

³⁵⁵ É o caso do Município de São Paulo, onde a mencionada lista é acessível inclusive por meio da rede mundial de computadores (“internet”), possibilitando ao interessado conferir a sua colocação na citada lista, na medida em que as vagas são disponibilizadas, configurando nítido e reconhecido descumprimento ao direito à educação infantil dos munícipes.

³⁵⁶ Essas situações, aferíveis dos casos concretos com os quais lidamos no cotidiano, por meio de nosso ofício enquanto Defensor Público atuante junto à Vara da Infância e Juventude, foi objeto de registro no diagnóstico feito pelo Plano Nacional de Educação vigente (Lei 10.172/01) sobre a educação infantil, a saber: “não são apenas argumentos econômicos que têm levado governos, sociedade e famílias a investirem na atenção às crianças pequenas. Na base dessa questão está o direito ao cuidado e à educação a partir do nascimento. A educação é elemento constitutivo da pessoa e, portanto, deve estar presente desde o momento em que ela nasce, como meio e condição de formação, desenvolvimento, integração social e realização pessoal. Além do direito da criança, a Constituição Federal estabelece o direito dos trabalhadores, pais e responsáveis, à educação de seus filhos e dependentes de zero a seis anos. Mas o

Em razão disso, tem sido freqüente o ingresso em juízo, especialmente pela Defensoria Pública e Ministério Público, com ações individuais e coletivas de obrigação de fazer em face dos entes federativos competentes e mandados de segurança contra a autoridade tida como coatora, de modo a assegurar, imediatamente, o direito à educação básica em estabelecimento de ensino próximo à residência do demandante, inclusive daqueles indevidamente submetidos às mencionadas “listas de espera”.

Trata-se de típica aplicação do artigo 208, § 1º da Constituição Federal, do qual se valem as crianças, representadas por seus pais ou responsáveis, para a obtenção de vagas em estabelecimentos de ensino mediante a ação judicial competente em face do Poder Público responsável, uma vez comprovado que este não as disponibilizou quando instado a fazê-lo.

Esse quadro de ausência de vagas, associado à baixa qualidade do ensino (sobre a qual trataremos mais à frente³⁵⁷), estende-se à educação básica como um todo e nas mais diversas regiões do Brasil, como restou consignado no Plano Nacional de Educação vigente (Lei 10.172/01), do qual extraímos os principais trechos a respeito do diagnóstico de cada uma das etapas da educação básica:

- a) Educação infantil (creches): [...] estimativas precárias indicavam, até alguns anos atrás, um número de 1.400.000 crianças atendidas na faixa de 0 a 3 anos. A Sinopse Estatística da Educação Básica reuniu dados de 1998 sobre a creche, indicando um atendimento de 381.804 crianças, em idades que variam de menos de 4 a mais de 9 anos. São dados incompletos, mesmo porque só agora as creches começam a registrar-se nos órgãos de cadastro educacional. Qualquer número, no entanto, será uma quantidade muito

argumento social é o que mais tem pesado na expressão da demanda e no seu atendimento por parte do Poder Público. Ele deriva das condições limitantes das famílias trabalhadoras, monoparentais, nucleares, das de renda familiar insuficiente para prover os meios adequados para o cuidado e educação de seus filhos pequenos e da impossibilidade de a maioria dos pais adquirirem os conhecimentos sobre o processo de desenvolvimento da criança que a pedagogia oferece. Considerando que esses fatores continuam presentes, e até mais agudos nesses anos recentes, é de se supor que a educação infantil continuará conquistando espaço no cenário educacional brasileiro como uma necessidade social. Isso, em parte, determinará a prioridade que as crianças das famílias de baixa renda terão na política de expansão da educação infantil. No entanto, é preciso evitar uma educação pobre para crianças pobres e a redução da qualidade à medida que se democratiza o acesso”.

³⁵⁷ Capítulo IV, item 2.8.

pequena diante da magnitude do segmento populacional de 0 a 3 anos, constituído de 12 milhões de crianças[...]

- b) Educação infantil (pré-escolas): [...] para a faixa de 4 a 6 anos, dispomos de dados mais consistentes, coletados pelo sistema nacional de estatísticas educacionais. De uma população de aproximadamente 9,2 milhões de crianças, 4,3 milhões estavam matriculadas em pré-escolas no ano de 1997, equivalendo a 46,7%. Já em 1998, ele caiu para 4,1 milhões e 44%. O atendimento maior se dá nas idades mais próximas da escolarização obrigatória, de sorte que a maioria das crianças de 6 anos já está na pré-escola. A partir de 1993, as matrículas quase estacionaram no patamar de 4,2 milhões, certamente não por ter alcançado a satisfação da demanda, uma vez que o déficit de atendimento é bastante grande. Considerando o aumento do número de famílias abaixo do nível de pobreza no Brasil, que vem se verificando nos últimos anos, conclui-se que há uma demanda reprimida ou um não-atendimento das necessidades de seus filhos pequenos. O Poder Público será cada vez mais instado a atuar nessa área, o que, aliás, é dever constitucional, determinado pelo art. 208, IV da Constituição Federal [...]
- c) Ensino fundamental: [...] temos, portanto, uma situação de inchaço nas matrículas do ensino fundamental, que decorre basicamente da distorção idade-série, a qual, por sua vez, é consequência dos elevados índices de reprovação. De acordo com o censo escolar de 1996, mais de 46% dos alunos do ensino fundamental têm idade superior à faixa etária correspondente a cada série. No Nordeste essa situação é mais dramática, chegando a 64% o índice de distorção. Esse problema dá a exata dimensão do grau de ineficiência do sistema educacional do País: os alunos levam em média 10,4 anos para completar as oito séries do ensino fundamental. Tomando como referência apenas as crianças de 14 anos, verificamos que, em 1998, dos 3,5 milhões de adolescentes nessa faixa etária, apenas cerca de 622 mil frequentavam a 8ª série do ensino fundamental. Além de indicar atraso no percurso escolar dos alunos, o que tem sido um dos principais fatores de evasão, a situação de distorção idade-série provoca custos adicionais aos sistemas de ensino, mantendo as crianças por período excessivamente longo no ensino fundamental [...] O problema da exclusão ainda é grande no Brasil. De acordo com a contagem da população realizada pelo IBGE em julho de 1996, são cerca de 2,7 milhões de crianças de 7 a 14 anos fora da escola, parte das quais nela já esteve e a abandonou. Uma parcela dessa população pode ser reincorporada à escola regular e outra precisa ser atingida pelos programas de educação de jovens e adultos [...]
- d) Ensino médio: [...] a Contagem da População realizada pelo IBGE em 1997 acusa uma população de 16.580.383 habitantes na faixa etária de 15 a 19 anos. Estavam matriculados no ensino médio, no mesmo ano, 5.933.401 estudantes. Significa que, idealmente, se o fluxo escolar fosse regular, o ensino médio comportaria bem menos que metade de jovens desta faixa etária. Isso é muito pouco, especialmente quando se considera a acelerada elevação do grau de escolaridade exigida pelo mercado de trabalho. A situação agrava-se quando se considera que, no caso do ensino médio, os cálculos das taxas de atendimento dessa faixa etária são pouco confiáveis,

por diversas razões. Em primeiro lugar porque, em virtude das elevadas taxas de repetência no ensino fundamental, os jovens chegam ao ensino médio bem mais velhos. Em segundo lugar, porque há um grande número de adultos que volta à escola vários anos depois de concluir o ensino fundamental. Em virtude dessas duas condições, o ensino médio atende majoritariamente jovens e adultos com idade acima da prevista para este nível de ensino (Tabela 3), devendo-se supor que já estejam inseridos no mercado de trabalho. De fato os 6.968.531 alunos do ensino médio, em 1998, 54,8% - ou seja 3.817.688 - estudavam à noite.[...] O número reduzido de matrículas no ensino médio - apenas cerca de 30,8% da população de 15 a 17 anos não se explica, entretanto, por desinteresse do Poder Público em atender à demanda, pois a oferta de vagas na 1ª série do ensino médio tem sido consistentemente superior ao número de egressos da 8ª série do ensino fundamental. A exclusão ao ensino médio deve-se às baixas taxas de conclusão do ensino fundamental, que, por sua vez, estão associadas à baixa qualidade daquele nível de ensino, da qual resultam elevados índices de repetência e evasão [...]

Os dados acima noticiados falam por si, prescindindo de qualquer análise mais apurada para constatar a calamidade do atual estágio da educação básica em nosso País.

Se a simples vaga em um estabelecimento de ensino já é por vezes difícil de ser obtida na rede pública, o que dizer dos demais elementos que compõem, necessariamente, uma educação básica de qualidade, como estrutura física adequada, professores com formação adequada e bem valorizados, transporte escolar, etc.?

De todo modo, a respeito do tema aqui tratado, qual seja, a ausência de vagas nos estabelecimentos de ensino, é certo que estas devem ser disponibilizadas, de forma imediata, pelos entes federativos competentes a todos que a demandarem, não encontrando guarida qualquer obstáculo (como as mencionadas “listas de espera” ou algo equivalente) à efetividade do direito à educação básica, enquanto mínimo existencial.

