

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E O ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Lucimara Plaza Tena¹
Juliana Luiza Mazaro²
Ivan Dias da Motta³

TENA, L. P.; MAZARO, J. L.; MOTTA, I. D. DA. O direito fundamental social à educação e o argumento da reserva do possível. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Umuarama. v. 25, n. 2, p. 283-298, jul./dez. 2022.

RESUMO: O artigo objetiva analisar o direito fundamental social à educação. Investiga a transmutação desse direito também em de personalidade, e as consequências dessa acumulação de valor. O problema que o estudo analisa é a discricionariedade do administrador público que impede o acesso ao direito à educação, quando por exemplo não disponibiliza vagas suficientes em creches para atender as necessidades da comunidade. Então, diante desse fato concreto, o indivíduo prejudicado busca o Judiciário que impõe a realização de políticas públicas. Se critica o papel ativista do Judiciário. Contudo o estudo conclui que não há desrespeito a tripartição dos poderes, pois diante da fundamentalidade a discricionariedade do administrador público se torna reduzida, quase nula. Há um dever imposto pela Constituição Federal e o Judiciário cumpre o que determina o comando legal, independente de argumentos como o da reserva do possível ou de orçamento. O princípio da complementaridade deve ser observado, pois a educação é o direito que tem condições de realizar todos os demais direitos. O método utilizado é o teórico dedutivo. No que tange a coleta de dados, a pesquisa se utilizou do levantamento bibliográfico e análise jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Personalidade; Direito fundamental social à educação; Reserva do possível; Políticas públicas.

FROM FUNDAMENTAL SOCIAL LAW TO EDUCATION IS THE ARGUMENT OF THE RESERVATION OF THE POSSIBLE

ABSTRACT: The article aims to analyze the fundamental social right to education. It investigates the transmutation of this right also in personality, and the consequences of this accumulation of value. The problem that the study examines is the discretion of the public administrator that impedes access to the right to education, when, for example, it does not provide enough places in day care to meet the needs of the community. So, faced with this concrete fact, the injured individual seeks the judiciary that imposes public policies. The activist role of the judiciary is criticized. However, the study concludes that there is no disrespect for the tripartition of powers, because in the face of fundamentality the discretion of the public administrator becomes reduced, almost nil. There is a duty imposed by the Federal Constitution and the judiciary fulfills what determines the legal command, regardless of arguments such as the reserve of the possible or budget. The principle of complementarity must be observed, because education is the right that can fulfill all other rights. The

DOI: [10.25110/rcjs.v25i2.20229127](https://doi.org/10.25110/rcjs.v25i2.20229127)

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Bolsista em período integral (PROSUP – CAPES) pelo Programa de Pós-Graduação. E-mail: lucimara.plazatena@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5448-3808>

² Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Bolsista parcial (PROSUP - CAPES) pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). E-mail: ju.mazaro@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9768-6509>

³ Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

E-mail: ivan.motta@unicesumar.edu.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7515-6187>

method used is the deductive theorist. Regarding data collection, the research used the bibliographic survey and jurisprudential analysis.

KEYWORDS: Right of personality; Fundamental social right to education; Reserve of the possible; Public policy.

EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN Y EL POSIBLE ARGUMENTO DE LA RESERVA

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo analizar el derecho social fundamental a la educación. Investiga la transmutación de este derecho en el de la personalidad también, y las consecuencias de esta acumulación de valor. El problema que analiza el estudio es la discrecionalidad del administrador público que impide el acceso al derecho a la educación, cuando, por ejemplo, no proporciona plazas suficientes en las guarderías para atender las necesidades de la comunidad. Entonces, ante este hecho concreto, el perjudicado busca que el Poder Judicial le imponga la implementación de políticas públicas. Se critica el papel activista del Poder Judicial. Sin embargo, el estudio concluye que no hay irrespeto a la tripartición de poderes, pues frente a la fundamentalidad, la discrecionalidad del administrador público se vuelve reducida, casi nula. Hay un deber impuesto por la Constitución Federal y el Poder Judicial cumple lo que determina el mandato legal, independientemente de argumentos como la reserva de lo posible o el presupuesto. Debe observarse el principio de complementariedad, ya que la educación es el derecho que puede realizar todos los demás derechos. El método utilizado es el teórico deductivo. En cuanto a la recolección de datos, la investigación utilizó un levantamiento bibliográfico y análisis jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la personalidad; Derecho social fundamental a la educación; Reserva de lo posible; Políticas públicas.