Nota-se que compete ao Estado fornecer as vagas necessárias ao atendimento pleno da demanda escolar local, em todas as etapas da educação básica, inclusive àqueles que não tiveram acesso na idade própria. Como afirma Regina Garcia de Paiva, ao tratar da educação enquanto direito e dever:

a maior responsabilidade pela implementação de tal princípio não recai sobre os indivíduos, mas sobre o Estado, ao qual compete garantir vagas disponíveis para todos, inclusive para os que não tiveram acesso ao ensino fundamental na idade própria³⁵⁸

Sobre esse aspecto, torna-se imperioso ressaltar que a vaga em estabelecimento de ensino deve ser disponibilizada pelo ente federativo competente em local próximo à residência da criança ou adolescente, nos termos preconizados pelo artigo 53, inciso V da Lei 8.069/90 (ECA). Com efeito, de nada adiantaria a disponibilização de uma vaga distante da residência do educando, posto que o seu acesso seria inviabilizado, sobretudo em se tratando de famílias carentes, que não possuem condições financeiras para arcar com os custos de um transporte escolar.³⁵⁹

Em razão disso, caso seja constatada a ausência de estabelecimento público de ensino na região da residência do educando, além de outras medidas que serão tratadas linhas avante, torna-se plenamente exigível, inclusive perante o Poder Judiciário (caso necessário), a disponibilidade, pelo Poder Público, de transporte escolar para o local (da residência à escola e vice-versa), conforme já fora reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³⁶⁰

³⁵⁸ *Direito educacional: do fato para o direito.* in TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional.* 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010, p. 78.

³⁵⁹ Observa-se que até mesmo os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão ser dotados de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos de idade, a fim de assistir a criança desamparada, cuja responsável estiver presa, devendo contar com atendimento por pessoal qualificado e horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança ou à sua responsável (artigo 89, “caput” e parágrafo único, incisos I e II da Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal - com redação dada pela Lei 11.942/2009).

³⁶⁰ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias

Veja-se que, assim como ocorre com outros direitos inseridos no objeto do mínimo existencial (como o direito à saúde, que caso violado pode implicar o falecimento do indivíduo ou então o direito à assistência social, cujo descumprimento pode acarretar a miserabilidade completa da pessoa), o direito à educação básica deve ser assegurado, de modo imediato, pelo Estado, por meio da disponibilidade de vagas nos estabelecimentos de ensino e demais meios que viabilizem o seu cumprimento (como o transporte escolar acima tratado, por exemplo), sob pena de acarretar dano irreparável àquele que faz jus ao mesmo, posto que não serão desenvolvidas as suas potencialidades físicas, morais e cognitivas imprescindíveis para inúmeros atos de sua vida, como a integração à sociedade, o exercício da cidadania, a qualificação para o trabalho, enfim, o seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa humana.

Por derradeiro, verifica-se que a abertura de vagas nos estabelecimentos de ensino muitas vezes não é suficiente para fazer cumprir o direito à educação básica, tornando-se também necessário o atendimento do educando por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação³⁶¹ e assistência à saúde (artigo 208, inciso VII da Constituição Federal, com redação dada pela emenda constitucional), além da assistência à família do mesmo, especialmente quando carentes,³⁶² para lhe conferir todo o apoio psicológico e

da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 603575-AgR/SC – Rel. Min. Eros Grau – 2ª T. - j. 20/04/2010).

³⁶¹ A Lei 11.947/2009 dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar (compreendida como todo alimento oferecido no ambiente escolar, independentemente de sua origem, durante o período letivo), fixando suas diretrizes e criando o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), cujo objetivo é contribuir para o crescimento e desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo.

³⁶² Nesse sentido, o registro feito no Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/01), ao tratar do diagnóstico do ensino fundamental: a existência de crianças fora da escola e as taxas de analfabetismo estão estreitamente associadas. Trata-se, em ambos os casos, de problemas localizados, concentrando-se em bolsões de pobreza existentes nas periferias urbanas e nas áreas rurais. Na maioria das situações, o fato de ainda haver crianças fora da escola não tem como causa determinante o déficit de vagas, está relacionado à precariedade do ensino e às condições de exclusão e marginalidade social em que vivem segmentos da população brasileira. Não basta, portanto, abrir vagas. Programas paralelos de assistência a famílias são

econômico necessário, além das relevantes atribuições que são conferidas aos membros da família, enquanto agentes educacionais, como já vimos nesse trabalho.³⁶³

2.3. Falta de professores e demais funcionários na rede pública de ensino

Além da falta de vagas, outro problema que assola o nosso País diz respeito à falta de professores e demais funcionários (relacionados à área de segurança, limpeza, etc.) na rede pública de ensino.

Com efeito, associado à falta de espaço físico, encontra-se o problema da carência de material humano para assegurar o direito à educação básica a todos. Se por um lado, de nada serve uma escola sem professores e demais funcionários, também não encontra qualquer serventia a existência de professores sem local para ministrar as aulas a seus alunos, havendo, em qualquer das hipóteses, nítido descumprimento do direito à educação básica pelo Poder Público.

Destarte, sempre que detectada a ausência de número suficiente de professores nos estabelecimentos de ensino, torna-se de rigor a imediata contratação pelo Poder Público, inclusive por meio de processo seletivo simplificado, nos termos do artigo 37, inciso IX da Constituição Federal e da Lei 8.745/93, de modo a não deixar os alunos sem aulas.

Interessante caso sobre o tema também foi objeto de apreciação pelo Pretório Excelso na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 241/RJ, julgada em 10/10/2008 (DJe-196, divulgado em 15/10/2008 e publicado em 16/10/2008) pelo Relator Min. Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Tratava-se de pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pelo Estado do Rio de Janeiro, tendo o Juízo “a quo”, diante da comprovada ausência ou insuficiência do número de professores nas unidades da rede estadual de ensino localizadas no Município de Queimados/RJ,

fundamentais para o acesso à escola e a permanência nela, da população muito pobre, que depende, para sua subsistência, do trabalho infantil.

³⁶³ Capítulo III, item 2.

determinado, em decisão interlocutória, que aquele Estado deveria preencher o quadro local de professores no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de vinte mil reais (ação civil pública n. 2007.067.001221-2 que tramitou perante o Juizado da Família, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Queimados/RJ).

Registre-se que, em sede agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face dessa decisão (Agravo de instrumento n. 2008.002.02378), houve a sua reforma pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apenas para prorrogar o prazo estabelecido na decisão recorrida para o início do ano letivo de 2008, nos seguintes termos (grifos nossos):

Agravo de Instrumento. Tutela Antecipada. Verbete N° 59 da Súmula deste Tribunal. Contratação de professores. Atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas. Reforma de decisão agravada somente em caso de teratologia, ilegalidade ou não-observância da prova dos autos. Pronunciamento que não se enquadra em qualquer dessas hipóteses. Preliminar de ilegitimidade ativa rechaçada, pois incumbe ao Ministério Público a defesa dos direitos transindividuais indisponíveis, dentre os quais se insere o direito à educação. Inteligência do art. 127, caput, da Constituição. Precedentes do STJ. **Direito à educação, erigido diretamente da Constituição Federal, que impõe a contratação de professores a fim de suprir a carência de material humano que acomete a rede de ensino fundamental e, indiretamente, obstaculiza a fruição do direito subjetivo fundamental. Desnecessidade de interposição legislativa. Inteligência dos arts. 5º, § 1º e 2º, 6º, 205 e 208, inciso I, e § 1º da Lei Maior. Aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, que não se compadece com a alegação de ausência de fonte de custeio. A reserva do possível não pode servir de escusa ao descumprimento de mandamento fundado em sede constitucional, notadamente quando acarretar a supressão de direitos fundamentais, em atenção ao mínimo existencial e ao postulado da dignidade da pessoa humana.** Precedentes do STF e deste Tribunal. Astreinte consentânea como princípio da razoabilidade e com as peculiaridades do caso concreto. Prazo para cumprimento do mandamento jurisdicional que, todavia, deve ser dilatado, eis que já encerrado o ano letivo. Recurso provido, em parte, para prorrogar o prazo estabelecido pelo decism até o início do ano letivo de 2008

Assim, constou no pedido de suspensão da tutela antecipada em análise que haveria lesão às finanças e à ordem públicas, uma vez que seria necessário contratar novos professores

por meio de concurso público (o que demandaria tempo e dinheiro) ou então deslocar professores lotados em outros Municípios, o que comprometeria a prestação do serviço público em outras localidades. Restou consignado, ainda, no citado pedido as seguintes alegações: lesão à economia pública estadual; ausência de previsão orçamentária; exigüidade do prazo para efetivar as medidas em questão; ofensa ao princípio da reserva do possível e ao princípio da separação de poderes e vedação legal e constitucional de ordenação de despesas sem autorização legal.

Ao se deparar com tais argumentos, o Ministro Gilmar Mendes teceu importantes considerações em seu voto, cujos principais trechos transcrevemos abaixo:

[...] não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo de dar primazia à consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4º: 'Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de primazia compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.' Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Rio de Janeiro, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária específica, concretamente delineada pelo ECA.

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se trata de comandos vinculantes. Ressalte-se que, aos comandos constitucionais e infraconstitucionais pátrios, agregam-se os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil no âmbito internacional.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto nº 591, de 6.07.1992), estabelece em seu artigo 13 o compromisso dos Estados signatários em assegurar o pleno exercício do direito à educação. A Declaração Mundial sobre Educação para Todos, firmada na Tailândia em março de 1990, compromete o Brasil à elaboração do Plano

Nacional de Educação. O artigo 214 da Constituição determina que Lei estabeleça o Plano Nacional de Educação nos seguintes termos: 'Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à: I ' erradicação do analfabetismo; II ' universalização do atendimento escolar; III ' melhoria da qualidade de ensino; IV ' formação para o trabalho; V ' promoção humanística, científica e tecnológica do País.'

Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência dessa Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: AI 677.274/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJ 30.09.2008; AI-AgR 474.444/SP, 1ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 17.08.2007; RE-AgR 410.715/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006; RE 431.773/SP, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.10.2004.

[...]

Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando constitucional exige, com absoluta prioridade, o oferecimento do ensino obrigatório, de acesso universal e gratuito, claramente definido no texto constitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

As peculiaridades históricas e sociais brasileiras determinam que, ao se completarem 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, os poderes do Estado, vinculados aos comandos constitucionais, não meçam esforços para garantir a concretização do direito fundamental à educação. A educação é o principal instrumento que as sociedades democráticas possuem para promover a mobilidade social. É o acesso ao ensino que garante as condições necessárias para o desenvolvimento da pessoa, para o exercício da cidadania e dos direitos individuais e para a aquisição da consciência social indispensável para que a sociedade brasileira realize seus objetivos fundamentais (art. 3º da CF).

[...]

Tendo em vista a prioridade dada ao direito à educação e aos direitos das crianças e adolescentes, é obrigatório para o Poder Executivo, ao elaborar o orçamento, contingenciar as verbas destinadas à implementação desses direitos. Por força do princípio da legalidade, não pode o Executivo agir discricionariamente quanto à conveniência ou não da implementação das políticas públicas de educação, constitucionalmente definidas. Se o Estado está obrigado (constitucional e legalmente) a implementar as políticas públicas

destinadas às crianças e aos adolescentes, especialmente às de educação, deve assegurar recursos a esta área antes de fazê-lo a qualquer outra.

O Poder Legislativo, igualmente vinculado às normas constitucionais relativas à educação e aos direitos das crianças e adolescentes, deve verificar se foram efetivamente alocados os recursos públicos indispensáveis para a concretização destes direitos.

A doutrina da 'reserva do possível', neste ponto, tem que ser utilizada com imensa cautela. A escassez de recursos públicos não pode ser utilizada, indiscriminadamente, para justificar a omissão Estatal na área da Educação. Registre-se que, se a realização de concurso público implica planejamento a longo prazo, e se a transferência de professores de outros municípios implicaria comprometer o ensino em outras localidades, sempre resta ao poder público a contratação temporária desses profissionais, mediante processo seletivo simplificado.

Não há qualquer prova nos autos que justifique a falta de professores em sala de aula. Na hipótese, o oferecimento irregular do ensino obrigatório pelo Estado do Rio de Janeiro deve ser coibido, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo.

[...]

Diante o exposto, defiro parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial, mantendo a determinação para que o Estado restabeleça o serviço de ensino, preenchendo o quadro de professores da rede estadual no Município de Queimados, de forma a garantir que todos os estudantes recebam o conteúdo programático mínimo fixado

É certo, ainda, que a mera presença do professor em sala de aula não é suficiente para se atingir uma educação básica com um grau de qualidade minimamente satisfatório, dada a necessidade de sua valorização e adequada formação, garantindo-se planos de carreira e admissão por meio de concurso público de provas e títulos (salvo casos excepcionais de contratação simplificada, conforme acima analisado), nos termos do artigo 206, inciso V da Constituição Federal (com redação dada pela emenda constitucional n. 53/2006).

Sobre esse tema, merece destaque a inclusão, pela emenda constitucional n. 53/2006, do inciso VIII no artigo 206 da Constituição Federal, estabelecendo o piso salarial profissional nacional para os professores da educação escolar pública, como forma de valorização desses profissionais, o qual foi regulamentado pela Lei 11.738/2008, em atendimento ao comando do artigo 60, “caput”, inciso III, alínea “e” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também objeto de inclusão pela emenda constitucional acima aludida.

De se registrar que essa mesma lei (Lei 11.738/2008) dispõe, entre outros assuntos relevantes³⁶⁴, sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica (artigo 2º, § 2º da lei) e a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira nos âmbitos dos entes federativos (artigos 3º e 6º da lei), em obediência ao parágrafo único do artigo 206 da Constituição Federal, incluído pela emenda constitucional n. 53/2006.

2.4. Construção de creches e escolas públicas

O problema relacionado à falta de vagas na rede pública de ensino, como vimos³⁶⁵, não poderá ser obstáculo à efetividade do direito à educação básica, enquanto mínimo existencial, competindo ao Poder Judiciário, quando acionado, assegurar-la, determinando ao Poder Público competente a imediata disponibilidade da vaga almejada pelo demandante.

Contudo, essa disponibilização pode esbarrar na ausência de espaço físico, passando a depender da construção de novos estabelecimentos de ensino da educação básica pelo Estado, a fim de absorver toda a demanda escolar local.

³⁶⁴ Dos quais apontamos a complementação, pela União, do valor necessário ao cumprimento do piso nacional fixado pela lei naqueles casos em que o ente federativo não disponha de verba orçamentária suficiente para cumpri-lo (artigo 4º) e a atualização do piso salarial nacional no mês de janeiro, a partir do ano de 2009 (artigo 5º).

³⁶⁵ Capítulo IV, item 2.2.

Evidentemente, a falta de vagas nos conduz à questão da construção de creches e escolas públicas. Ora, se não há vagas suficientes em certa região, é preciso aumentar o seu número, o que requer a construção de novos estabelecimentos de ensino.³⁶⁶

Diante desse contexto, cabe a seguinte pergunta: uma vez comprovada a falta de vagas na rede escolar e, concomitantemente, a inércia do Estado quanto à necessária construção de novos estabelecimentos de ensino para suprir a demanda existente, seria possível acionar o Poder Judiciário para obrigar aquele a construir tais estabelecimentos?

Creemos pelo pleno cabimento dessa imposição, a qual confere efetividade ao direito à educação básica. E mais: ao considerá-lo como inserido no objeto do mínimo existencial, descabe, como visto, qualquer argumento relacionado à suposta violação ao princípio da tripartição de Poderes, ao princípio majoritário, à discricionariedade administrativa, à cláusula da reserva do possível, enfim, todo tido de obstáculo destinado a inviabilizar, indevidamente, o direito em comento, tido por intangível, já que corresponde ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

De toda sorte, ainda que caiba ao magistrado determinar a construção de escolas pelo Poder Público, essa providência demanda, inegavelmente, certo lapso temporal, não apenas para promover a construção em si, que depende, entre outros fatores, da realização de processo licitatório, como também da contratação de professores e demais funcionários para nelas atuarem.

Desta feita, dada a natural dificuldade de criação de uma creche ou escola em um prazo exíguo de tempo, deve o Poder Judiciário, atento a tais circunstâncias, ordenar a construção

³⁶⁶ Infelizmente, não é o que constatamos na prática. Pelo nosso ofício de Defensor Público junto à Vara da Infância e Juventude, observamos que, na maioria dos casos, o ente público competente não apenas alega a ausência de vagas disponíveis, como ainda afirma que o cumprimento de ordem judicial para a concessão da vaga acabaria por gerar um “colapso” na rede pública, tornando o espaço destinado aos educandos em um ambiente insalubre e com risco à saúde daqueles que o frequentarem. É conveniente observar, porém, que além de essa alegação ser, via de regra, destituída de qualquer prova concreta, em nenhum momento nos autos o ente estatal busca indicar um caminho alternativo para o cumprimento de sua obrigação, seja pela construção de estabelecimentos de ensino, seja pelo custeio junto à rede privada de ensino. Em síntese, o mesmo ente federativo que reconhece, nos autos, não possuir vagas suficientes para atender a demanda escolar local, mantém-se absolutamente inerte diante desse grave problema, sem sequer cogitar de outros modos suscetíveis de solucionar a questão, o que se reputa absolutamente inaceitável perante o nosso ordenamento jurídico.

com temperamentos, estipulando um prazo razoável para fazê-lo, sem descurar, no entanto, de meios coercitivos para o esmoreito cumprimento da obrigação estatal, como, por exemplo, a fixação de multa por dia de descumprimento, logo que ultrapassado, sem justificativa, o prazo fixado judicialmente, nos termos preconizados pelo artigo 461 do Código de Processo Civil.

Outro ponto que merece atenção nessa matéria diz respeito à possibilidade de remanejamento de verbas orçamentárias, de modo a assegurar a efetividade do mínimo existencial, representado, nos termos do presente estudo, pelo direito à educação básica.

Certamente, não há como admitir que as áreas não relacionadas diretamente ao conjunto de bens e direitos correspondente ao mínimo existencial sejam atendidas em seu prejuízo. Como tivemos a oportunidade de analisar ao abordar a questão envolvendo a inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível ao mínimo existencial³⁶⁷, somente após a constatação de que as áreas relacionadas ao mínimo existencial foram satisfatoriamente atendidas pelos recursos provenientes do orçamento é que será possível discutir a respeito do destino das demais verbas orçamentárias, destinadas ao atendimento daqueles interesses tidos como não prioritários ao bem-estar da sociedade.