1. INTRODUÇÃO

O artigo objetiva analisar o direito fundamental social à educação em um contexto de judicialização onde se observa de um lado a discricionariedade do administrador público e de outro a escassez de recursos. Trata do tema Políticas Públicas dentro de uma perspectiva jurídica. Apresenta breves considerações e segue analisando o papel das mesmas para a efetivação do direito fundamental social à educação.

Diante de um cenário mundial de escassez econômica e corrupção generalizada, em especial no Brasil, averigua qual o real papel da discricionariedade do administrador público quando por vezes invoca a tese da reserva do possível para impedir a concretização de direitos fundamentais sociais.

Defende que a educação é um direito que tem a capacidade de realização de todos os demais direitos, pois ela é o elemento que possibilita a transformação da pessoa em cidadã e a inclui no mundo dos seres humanos. Para tanto invoca uma das características dos direitos fundamentais, mas que para o direito à educação é a pedra angular, qual seja, a complementaridade. O conhecimento é capaz de mudar nações e Estados que investem maciçamente nele.

Por fim, alinhada a discussão da capacidade de inserção da pessoa na seara da dignidade humana, apresenta um cronograma parcial que indica o surgimento dos direitos sociais e em especial o que ora é analisado no estudo.

No Brasil, embora exista verba considerável à educação, ainda referido direito social não está satisfatoriamente sendo atendido. Sem educação o povo sofre, pois não consegue alcançar outros direitos como saúde, cultura, cidadania, informação, por exemplo e não se consegue ampliar e fortalecer os níveis de democracia.

O artigo é de aproximação do tema proposto e está dentro da linha de pesquisa de doutoramento da autora. O método utilizado é o teórico dedutivo. No que tange a coleta de dados, a pesquisa se utilizou do levantamento bibliográfico e análise jurisprudencial.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DA EDUCAÇÃO

Políticas públicas é disciplina originária da Ciência Política e da Administração Pública, contudo, ao se materializar na realidade fática transita pelo campo do Direito. Quando isso ocorre absorve conceitos próprios desta grande área e mutações surgem, a tal ponto de estudiosos defenderem que a disciplina de políticas públicas caminha para a autonomia dentro da área do Direito: um microssistema, como ocorreu com o direito do consumidor.

Quando uma demanda entra na agenda para que se elabore uma política pública, ramos do Direito, como o administrativo, civil, processual civil, constitucional, por exemplo, fornecem novos contornos a matéria. “As políticas públicas são as atuações do Estado visando cobrir todas as formas de intervenção na vida social” (CAMARGO; BOTELHO, 2011, p. 176), assim, mesmo que um ciclo de política pública se constitua, o corpo jurídico para sustentá-la, isto é, que lhe atribui legalidade se forma (ou deveria se formar) plenamente no projeto.

CAMARGO e BOTELHO (2011) informam que as políticas públicas, tendo em vista que se dirigem a realização de direitos e redistribuição de bens, criam oportunidades para que as pessoas vivam com dignidade. É o que se observa quando o poder transformador da educação chega na vida das pessoas. Se obtém acesso a novos postos de trabalho, há uma melhora na qualidade de vida e um dos reflexos é a redução da mortalidade infantil, é possível observar a redução da violência e um processo de desenvolvimento de uma igualdade material. São apenas alguns dos exemplos que se pode mencionar da ação da educação na vida das pessoas.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) 2018, mostra que “a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais de idade foi estimada em 6,8% (11,3 milhões de analfabetos).” Em 2017 a taxa “havia sido 7%, sendo que o número de pessoas de 15 anos ou mais que são analfabetos apresentou uma redução de aproximadamente 121 mil pessoas.” A maior taxa de analfabetismo (13,9%) foi registrada na Região Nordeste, “[...] em torno de quatro vezes maior do que as taxas estimadas para as Regiões Sudeste e Sul (3,5 e 3,6%, respectivamente). Na Região Norte essa taxa foi 8,0 % e no Centro-Oeste, 5,4%.” Outro dado importante refere-se a “taxa