Com razão, portanto, Américo Bedê Freire Júnior, ao pontificar:

ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola³⁶⁸

Não obstante o acima exposto, reconhecemos que a determinação judicial para a construção de creches e escolas pelo Poder Público em certo espaço de tempo, embora louvável,

³⁶⁷ Capítulo II, item 5.3.

³⁶⁸ *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

não atende ao interesse daqueles que demandam o imediato cumprimento do direito à educação básica que lhe é assegurada pela Constituição Federal.

Em termos educacionais, condicionar o exercício desse direito ao aguardo da construção de estabelecimentos de ensino corresponde, inexoravelmente, ao seu descumprimento imediato, além de gerar reprovável distorção idade-série. Uma criança que conta, por exemplo, com dois anos de idade, caso aguarde a construção de uma creche próxima à sua residência pelo período de dois anos, já contará com quatro anos, época em que deveria freqüentar a pré-escola (e não mais a creche). O mesmo ocorreria com aquelas crianças e adolescentes que, por se verem obrigadas a aguardar suas respectivas vagas por longo período, até que fossem construídos os estabelecimentos de ensino necessários para atendê-las, acabaria por obrigá-los a perder sucessivos anos letivos até o seu ingresso tardio à escola, comprometendo-lhes, de modo irreparável, o ensino e aprendizagem adequados à faixa etária de cada qual.

Nesse passo, não é difícil perceber os incomensuráveis danos causados àqueles que vêm o seu direito à educação básica violados pela inércia estatal, danos esses muitas vezes irremediáveis por toda a vida do educando, haja vista que não terá desenvolvido, no momento adequado, todas as suas potencialidades físicas, psíquicas e morais. E a consequência disso, a médio e longo prazo, será, entre outras, uma formação deficiente da personalidade e instrução do indivíduo, gerando-lhe dificuldades de integração à sociedade e de obtenção de emprego qualificado, além da ausência de consciência de seu papel enquanto cidadão.

Diante disso, torna-se imprescindível a análise de nosso ordenamento jurídico em busca de meios conducentes ao cumprimento imediato do direito à educação básica a todos, que não o faça depender unicamente de projetos de longa duração, como o aguardo da construção de estabelecimentos de ensino. Isso não significa, porém, descartar políticas públicas de longo prazo nessa área, também salutares, mas que nunca podem ser vistas de modo isolado, posto que devem caminhar ao lado de medidas imediatas, concretas e eficazes à consecução do direito à educação básica a todos. São essas as medidas que passaremos a estudar no item seguinte.

2.5. Custeio de estudos em estabelecimentos de ensino da rede privada pela Administração Pública

Embora caiba ao Estado, espontaneamente ou, no caso de descumprimento, por ordem judicial, construir creches e escolas destinadas a atender, integralmente, à demanda escolar existente nas diversas etapas da educação básica, vimos que essa medida somente será concretizada após o transcurso de longo lapso temporal. Contudo, durante esse período, seria possível admitir que os interessados ficassem sem qualquer atendimento?

É evidente que não. Compete ao Estado, enquanto esteja praticando os atos necessários para a construção dos estabelecimentos de ensino, garantir, de modo imediato, o direito à educação básica a todos que a demandarem.

Por esse motivo, sempre que constatada a ausência de vagas escolares e, por via de consequência, houver a necessidade de construção de escolas (o que demanda certo espaço de tempo), entendemos plenamente admissível o ingresso em juízo, pela parte interessada, com uma ação pleiteando em face do ente federativo competente o custeio de seus estudos em estabelecimento particular de ensino próximo à sua residência, que atenda a sua faixa etária.

Nesse sentido, o ensinamento de Luís Roberto Barroso:

as dificuldades práticas do deferimento de um pedido condenando o ente público à construção e operação de uma escola podem ser facilmente sanadas por uma providência alternativa: condenar-se o Estado a custear o estudo do menor em escola privada existente na área³⁶⁹

Essa posição é compartilhada por Ana Paula de Barcellos:

³⁶⁹ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 144.

a eficácia positiva ou simétrica que se reconhece a esse direito significa que o particular poderá pedir, e o Judiciário determinar, que o Poder Público seja obrigado a custear a educação fundamental do interessado em uma instituição de ensino privada de padrão e custo similares ao da pública até que a Administração esteja em condições de prestar o serviço³⁷⁰

Em se tratando do direito à saúde, igualmente inserido no objeto do mínimo existencial, observa-se que essa questão já se encontra pacificada na jurisprudência pátria, sendo inúmeros os julgados que atribuem ao Estado o dever de custear, em hospital particular, a internação e tratamento daqueles que não obtiveram acesso aos hospitais públicos locais por falta de vagas em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e não dispõem de condições financeiras para arcar com os custos cobrados pelos hospitais da rede particular.

No julgamento de 14/10/2008 (DJe-199, divulgado em 20/10/2008 e publicado em 21/10/2008) da Suspensão de Liminar (SL) n. 228/CE, o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal, bem abordou a matéria.

Tratava-se de pedido de suspensão de liminar ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal do Município de Sobral, no Estado do Ceará (ação civil pública nº 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Agravo de Instrumento no 2007.05.00.077007-0), por meio da qual foi determinada à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades, bem como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de dez leitos de UTIs adultas, dez leitos de UTIs neonatais e dez leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias.

³⁷⁰ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 264.

Constatou-se no Município de Sobral (uma macro-região do Sistema Único de Saúde do Ceará que abrange sessenta e um municípios) um alto índice de casos de dengue e relevante número de óbitos, existindo apenas nove leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em uma entidade filantrópica (Hospital Santa Casa de Misericórdia) para atender um milhão e seiscentos mil habitantes, além de inexistir leitos quer de UTI pediátrica para o atendimento de crianças de 28 dias a 14 anos, quer de UTI neonatal para o atendimento de recém-nascidos.

Diante desse panorama, o Min. Gilmar Mendes deixou consignado relevantes pontos em seu voto, dos quais destacamos os seguintes trechos:

Verifico que a decisão objeto do pedido de suspensão, especialmente na parte em que determinou a instalação de UTIs neonatais e pediátricas, apenas determinou o cumprimento de política pública constitucionalmente definida como prioritária (art. 196 c/c 227, caput, e §1º, I) e especificada de maneira clara e concreta por atos normativos do próprio Ministério da Saúde. A Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002, que estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, especifica a quantidade mínima de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo de acordo com o número de habitantes de cada região: '3.5. Necessidade de Leitos Hospitalares Em linhas gerais, estima-se a necessidade de leitos hospitalares da seguinte forma: a) Leitos Hospitalares Totais = 2,5 a 3 leitos para cada 1.000 habitantes; b) Leitos de UTI: calcula-se, em média, a necessidade de 4% a 10% do total de Leitos Hospitalares; (média para municípios grandes, regiões, etc.); c) Leitos em Unidade de Recuperação (pós-cirúrgico): calcula-se, em média, 2 a 3 leitos por Sala Cirúrgica; d) Leitos para pré-parto: calcula-se, no mínimo, 2 leitos por Sala de Parto.' A Portaria MS/GM nº 3.432, de 13.08.1998, alterada pela Portaria nº 332, de 28.03.2000, que estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo, torna obrigatória a existência de leitos de UTI neonatal nas unidades que possuam maternidade de alto risco: '1.5. Todo hospital que atenda gestante de alto risco deve dispor de leitos de tratamento intensivo adulto e neonatal.'

Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a suspensão da decisão atacada poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da população abrangida pela macro-região do Município de Sobral. Reforçando esse entendimento, a Procuradoria-Geral da República asseverou o seguinte: '[...] A ponderação dos valores discutidos, neste caso, portanto, leva ao indeferimento do pedido de contracautela, uma vez que a suspensão dos efeitos da decisão impugnada afrontaria a necessidade premente dos serviços de saúde em causa pela população, mostrando-se indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso, a demonstrar a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação civil, minando, em contrapartida, a razoabilidade da suspensão requerida' - (fl. 107).

Contudo, a decisão impugnada fixou multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos réus [...] Entendo que tão-somente neste ponto a decisão impugnada gera lesão à economia pública, ou seja, apenas quanto à fixação de multa por não cumprimento, em 90 (noventa) dias, da determinação de iniciar as ações tendentes à instalação e ao funcionamento de pelo menos 10 (dez) novos leitos de UTIs adulta, 10 (dez) leitos de UTI neonatal e 10 (dez) leitos de UTI pediátrica.

Para se chegar a essa constatação, basta observar que a fixação de multa em valor elevado e sem limitação máxima constitui ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade. Dessa forma, remanesce íntegra a decisão, quanto à possibilidade de multa por não transferir os pacientes que necessitem de atendimento em Unidade de Tratamento Intensivo para hospitais, públicos ou particulares, que as possuam. Destaco, contudo, que não se impede a fixação de multa por descumprimento de decisão judicial. O que não se pode perder de vista é a possibilidade de vultoso prejuízo à coletividade, por multa fixada em decisão liminar baseada em juízo cognitivo sumário.

Assim, não vislumbro grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, valores protegidos pela Lei no 8.437, com exceção da fixação de multa diária em valor demasiadamente elevado.