de analfabetismo para os homens de 15 anos ou mais de idade foi 7% e para as mulheres, 6,6%. Para as pessoas pretas ou pardas (9,1%), a taxa de analfabetismo foi mais que o dobro da observada entre as pessoas brancas (3,9%).” (BRASIL, 2019, s.p.).

Com esses dados do IBGE disponíveis os Governos têm mais condições de mapear as necessidades da população e planejar políticas públicas de médio e longo prazo, direcionadas aos grupos identificados como vulneráveis em razão da falta da educação. Por exemplo, a pesquisa mostra que a taxa de analfabetismo para as pessoas pretas ou pardas é mais que o dobro da observada entre as pessoas brancas. Uma política pública direcionada à comunidade negra precisa levar esse aspecto em consideração, A ausência da educação exclui o indivíduo da possibilidade de acessar outros direitos fundamentais, como por exemplo a saúde. Então, quais as ações que o Estado brasileira está assumindo para mudar essa realidade? Políticas Públicas? Qual a extensão delas?

O primeiro ponto que se deve saber sobre política pública é que ela não é política de governo, mas de Estado, que é o seu principal agente motivador, embora se saiba que não faltam governantes que delas se utilizam como instrumento de campanha eleitoral, ligada ao seu período de gestão exclusivamente. Bem, compreendê-la como uma ação de Estado se justifica, pois, os governos são transitórios e eleitos para um determinado mandato, “[...] enquanto as políticas públicas exigem programas estáveis no tempo, principalmente em função do objetivo que perseguem” (CAMARGO; BOTELHO, 2011, p. 77). Nesse sentido, explica BUCCI, que se trata, portanto, de “[...] programas de ação governamental que visam [...] coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 19).

O Programa Bolsa Família (PBF) é um programa de política pública implantado para o enfrentamento da pobreza que atinge grande número de indivíduos no Brasil. Para que as famílias tenham acesso ao PBF e mantenham o benefício, existem algumas condicionantes a serem observadas como, por exemplo obrigação da família que as “[...] crianças e adolescentes em idade escolar frequentem as aulas e cumpram com os cuidados básicos de saúde como vacinação e acompanhamento nos postos de saúde.” (TESTA, 2013, p. 1522).

Pesquisa realizada com 103 famílias beneficiárias mostra que,

Entre as formas de privação (educação, saúde, trabalho e renda etc.), a educação mostrou-se o aspecto de privação que obteve os melhores resultados na percepção das famílias na busca da autonomia. [...] Na visão das profissionais entrevistadas, **a educação é considerada o ponto forte** na atenção das famílias, com o cuidado com a presença das crianças e adolescentes na escola. Essa visão é reforçada na pesquisa quantitativa, em que 76,7% das famílias reconhecem que a situação educacional melhorou depois que começaram a receber o benefício (e nenhuma família indicou uma situação de piora), sendo este um dos aspectos que obteve melhor resultado. (TESTA, 2013, p. 1519) [destaque nosso]

O estudo noticiado relata a fala de uma profissional, a qual diz perceber “[...] um interessante avanço proporcionado pelo BF que se reflete na forma de pensar das famílias.”

Como obrigatoriedade, a simples participação dos filhos dos beneficiários na escola não pode ser considerada um avanço na autonomia dos mesmos, pois as famílias não estariam fazendo algo que desejam (com a ressalva de que, num sentido mais amplo, não se está afirmando que as famílias "não valorizavam" a educação das crianças). Entretanto, as entrevistas sugerem que os reflexos positivos da presença das crianças na escola, uma vez percebidos, começaram a ser valorizados pelas famílias. Assim, o que era uma ação obrigatória imposta, passaria a constituir uma opção desejada, aumentando a capacidade da família **em propiciar a educação aos filhos e, portanto, aumentando sua autonomia** (TESTA, 2013, p. 1531). [destaque nosso]

A autonomia do indivíduo implica menor dependência do Estado e por outro lado maior liberdade para pensar e refletir por si mesmo, o que gera indubitavelmente maior capacidade de conexões que refletiram de alguma forma na capacidade de escolha dos governantes, e no acesso a melhores condições de vida. Isto posto, observa-se a importância do direito à educação, uma vez que ele acaba por gerar a partir de si outros direitos, bem como a capacidade de fortalecimento dos mesmos, de tal forma que de tempos em tempos novos direitos são conquistados e cumulados e integrem a personalidade do indivíduo.

3. A VALIDADE DA DISCRICIONARIEDADE PARA O CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA

BUCCI altera a sua compreensão em relação ao conceito outrora desenvolvido para políticas públicas. Ela conclui no sentido de que “estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas,” (BUCCI, 2006, p. 47) o que por certo é uma revolução para a disciplina que se estrutura sobre o princípio constitucional da legalidade (art. 37, caput, CF/88).

Para MARTINS (2018, p. 148-149), o ponto de partida para uma real conceituação de política pública, é compreender que “[...] ela é o resultado do exercício da função política ou de governo. O exercício da função legislativa resulta em leis, da função jurisdicional em sentenças, da função administrativa em atos administrativos; por conseguinte, o exercício da função política ou de governo resulta em políticas públicas.” Comenta o autor que tem defendido que inexistente função política ou de governo, portanto, “[...] o que se chama “política”, em direito, é, na verdade, “discricionariedade”. Noutras palavras: a função política ou de governo é o exercício discricionário, seja legislativo, seja administrativo. Em suma, o que se chama de função política ou é função legislativa ou é função administrativa.”

Ainda na trilha do pensamento do autor, o mesmo comenta que “a teoria dos atos políticos ou

de governo foi elaborada pelos franceses para imunizar certos atos do controle jurisdicional” (MARTINS, 2018, p. 148), contudo, no Brasil não recebe respaldo por força do art. 5º, XXXV, CF/88. Todos os atos praticados podem ser submetidos a avaliação do Judiciário.

O que caracteriza os chamados atos políticos ou de governo é o fato de serem decorrentes do exercício de competência discricionária. Em Direito, a política é nada mais nada menos do que discricionariedade. [...] E o que vem a ser discricionariedade? Sempre que o Direito admite duas ou mais soluções, como igualmente razoáveis, proporcionais, justas, ele imputa a escolha ao agente competente. São decisões próprias do pluralismo político (MARTINS, 2018, p. 149).

Agir com discricionariedade não significa agir com base no livre-arbítrio. Quando o agente público decide, tendo por base a discricionariedade, ele o faz na busca da realização do melhor interesse público. Então, MARTINS (2018, p. 149), traz uma conclusão profunda e inovadora que tem o condão de mudar a forma, inclusive como se elabora o ciclo de políticas pública:

[...] a política pública é o resultado do exercício de competência discricionária legislativa e/ou administrativa. Assim, quando o Legislador ou o Administrador Público podem escolher entre a alternativa “A” e a alternativa “B” — ambas válidas —, e eles fazem a escolha, esta se caracteriza como uma política pública.”

Assim, diante da teoria da tripartição dos poderes, poderia o Poder Judiciário, exercer a Política, isto é, abraçar mais uma função além da que lhe é típica, a jurisdicional? Ao Judiciário caberá diante de uma situação que envolve a discricionariedade do administrar público, não eleger essa ou aquela opção, mas, “tecnicamente, o magistrado deve pressupor que o Direito *exige* uma das alternativas, de modo que ele, julgador, precisa *descobrir* qual é a “vontade” do ordenamento jurídico — conceder a liminar ou negar a liminar.” (MARTINS, 2018, p. 151)

A partir dessas observações é possível verificar que há um limite tênue que permite ao Judiciário agir dentro da legalidade ou de um ativismo jurídico. No capítulo adiante esse tópico será cuidadosamente analisado.