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial quanto ao início das ações para a instalação e funcionamento dos leitos de UTIs em 90 dias, mantendo a decisão liminar nos seus demais termos

Nesse mesmo sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual, diante da comprovada ausência de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) suficientes na rede pública do Município de Santa Luzia, obrigou-se esse ente federativo a custear a internação e tratamento do demandante em hospital particular enquanto não fosse suprida essa omissão estatal (grifos nossos):

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE "AD CAUSAM". SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES FEDERADOS. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PRESCINDÍVEL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA

COMUM. PACIENTE EM ESTADO GRAVE. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM UTI. CARÁTER EMERGENCIAL. AUSÊNCIA DE VAGAS EM HOSPITAL CONVENIADO AO SUS. TRATAMENTO À EXPENSA DO MUNICÍPIO, INDEPENDENTEMENTE DA TABELA SUS. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. PACIENTE CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SENTENÇA CONFIRMADA. - Consoante precedentes jurisprudenciais, inclusive do colendo STJ, o Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível à saúde de hipossuficiente, não se restringindo ao direito de idosos e menores. - O sistema de compartilhamento de competências, tal como estabelecido no art. 23, II, da CRFB/88, reserva competência concorrente ao município para avaliar as ações e a forma de execução dos serviços públicos relativos à saúde, a ele competindo garantir atendimento público aos munícipes que carecem de recursos para o necessário tratamento, ainda que sua atividade deva obediência às regras previamente estabelecidas pelo Ministério da Saúde. - Às ações do Sistema Único de Saúde inclui-se a assistência integral ao cidadão carente de recursos materiais e que enfrenta dificuldades no âmbito da saúde e bem-estar. **No contexto fático demonstrado, figura como dever inadiável do Município de Santa Luzia, na qualidade de co-gestor do SUS, submeter, às suas expensas, independentemente do que dispõe a tabela SUS, usuário da rede pública de saúde a internação hospitalar e tratamento** (Numeração Única: 1012879-22.2006.8.13.0245 - Número do processo: 1.0245.06.101287-9/001(1) - Relator: Armando Freire - data do julgamento: 24/03/2009 - data da publicação: 15/05/2009)

Também nessa linha, o acórdão abaixo lavrado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (grifos nossos):

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTERNAÇÃO EM UTI DA REDE PRIVADA. GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DOS PODERES. RESERVA DO POSSÍVEL. EFICÁCIA MÍNIMA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ÁREAS CONTÍGUAS. DESBUROCRATIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO. UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE DO SUS. 1. Consoante os ditames da Carta Política de 1988 bem como dos preceitos da Lei Orgânica do Distrito Federal, **compete ao Distrito Federal garantir a saúde do Requerente, no presente caso, por meio do custeamento da internação do Apelado em UTI de hospital de rede privada, tendo este comprovado grave perigo de morte, ausência de vaga na rede pública de saúde e hipossuficiência financeira.**

2. Embora o direito à saúde se encontre no campo das normas programáticas, os preceitos constitucionais dispõem, ao menos, de eficácia mínima, não podendo seu conteúdo ser totalmente esvaziado de significado.

3. Ainda que a efetivação do direito de saúde pelo Judiciário esbarre na limitação financeira do Estado e nos critérios de motivação da Administração Pública - reserva do possível -, configura dever jurisdicional, por meio da interpretação do caso concreto, garantir a eficiência dos direitos fundamentais dos indivíduos, individuais e sociais, bem como atuar conforme os objetivos e fundamentos da Carta Magna, tais como a dignidade da pessoa humana. Logo, inexistente violação ao princípio da separação dos poderes, mostrando-se legítima a atuação do Judiciário que, munido de competência para velar e ensejar o cumprimento das leis postas, busca assegurar a efetividade de direitos dos cidadãos e garantir-lhes um mínimo existencial do indivíduo.

4. Conforme Norma Operacional da Assistência à Saúde, de janeiro de 2001, a desburocratização e a descentralização configuram metas para operacionalização do Sistema Único de Saúde, razão por que, nas áreas contíguas às divisas interestaduais, a rede de serviços de saúde deve se organizar com unidades situadas em ambos os lados da demarcação político-administrativa, a fim de que se possa garantir a universalidade e a integralidade do SUS, evitando a desintegração organizacional e a competição entre órgãos gestores e a conseqüente atomização do SUS em milhares de sistemas locais ineficientes, iníquos e não resolutivo, bem como garantindo-se o direito de saúde, disposto constitucionalmente.

5. Negou-se provimento ao reexame necessário, mantendo-se incólume a r. sentença hostilizada. (Processo n. 20080110480777 - RMO, Relator Flávio Rostirola - 1ª Turma Cível, julgado em 27/01/2010, DJ 22/02/2010 p. 65)

De se notar, inclusive, que o entendimento acima exposto já foi amplamente consolidado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como se vê da leitura dos dois acórdãos seguintes provenientes dessa Corte (grifos nossos):

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM UTI. INDISPONIBILIDADE DE LEITOS NA REDE HOSPITALAR PÚBLICA. CARÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS POR PARTE DO PACIENTE. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE AOS NECESSITADOS. DEVER DO ESTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. **1 - É posicionamento pacífico desta Egrégia Corte de Justiça o reconhecimento do direito do paciente carente, acometido de doença grave e em iminente risco de morte, de ser internado em UTI de hospital particular enquanto não disponível leito na**

rede pública de saúde, a expensas do Estado. 2 - Mantêm-se os honorários advocatícios cujo valor não se revela excessivo para remunerar o trabalho desenvolvido pelo i. causídico da parte vencedora. Remessa Oficial desprovida. Apelação Cível desprovida. (Processo n. 20050110945280 – APC – Relator Angelo Passareli - 2ª Turma Cível - julgado em 21/05/2008 - DJ 09/06/2008 p. 200)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE CORRENDO RISCO DE MORTE. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM UTI. INDISPONIBILIDADE DE LEITOS NA REDE HOSPITALAR PÚBLICA. CARÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS POR PARTE DO PACIENTE. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE AOS NECESSITADOS. DEVER DO ESTADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS. I - A par das deficiências das políticas públicas em gerir adequadamente os recursos destinados à saúde, exsurge a prevalência do preceito constitucional de direito à saúde, consistente no "acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação", conforme o art. 196 da Constituição Federal. II - Nesse sentido, é o posicionamento pacífico desta Egrégia Corte de Justiça quanto ao reconhecimento do direito do paciente carente, acometido de doença grave e em iminente risco de vida, de ser internado em UTI de hospital particular, enquanto não disponível leito na rede pública de saúde, a expensas do Estado. (Processo n. 20070110910286 – APC – Relator Lecir Manoel da Luz - 5ª Turma Cível - julgado em 22/10/2009 - DJ 29/10/2009 p. 106)

Em suma, tal como ocorre como o direito à saúde, o direito à educação básica, inserido que está, da mesma forma, no objeto do mínimo existencial, deverá ser efetivado por meio do custeio, pelo Poder Público, dos estudos do interessado na rede particular de ensino, sempre que restar comprovada a ausência ou insuficiência de vagas na rede pública.

Observa-se que esse proceder do Estado resulta na garantia de efetividade do direito à educação básica, enquanto mínimo existencial, até que seja suprida, por completo, a omissão estatal relativa à falta de vagas na rede pública de ensino.

Como não foi possível obter a tutela específica almejada (disponibilidade de vaga em estabelecimento de ensino público), deverá ser assegurado ao interessado o resultado prático equivalente, consistente nos estudos na rede privada de ensino às expensas do Estado.

É preciso enfatizar que essa providência poderá ser pleiteada perante o Poder Judiciário em se tratando de qualquer uma das etapas da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio).

Já no que diz respeito, especificamente, ao ensino fundamental e ensino médio (excluída, portanto, a educação infantil), o próprio texto constitucional aponta mais uma outra forma (sem prejuízo, portanto, daquela acima estudada) apta a solucionar o problema da ausência de vagas na rede pública de ensino.

Conforme prevê o artigo 213, § 1º da Constituição Federal, reiterado pelo artigo 77, § 1º da LDB³⁷¹ (grifos nossos):

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

³⁷¹ A Lei 12.101/2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social prevê, em seu artigo 13, “caput”, que aquelas entidades de educação que desejarem obter a mencionada certificação deverão aplicar em gratuidade, na forma do § 1º, pelo menos vinte por cento da receita anual efetivamente recebida. E o § 1º do artigo 13, por sua vez, determina que a entidade deverá para tanto: a) demonstrar adequação às diretrizes fixadas no Plano Nacional de Educação; b) atender a padrões mínimos de qualidade aferidos pelos processos de avaliação conduzidos pelo Ministério da Educação e c) oferecer bolsas de estudo nas seguintes proporções: no mínimo uma bolsa de estudo integral para cada nove alunos pagantes da educação básica, bem como bolsas parciais de cinquenta por cento quando necessário para o alcance do número mínimo exigido. Para o cumprimento dessas proporções, o § 3º do artigo 13 autoriza que a entidade contabilize o montante destinado a ações assistenciais, bem como o ensino gratuito da educação básica em unidades específicas, programas de apoio a alunos bolsistas, tais como transporte, uniforme, material didático, além de outros, definidos em regulamento, até o montante de 25% (vinte e cinco por cento) da gratuidade prevista no caput do artigo 13. O artigo 14 da lei em comento, por sua vez, determina que a bolsa de estudo refere-se às semestralidades ou anuidades escolares fixadas na forma da lei, vedada a cobrança de taxa de matrícula e de custeio de material didático, sendo que a bolsa de estudo integral será concedida a aluno cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de um e meio salário mínimo (§ 1º do artigo 14), ao passo que a bolsa de estudo parcial será concedida a aluno cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de três salários mínimos (§ 2º do artigo 14).