Sabe-se que os governos desempenham importante papel na definição e implementação das políticas públicas. Essa situação decorre principalmente de comando constitucional, além de disposições infra legais, para a realização dos direitos fundamentais, fundamentais sociais e de personalidade (CAMARGO; BOTELHO, 2011). Mas, deriva também da iniciativa do administrador público que em um universo de necessidades e de inúmeras possibilidades de políticas públicas escolha a que atende de forma eficiente a finalidade pública (GONÇALVES, 2011). O atual governo, por exemplo, decidiu por manter a política pública do PBF. É inevitável que existem ganhos para a educação.

De qualquer forma, o aspecto econômico das políticas públicas continua minado sob o argumento da escassez de recursos, o que conseqüentemente impede a concretização dos direitos fundamentais. Ainda, no âmbito privado, as iniciativas são tímidas de modo que não alcançam maiores proporções. Tanto por parte do governo quanto das empresas privadas espera-se maior participação e comprometimento para enfim obter um resultado satisfatório.

4. O ATIVISMO JUDICIAL EM PROL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS OU ARBITRARIEDADE EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PODERES

O ideal é sempre que o Governo investigue as necessidades da população e elabore políticas públicas que uma vez direcionadas cumpram verdadeiramente com os deveres insculpidos na CF/88. Ocorre que nem sempre as demandas conseguem chegar a Agenda que formará o ciclo de políticas públicas, ou, se chegam, podem não atender com eficiência os pleitos sociais, e morrem antes mesmo de atingir os objetivos.

Diante de tais situações, já é comum a judicialização das necessidades, e mais comum as respostas do Poder Judiciário, que sob o argumento de um ativismo judicial, invade a discricionariedade do administrador público. Mas, como resolver esse *hard case*: de um lado a necessidade da população que requer direitos, de outro, o poder público que recusa atendimento, normalmente justificando escassez de recursos, e de outro ainda o Poder Judiciário que decide e determina a realização de políticas públicas sem observar o orçamento disponível do ente envolvido.

Logo de início se afirma que respostas satisfatórias para os envolvidos não serão fornecidas, pois não existem. Tentar-se-á mediar um caminho razoável que somente o tempo poderá fortalecer e delinear, mas que embora não agrade à todos, atende ao rigor constitucional como forma de firmar o Estado Democrático de Direito.

O recorde da presente pesquisa é em relação a necessária efetivação do direito fundamental à educação, previsto na CF/88, artigos 6º e 205. Trata-se de um direito fundamental prestacional, que para efetivar-se exige políticas estatais. Impõe tratar-se de “[...] direito de todos e dever do Estado e da família” sendo promovido e incentivados com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988, s.p.). Assim, “[...] tanto no âmbito da escola pública quanto no da particular, a educação deve ter a pessoa humana como bem mais importante tendo em vista o desenvolvimento de sua personalidade.” (FACHIN, 2019, p. 520)

Direitos fundamentais, segundo INGO SARLET (2012, p. 61), compreendem a

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição forma (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Além de sua classificação como fundamental, o direito à educação é atualmente reconhecido também como de personalidade, uma vez que faz parte do leque de “[...] direitos mínimos que visam assegurar e resguardar a dignidade da pessoa humana e como tais devem estar previstos e sancionados pelo ordenamento jurídico.” (FREITAS; MOTTA, 2016, p. 54)

Para FREITAS e MOTTA (2016, p. 48), “a Educação é condição, sine qua non, para que o indivíduo possa desenvolver plenamente suas inúmeras capacidades e formar sua personalidade. Daí dizer que é a Educação é um direito fundamental na qual se assenta todo o desenvolvimento do ser humano.”

A efetivação do direito à educação exige por parte do Estado algumas garantias, tais como: 1) educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade; 2) progressiva universalização do ensino médio gratuito; 3) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; 4) educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; 5) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; 6) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; 7) atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (art. 208).

OS direitos fundamentais dispõem de características que os distinguem dos demais direitos. FACHIN (2019, p. 228) enumera 11 delas: fundamentalidade, historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, inexauribilidade, transindividualidade, aplicação imediata, vinculatividade e complementaridade.

A complementaridade é uma das características mais significativas quando se trata do direito à educação. “Os direitos fundamentais complementam-se.” E alguns deles “para serem efetivados, dependem de outros”, a exemplo do direito à educação. Francisco Balaguer Callejón explica que são complementares “[...] porque se apoiam uns nos outros; não são compartimentos estanques, mas se inter-relacionam mutuamente, de tal forma que o desfrute de um deles pressupõe o desfrute de outro.” (CALLEJÓN, 1999, p. 37)

Sendo o direito à educação um direito fundamental é dever do Estado garantir a sua concretização nos termos mencionados pelo art. 208, da CF/88, isto é, pré-escola, acesso a níveis

mais elevados, transporte, alimentação, por exemplo. Observe que, portanto, o comando constitucional restringe a autonomia do administrador público para eleger essa ou aquela política pública, a partir de critérios de sua discricionariedade ou argumentos relativos a reserva do possível. É um *facere*, cujo não atendimento gera penalidades em âmbito penal, civil e/ou administrativo.

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA Nº 1716599-4, DE FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA - 2ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ADOÇÃO APELANTE: MUNICÍPIO DE CURITIBA APELADO: E. S. DE C. DOS S. RELATOR: DESEMBARGADOR RENATO LOPES DE PAIVA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA VAGA EM CRECHE". INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE VAGA - DESCABIMENTO - NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO À EDUCAÇÃO - VIOLAÇÃO A DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO, QUE NÃO SE SUJEITA À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E À CLAUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - SENTENÇA CONFIRMADA. [...]TJPR. Autos de Apelação Cível e Remessa Necessária nº 1716599-4, de Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção. Apelante: MUNICÍPIO DE CURITIBA; Apelado E. S. DE C. DOS S.

No corpo do texto, o desembargador afirma que uma vez que o “direito à educação infantil decorre de expressa previsão constitucional e o Poder Público tem o poder-dever de executar as políticas públicas quando determinadas por mandamento constitucional, como é o caso do direito indisponível à educação.” A compreensão do alcance e do conceito de discricionariedade tem sofrido mutações nos últimos tempos e impactado o Direito Administrativo. Portanto, para o caso em tela,

[...] A mera invocação dos critérios de conveniência e oportunidade não é suficiente para justificar as escolhas da Administração Pública. Depois, deve ficar evidenciado que o desempenho da atividade discricionária depende de um correto procedimento que conduza à melhor solução, devidamente justificada e compatível com a materialização dos direitos considerados fundamentais. (OLIVEIRA, 2019, p. 15)

Portanto, no caso em tela, não há suporte para que a Administração Pública invoque afronta a divisão dos poderes, desrespeito a discricionariedade administrativa, uma vez que a própria constituição garante o direito fundamental à educação. Se não há políticas públicas nesse sentido, o Estado deve implantá-las. Observa-se que quando se cuida da relação das políticas públicas com os direitos fundamentais, as políticas públicas devem buscar a sua satisfação, pois é sua função promover a distribuição da renda pública para minimizar as diferenças sociais, principalmente quando há verbas vinculadas para atender justamente o direito à educação.

Mas, apesar de todos problemas enfrentados pelas políticas públicas, os quais não se resumem apenas a aspectos financeiros, há o eterno jogo político daqueles que ocupam transitoriamente o poder. Não compreendem que ocupam cargos públicos e que não são os donos dos mesmos. Mas,

diante da imaturidade da nossa democracia, as políticas públicas nem sempre são realizadas a contento, ou nem são, a fim de que se mantenha latente os interesses das próximas eleições.

5. A INCLUSÃO À CIDADANIA A PARTIR DO ACESSO À EDUCAÇÃO

Sem dúvida a execução das políticas públicas para a concretização do direito à educação é essencial para o desenvolvimento do indivíduo. É, na verdade, uma forma de democratizar esse direito e possibilitar a todos o acesso ao conhecimento de qualidade e o pleno desenvolvimento de uma vida cidadã. Oferecer educação de baixa qualidade é o mesmo que oferecer nada, pois não é capaz de tirar os indivíduos do lodo da ignorância e da miséria intelectual, econômica e social. A educação qualifica e inclui as pessoas nos mais diversos segmentos sociais.