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

Isso significa que, toda vez que for detectada a falta de vagas de ensino fundamental e ensino médio na rede pública, compete ao Poder Público conceder bolsas de estudo em escolas particulares àqueles que demonstrarem insuficiência de recursos, sem se descuidar do investimento prioritário na expansão da rede pública na localidade, a fim de atender, o mais breve possível, a toda a demanda escolar da região.

Como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (grifos nossos):

o direito ao ensino obrigatório (1º grau) e gratuito é reconhecido como direito público subjetivo. Disto resulta que o titular desse direito poderá fazê-lo valer em juízo, contra o Estado, que deverá assegurar-lhe matrícula em escola pública, **ou bolsa de estudos em escola particular (art. 213, § 1º) se houver falta de vagas nos cursos públicos**³⁷²

Seguindo a esteira desse entendimento, está a posição de José Afonso da Silva, ao afirmar: na falta de vaga e cursos regulares na rede pública da localidade da residência do educando, é cabível atendê-lo mediante bolsa de estudos em escola privada (art. 213, §1º).³⁷³

Mais à frente, destaca o mesmo autor:

³⁷² *Curso de direito constitucional*. 35ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 372.

³⁷³ *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 795.

três condições são exigidas para a concessão da bolsa: (a) só é dada para o ensino fundamental e médio; (b) para estudante que demonstre insuficiência de recursos; (c) desde que não haja vagas em cursos regulares da rede pública na localidade da residência do interessado. Na verdade, a condição fundamental é essa terceira, porque, se houver tais vagas, a bolsa não terá cabimento. Porque o interessado poderá matricular-se no curso da rede pública. Na falta de vagas na rede pública não será, também, o caso de prestar auxílio às referidas escolas, porque os recursos devem ser prioritariamente investidos na expansão da rede³⁷⁴

Na mesma linha está o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, a qual, sob o enfoque do mínimo existencial, sustenta a possibilidade de provimento jurisdicional determinando ao Estado que conceda bolsas de estudo em escolas privadas àqueles que não tiveram acesso, por falta de vagas, à rede pública de ensino:

o direito à educação fundamental é um elemento do *mínimo existencial*, compondo o núcleo da dignidade humana e, portanto, sendo oponível aos poderes constituídos. Imaginar que seu atendimento possa ficar na dependência exclusiva da ação, e dos humores, do Executivo – em equipar sua rede de ensino de maneira conveniente – e do Legislativo – em dispor sobre a concessão de bolsas de estudo em instituições privadas – é tornar totalmente sem sentido tudo que se expôs até aqui, assim como o próprio Estado de direito constitucional. Ao Judiciário compete tutelar o *mínimo existencial* e isso pelos meios substitutivos que forem necessários e aptos para atingir tal fim³⁷⁵

Portanto, diante do acima exposto e à luz de nosso ordenamento jurídico, cabe à parte interessada em garantir o seu direito à educação básica ingressar em juízo em face do ente federativo competente para pleitear:

³⁷⁴ *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 802.

³⁷⁵ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 267 e 268.

- a) em se tratando da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), o custeio de seus estudos, pelo Estado, em estabelecimento de ensino da rede privada próximo à sua residência, durante todo o período em que não lhe for disponibilizada a vaga na rede pública local;
- b) em relação ao ensino fundamental e médio, a obtenção de bolsa de estudo em escola particular próximo à sua residência, a ser concedida pelo Estado, enquanto não houver vaga na rede pública local;

Evidentemente, essas duas medidas não são excludentes entre si, mas complementares, estando ambas à disposição da parte que intenta concretizar o seu direito à educação básica perante o Poder Judiciário (com a única ressalva de que a segunda medida relaciona-se apenas ao ensino fundamental e médio, nos termos previstos pelo artigo 213, § 1º da Constituição Federal, enquanto que a primeira abrange todas as etapas da educação básica, incluindo-se, portanto, a educação infantil).

Caso nenhuma dessas medidas logre êxito, Luís Roberto Barroso aventa ainda a possibilidade de o interessado ingressar em juízo, pleiteando a condenação do Estado ao pagamento de um valor, a título de indenização, pela omissão ilícita decorrente do descumprimento do direito à educação básica, o que, como o mesmo autor admite, seria sabidamente insatisfatório, já que traduziria em proveito meramente econômico o bem jurídico almejado, que continuará não sendo prestado da forma devida.³⁷⁶

Como afirma Dirley da Cunha Júnior, essa medida:

³⁷⁶ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 144.

não tem a capacidade de substituir adequadamente a falta de estudo, embora possibilite ao titular do direito exercê-lo em um momento ulterior, custeando, com o valor que recebeu da indenização, os seus estudos em escola particular.³⁷⁷

Seguindo esse posicionamento destacado por Luís Roberto Barroso, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

parecem-nos viáveis, ao menos em princípio, as alternativas sugeridas por Luís R. Barroso, que, na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, no caso de inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores, etc.), considera possível a condenação do poder público, num demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder público, restando, ainda, a insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão, que, no entanto – como bem reconhece o autor, não tem o condão de substituir adequadamente a falta de estudo³⁷⁸

2.6. Inclusão de verba orçamentária para a criação e concretização de políticas públicas relativas à educação básica

Como temos visto até aqui, diversas são medidas a serem tomadas pelo Estado para conferir efetividade ao direito à educação básica, tais como construções de creches e escolas, contratação de professores e demais funcionários, entre outras.

³⁷⁷ *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 310.

³⁷⁸ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 358.

Trata-se de políticas públicas a serem concretizadas (algumas delas até mesmo a serem criadas!³⁷⁹) pelo Estado, de modo a dar cumprimento aos comandos constitucionais e legais que disciplinam a educação básica em nosso País.

Desta feita, incumbe aos entes federativos competentes incluir em seus respectivos orçamentos as verbas necessárias para cumprir o direito à educação básica a todos que a ela fizerem jus, sob pena de serem coagidos a fazê-lo pelo Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição Federal. Como leciona Ana Paula de Barcellos:

Parece não haver dúvida de que as políticas públicas em matéria de educação, dentre outros objetivos que possam ter, terão, necessariamente, de oferecer ensino fundamental gratuito a todas as crianças em idade própria, bem como aos adultos que, por desventura, não tiveram oportunidade de receber essa espécie de instrução. Tais bens constituem, sob a ótica dos indivíduos, direitos subjetivos, como se sabe. Se é assim, os Poderes Públicos estarão obrigados, em primeiro lugar, a incluir em suas previsões orçamentárias rubricas capazes de atender essa necessidade, isto é: metas relacionadas com o oferecimento desses serviços. E se se trata de um dever jurídico, sua inobservância poderá ser objeto de controle jurisdicional³⁸⁰

Destarte, quando for constatada a ausência de recursos públicos suficientes para concretizar (ou ao menos iniciar) políticas públicas relativas à educação básica, nada impede que o Poder Judiciário, assim que provocado, ordene ao Estado a inclusão, em seu orçamento do ano seguinte, de verba suficiente para fazê-lo.

Nesse sentido, o magistério de Américo Bedê Freire Júnior:

³⁷⁹ Como acentua Américo Bedê Freire Júnior (grifos nossos): “é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir **integralmente** a política pública, não significa de per si que são insuficientes para **iniciar** a política pública” (*O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74).

³⁸⁰ *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, in SARLET, Ingo Wolfgang e e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 129 e 130.

A depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente. Exemplo dessa situação pode ser a decisão judicial que determina que seja realizada a construção de uma escola. Ora, dependendo das circunstâncias fáticas, o início da construção da escola pode ser materializado no próximo ano, evitando-se o conflito com a falta de previsão orçamentária³⁸¹

Também está de acordo com esse entendimento Luís Roberto Barroso, que ao tratar da possibilidade de se exigir judicialmente do Estado a construção e operação de uma escola, destaca:

A possibilidade jurídica de um pedido dessa natureza não remove, por si só, óbices de natureza econômica ou política que se possam levantar. Não se deve desconsiderar, para um futuro aprofundamento do tema, a viabilidade de uma decisão judicial condenando o Estado a fazer constar do orçamento do exercício subsequente a previsão da despesa necessária ao cumprimento de uma obrigação de fazer judicialmente imposta³⁸²

Segue ainda o posicionamento acima exposto a jurista Ana Paula de Barcellos, ao afirmar que todos aqueles legitimados para a ação civil pública (nos quais se incluem, entre outros, a Defensoria Pública e o Ministério Público):

poderão requerer a inclusão obrigatória no orçamento do próximo exercício – decisão que há de ser vinculante para Executivo e Legislativo – da verba necessária para a construção da escola adequada e seu aparelhamento, de modo

³⁸¹ *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

³⁸² *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 144, rodapé n. 59.

que o serviço venha a ser prestado regularmente como determina a Constituição³⁸³

Além da doutrina, a jurisprudência pátria também tem admitido a determinação, pelo magistrado, da inclusão obrigatória por parte do Estado de verba orçamentária suficiente para atender às políticas públicas relativas à educação básica no exercício seguinte, o que, associado às demais medidas estudadas nos itens anteriores, constitui importante instrumento em prol da efetividade do direito à educação básica.³⁸⁴

2.7. Bloqueio e seqüestro de verbas públicas como meio de cumprir o direito à educação básica

Outra medida destinada à efetividade do direito à educação básica seria o bloqueio e seqüestro de verbas públicas, com arrimo no artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil, a fim de assegurar o imediato cumprimento de ordem judicial consistente na obrigação de fazer imposta ao Estado em disponibilizar vaga em estabelecimento de ensino da rede pública ou, na sua ausência, em rede particular ao demandante.

Verifica-se que essa medida destina-se, nos termos do aludido dispositivo legal, à efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, servindo como forma de coerção ao Estado que não cumpre, ainda que determinado por ordem judicial, o direito à educação básica devido ao interessado.

³⁸³ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 269.

³⁸⁴ Sobre o tema, merece destaque o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que analisou recurso de apelação decorrente de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Município de São Paulo para assegurar o atendimento de pré-escola às crianças de quatro a seis anos de idade na Comarca de São Miguel Paulista, a qual, embora julgada improcedente pelo Juízo “a quo”, foi reformada pelo mencionado Tribunal, que julgou procedente o pedido, fixando o prazo de um ano para cumprimento da obrigação de fazer, lapso temporal este considerado suficiente para a inclusão da despesa decorrente da implantação do programa em orçamento e para a sua execução (Apelação n. 994001084327 (777650900) – Rel. Alvaro Lazzarini – data de registro: 23/10/2001).

Trata-se de medida amplamente aceita pelo Superior Tribunal de Justiça em se tratando de fornecimento de medicamentos pelo Estado, como forma de resguardar o direito à vida e à saúde do demandante.³⁸⁵

³⁸⁵ Como exemplo, citamos o seguinte julgado: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. 1. A obrigação de fazer que encerra prestação de fornecer medicamentos admite como meio de sub-rogação, visando adimplemento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor do ente estatal, bloqueio ou seqüestro de verbas depositadas em conta corrente. 2. Isto por que, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 3. Depreende-se do art. 461, §5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 4. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 5. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: "Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recurso indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente." 6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 8. In casu, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na negativa do bloqueio de valor em numerário suficiente à aquisição de medicamento equivalente a três meses de tratamento, que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a

Com efeito, a magnitude e relevância ínsitas ao direito à saúde justificam a utilização desse meio coercitivo de bloqueio e seqüestro de verbas públicas, o que vale, igualmente, para o direito à educação básica, posto que inserido, de igual forma, no objeto do mínimo existencial.

Em síntese, uma vez compreendidos o direito à saúde e o direito à educação básica enquanto componentes do núcleo do princípio da dignidade humana (mínimo existencial), os meios destinados à sua plena satisfação devem, certamente, ser os mesmos, dada a imprescindibilidade de ambos para uma existência digna do ser humano.

presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação. 9. Agravo Regimental Desprovido (AgRg no REsp 888325/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., julgado em 15/03/2007, DJ 29/03/2007 p. 230). Nessa toada, o seguinte acórdão: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE CONTAS DO ESTADO – POSSIBILIDADE. 1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 2. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 878.441/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 10/04/2007, DJ 20/04/2007 p. 340). Por fim, vale transcrever o seguinte julgado do mesmo Tribunal: PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. 1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. 2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 3. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. 4. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 827.133/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T., julgado em 18/05/2006, DJ 29/05/2006 p. 204).

2.8. Educação básica de qualidade

Como adverte André Ramos Tavares:

o dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso. O Poder Público deve valorizar o professor da educação (art. 206, inc. I). Deve, ainda, garantir um padrão mínimo de qualidade (art. 206, inc. VII)³⁸⁶

De fato, o artigo 206, inciso VII da Constituição Federal estabelece como um dos princípios do ensino a garantia de padrão de qualidade.

A Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), por sua vez, prevê, em seus dispositivos, a constante preocupação com a qualidade da educação. A título de exemplo, citamos os seguintes: artigo 4º, inciso IX, no qual consta que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem; o artigo 7º, inciso II que, repetindo o comando do artigo 209, inciso II da Constituição Federal, estabelece a avaliação de qualidade do ensino da rede particular pelo Poder Público; o artigo 9º, inciso VI, que atribui à União a incumbência de assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, objetivando a melhoria da qualidade do ensino; o artigo 74, o qual disciplina a respeito do padrão mínimo de oportunidades educacionais para o ensino fundamental, a ser estabelecido pela União em colaboração com os demais entes federativos, tomando por base o cálculo do custo mínimo por aluno capaz de assegurar ensino de qualidade; o artigo 75 que dispõe sobre a ação supletiva e redistributiva da União e dos Estados destinadas a corrigir as disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino, entre outros.

³⁸⁶ *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 871.

Nessa seara, de grande relevância é o decreto n. 6.094/2007, o qual dispõe sobre o Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação consistente na conjugação de esforços dos entes federativos, em regime de colaboração, das famílias e da comunidade em prol da melhoria da qualidade da educação básica (artigo 1º).

As diretrizes do plano são fixadas no artigo 2º do mencionado decreto, sendo que o seu artigo 3º prevê o denominado Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), por meio do qual será aferida, de modo objetivo, a qualidade da educação básica, levando-se em conta o rendimento escolar e o desempenho dos alunos por meio de avaliações.³⁸⁷

Com efeito, observa-se que o ordenamento jurídico pátrio disciplina, em variadas normas jurídicas, inclusive de hierarquias distintas (Constituição Federal, leis ordinárias, decretos, etc.), sendo certo que a garantia de uma educação básica de qualidade perpassa, necessariamente, por inúmeros fatores, todos eles abordados pelos estudiosos do tema.

Sonia Maria Nogueira Balzano, por exemplo, indica alguns pontos que contribuem para um ensino de qualidade, como a gestão com a participação da comunidade, a organização do ensino, a distribuição e o aproveitamento do tempo escolar, o processo de avaliação da aprendizagem do aluno, entre outros.³⁸⁸

Já Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins sustentam que a garantia do padrão de qualidade de ensino insculpida no artigo 206, inciso VII da Constituição Federal:

deve ser obtida por várias formas, entre elas a contratação e manutenção de professores qualificados nas escolas, boas instalações das instituições de ensino,

³⁸⁷ Para se ter uma idéia da grave situação em que se encontra a qualidade de nossa educação, constatamos que, em todo o Brasil, apenas 5,7% das escolas públicas do ensino fundamental alcançaram 6,0 no IDEB, cujo patamar é a média registrada em países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de modo que esse quadro se agrava ainda mais no ciclo de 5ª a 8ª série, no qual há apenas 0,3% dos colégios dentro dessa meta (*O Estado de São Paulo*. São Paulo, 05 de julho de 2010, Caderno Vida, p. A-16).

³⁸⁸ “Do direito ao ensino de qualidade ao direito de aprender com qualidade” in *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 121 – 162.

laboratórios modernos, computadores, bibliotecas e material didático de boa qualidade e acessível a todos³⁸⁹

Marcelo Gasque Furtado, a seu turno, indica que:

o padrão de qualidade do ensino seria atingido por uma série complexa de meios que envolveria: condições materiais para o ensino, tanto das instituições de ensino (existência em número suficiente, boas condições do edifício escolar, do equipamento físico disponível, limpeza e manutenção efetivos, fornecimento regular de água, energia elétrica, etc.) como dos alunos (fornecimento de material escolar, merenda, transporte, etc.); condições dos recursos humanos ligados ao ensino (formação adequada, atualização constante, remuneração condigna, etc.); condições de natureza pedagógica (currículos adequados, metodologias apropriadas ao perfil do alunado, etc.) resultados cognitivos do processo de aprendizagem aferíveis por meio de avaliações, etc.³⁹⁰

Ao discorrer sobre o significado do art. 206, inciso VII da Constituição Federal, José Afonso da Silva leciona:

O padrão de qualidade do ensino depende de fatores intrínsecos e de fatores extrínsecos. Os primeiros estão vinculados à organização dos estabelecimentos escolares, que não de estar aparelhados com o instrumental adequado a cada tipo de habilitação que oferecem, desde o preparo da criança para as sucessivas etapas do ensino até sua formação profissional – o que envolve a boa formação dos profissionais do ensino em cada uma dessas etapas, mas também requer a permanente atenção dos Poderes Públicos para com as condições materiais das escolas, tais como as tecnologias modernas de ensino, como a informatização dos estabelecimentos de ensino. Os segundos significam oferecer condições econômicas adequadas às famílias para que seus filhos tenham condições de auferir um bom aprendizado, porque o padrão de qualidade do ensino só se afere no rendimento escolar dos estudantes, e isso não depende apenas da boa qualidade dos professores, mas também, e principalmente, da predisposição do

³⁸⁹ *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. atual, vol. 8. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 535.

³⁹⁰ *Padrão de qualidade do ensino in RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.) e RIGHETTI, Sabine (org.). Direito à educação*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 177.

alunado para o aprendizado – o que, na mais das vezes, depende de uma boa alimentação e da posse de material escolar apropriado³⁹¹

À luz desses posicionamentos e das normas jurídicas acima mencionadas, queda-se claro que uma educação básica de qualidade envolve tantos fatores que seria praticamente impossível enumerá-los de modo exaustivo.

De todo modo, ao tomá-los em consideração como um todo, mostra-se evidente a complexidade ínsita à garantia de uma educação básica de qualidade, fator esse, contudo, que não deve servir de escusa para o seu descumprimento pelo Estado, que deve se valer de todos os meios e recursos à sua disposição para alcançar esse objetivo.

Com efeito, de nada valeria considerar o direito à educação básica como mínimo existencial, do que decorrem relevantes conseqüências de ordem teórica e prática, todas elas expostas ao longo desse trabalho, se a ele não correspondesse uma educação de qualidade.

Como afirma, de modo categórico, Erik Saddi Arnesen: não causa embaraço afirmar que a dimensão de ineficácia do direito à educação encontra-se hoje, sobretudo, naquilo que se refere à garantia de qualidade”.³⁹² E conclui adiante que:

quanto à dificuldade de atribuição de conteúdo ao direito à qualidade de ensino, parece que, nessa perspectiva neoconstitucionalista, de protagonismo judicial, o melhor caminho a ser trilhado é o da realização da dignidade humana. Somente dessa forma o direito não será à nota, não será à aprovação, noções de fácil maquiagem, o direito será à educação³⁹³

³⁹¹ *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 789.

³⁹² “Direito à educação de qualidade na perspectiva neoconstitucionalista” in RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.) e RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à educação*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 160.

³⁹³ *Ibidem*, p. 165.

Dos dados levantados pelo Plano Nacional de Educação vigente e de situações específicas tratadas pelos nossos Tribunais, constatamos que o direito a uma educação básica de qualidade ainda não é realidade em nosso País, em que pese os esforços empregados pelos diversos setores da sociedade para atingi-la.

Ao invés de estudarmos com afincos sobre quais seriam as medidas prioritárias a serem tomadas para assegurar essa desejada qualidade, ainda nos encontramos estacionados em discussões atinentes à falta de vagas na rede pública de ensino, à insuficiência de professores nas escolas públicas, à ausência de valorização dos profissionais da educação, etc.

À vista desse contexto, em grande medida causado pela inércia estatal em promover as políticas públicas necessárias ao efetivo cumprimento do direito à educação básica, é possível constatar o constante e crescente acesso do cidadão ao Poder Judiciário, no qual deposita todas as suas esperanças para que, por meio de uma ordem judicial, veja finalmente assegurado o seu direito a uma existência digna, a qual envolve uma educação básica de qualidade.

Portanto, pensar o direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial é contribuir para que esse direito retorne ao lugar de onde ele jamais poderia ter saído, qual seja: o núcleo do princípio da dignidade humana.

Somente assim passaremos a reverter o desolador quadro apresentado pela educação básica brasileira, a qual não deve se contentar com vagas, escolas e professores suficientes, mas sim com escolas adequadas, professores bem instruídos e valorizados, enfim, uma educação infantil, um ensino fundamental e um ensino médio que forme os indivíduos, desde o início de suas vidas, como cidadãos conscientes e responsáveis, preparados para o trabalho e para a vida em sociedade, contribuindo para o bem de todos e, em última instância, para o progresso da humanidade.

CONCLUSÃO

Como vimos, o mínimo existencial, compreendido como o conjunto de bens e direitos tidos como indispensáveis para se atingir, manter e resguardar um padrão de vida em conformidade com o aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana contempla, em seu objeto, o direito à educação básica.

Essa constatação acarreta diversas conseqüências de ordem teórica e prática, todas elas ligadas especialmente à efetividade do direito à educação básica previsto na Constituição Federal brasileira.

Ao se considerar a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio como imprescindíveis para uma existência digna, incumbe aos entes federativos competentes assegurá-los a todos de forma plena, nos termos preconizados pelo texto constitucional.

Desta feita, sempre que o Estado deixar de assegurar a efetividade desse direito, ofenderá a dignidade daqueles que a ela fazem jus, dando ensejo ao controle jurisdicional sobre essa omissão estatal, uma vez que compete ao Poder Judiciário, quando acionado, assegurar a supremacia da Constituição e garantir os direitos fundamentais, principalmente aqueles ligados ao mínimo existencial.

Assim, argumentos normalmente invocados pelo Poder Público para tentar justificar o descumprimento de direitos fundamentais, como a violação do princípio da tripartição de poderes, do princípio majoritário, a incidência da discricionariedade administrativa, a aplicação da cláusula da reserva do possível, entre outros, não terão serventia nessa seara, cabendo ao Poder Judiciário ordenar o imediato cumprimento do dever estatal quanto à educação básica, valendo-se das diversas medidas previstas e admitidas por nosso ordenamento jurídico para atingir esse objetivo.

Em suma, será somente na perspectiva do mínimo existencial que o direito à educação básica de qualidade será efetivamente usufruído por todos os brasileiros, contribuindo para o desenvolvimento da nação.

E para aqueles que consideram utópica a existência de uma educação básica de qualidade no Brasil, há de se destacar o preciso ensinamento de Adão Longo a respeito da utopia, cuja observância é suficiente para que não se incida nessa posição equivocada, com o que encerramos o presente trabalho:

Há sempre uma utopia anterior a qualquer realidade grandiosa. Quem constrói uma utopia recria um mundo anterior ao homem e para além do homem. Porque é o primeiro a ver o que então não pode ser visto.

A utopia não deve ser percebida por meio de uma visão simplória, como uma proposta impraticável, como um oásis absurdo. Embora se toquem com suas arestas de sonho e futuro, há uma diferença fundamental entre o utopista e o visionário: este tem visões, fantasias, vê uma realidade que não existe; aquele funda-se numa realidade, aprofunda seu olhar sobre ela e antevê uma nova realidade, não por si e para si, mas pelo outro e para o homem [...] fruto da sensibilidade, a utopia é consequência de uma confiança inflexível na capacidade construtora do ser humano.

[...] Mais do que isso tudo, as utopias representam um inconformismo e traduzem uma indignação do homem. Como se cada um dissesse, num grito surdo, que isso que está aí não existe em mim e, por conseguinte, não o aceito, não viverá comigo. Esta é uma fase em que o homem se volta contra o homem, na inconformidade com o que este outro faz do mundo que lhe foi dado. Ao invés de resignar-se, o espírito indignado se dispõe a propor e a construir um mundo novo, não para se confrontar com o seu Criador, mas para repor e resguardar seus fundamentos violados e violentados. A esse homem denominar-se-á utópico, se for difícil ou se for tida como improvável ou impossível a reconstrução do mundo proposto. Mas ele mesmo saber-se-á tranqüilo, com a serenidade jardineira dos que cultivam uma obra ontológica e inédita, indiferente às intempéries das reações e incompreensões. Continuará semeando e regando, como se o seu gesto simples fosse não mais que um destino da consciência³⁹⁴

³⁹⁴ *O direito de ser humano*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004, p. 119 - 123.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1998.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo : EDIPRO, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discrecionariade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 9ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2008.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo : Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas : parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

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

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

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. atual, vol. 8. São Paulo : Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*, 15ª ed., rev., atual. e amp., São Paulo : Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo : Malheiros, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo : Saraiva, 2002.

CAHALI, José e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Alimentos no código civil*. São Paulo : Saraiva, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo : Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo : Saraiva, 2009.

COOLEY, Thomas McIntyre. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*, 50º Ed. Union, New Jersey : The lawbook exchange Ltd., 1998.

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*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo : Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto do patrimônio mínimo*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 29, 1988.

_____. *Aspectos de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 35ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7ª ed. Saraiva : São Paulo, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência* (mimeo) (s.d.) (s.l.).

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 2, 7ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo : RT, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas: o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 2, p. 130-148, 1993.

HADDAD, Sérgio e GRACIANO, Mariângela (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. São Paulo : Ação Educativa, 2006.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of Right. Why liberty depends on taxes.* New York : W. W. Norton, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo : Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 3ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1991.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.* Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* 6ª ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizete (org.). *Direito à educação: uma questão de justiça.* São Paulo : Malheiros, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre : Livraria dos Advogados Editora, 2006.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil – e outros escritos.* Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis : Vozes, 1994.

LONGO, Adão. *O direito de ser humano.* Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* 9ª ed., Madrid : Editorial Tecnos (Grupo Anaya S/A), 2005.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação.* São Paulo : RT, 1999.

MACHADO, João Batista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador,* Coimbra : Almedina, 1991.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada.* 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1986.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo : Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*, tomo I. São Paulo : RT, 1969.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*, 2ª ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 3ª ed. revv., atual. e amp. São Paulo : RT, 2007.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 7ª ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1980.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.) e RIGHETI, Sabine (org.). *Direito à educação*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

RAWS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito educacional – educação básica e federalismo*. São Paulo : Quartier Latin, 2009.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, Revista Interesse Público n. 4, 1999.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008.

_____ (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

_____ e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília : Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6º ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo : Malheiros, 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 39, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. (org. por Maria Garcia). Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22ª ed., 2ª tir., São Paulo : Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009.

_____. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. *Revista de Direito Administrativo* 177 : 29 - 49, 1989.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. V. 3. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

_____ (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional*. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2010.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4ª ed. Trad. Ernildo Stein e Ronai Rocha (org.). Petrópolis : Vozes, 2000.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Malheiros, 2006.