Em um mundo cada vez mais globalizado e conectado, “[...] os avanços tecnológicos e as novas ciências não podem ficar a mercê apenas das pessoas que possuem condições econômicas de custear seu aprendizado, isso geraria um desequilíbrio cultural, intelectual e de emprego insustentável.” Portanto, política educacional “deve estar voltado para uma educação básica de qualidade, libertadora e não somente ao contexto de educar para o trabalho. Essa afirmação reduziria a cidadania apenas à possibilidade de emprego.” [...] é preciso que se permita que “[...] a formação da educação básica envolva ciência, tecnologia, e questões éticas. (GONÇALVES, 2011, p. 62)

O que se pretende alcançar é a

[...] Formação de pessoas livres e capacitadas para análise crítica, com percepção de uma sociedade justa e democrática, cuja educação seja o veículo do desenvolvimento social, de um ambiente humanista e igualitário, onde a vida se torne mais prazerosa e menos miserável. Para esse intento, o estado deve assegurar políticas públicas construídas em consonância com os princípios constitucionais de modo a preservar o direito de todos e acentuar o dever do governo (GONÇALVES, 2011, p. 62).

As políticas públicas voltadas à educação precisam ser bem planejadas e executadas a fim de que de fato se colha frutos que contribuam para a dignidade das pessoas envolvidas. Sabe-se que a característica da complementaridade do direito à educação é uma marca que lhe distingue. É a educação que propiciará aos indivíduos liberdade e autonomia, tendo em vista o seu poder transformador.

6. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM DESTAQUE A EDUCAÇÃO

De acordo com Luís Fernando SGARBOSSA (2010, p. 30-31), os primeiros direitos a serem reconhecidos pelo Estado aos indivíduos foram aqueles de natureza civil e política, que traçaram “[...] um marco divisório entre as esferas pública e privada, assegurando aos cidadãos um âmbito de

liberdade intangível ao Estado.”

No Século XVIII, as declarações de direitos, isto é, do Povo da Virgínia (1776) e dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), indicaram “[...] os primeiros direitos civis ou liberdades civis clássicas, de natureza preponderantemente negativa”, pois constituíam-se em limitações ao agir do estado (SGARBOSSA, 2010, p. 33-35):

No contexto das liberdades civis clássicas Ingo Wolfgang Sarlet enumera, exemplificativamente, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei, bem como as liberdades reconhecidas sucessivamente, como, exemplificativamente, as liberdades de expressão coletiva, consistentes nas liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião e associação [...].

No que tange aos direitos civis é possível mencionar os direitos políticos, que podem ser tanto de natureza negativa (não-interferência estatais, como direitos de se organizar em partidos políticos), quanto de natureza positiva que ensejam uma atuação do Estado. Em uma Segunda Geração de direitos, surgem os direitos econômicos e sociais, dentro de uma dimensão positiva. Objetivam a possibilidade de participação no bem-estar social e se materializam a partir dos “[...] denominados *direitos de igualdade, prestações*, como assistência e previdência sociais e a assistência à saúde”. O direito à educação é um dos direitos que surgem nessa Geração. (SGARBOSSA, 2010, p. 40)

Essa segunda onda de direitos modifica a compreensão dos deveres estatais e altera inclusive a concepção de Estado, que, passa de Estado de Direito ou Democrático de Direito para Estado Social. O surgimento dos direitos fundamentais sociais trouxe novos problemas constitucionais para serem resolvidos pelos poderes instituídos, principalmente o Executivo, cuja função é efetivar a realização dos referidos direitos. Mas, sem a garantia de que o Estado buscará e efetivará o direito à educação, que torna-se o corolário de todos os demais, não é possível nem se falar em Democracia.

Os direitos fundamentais tem caráter duplo: de um lado, são direitos subjetivos do indivíduo e, por outro, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Conforme HESSE (1998, p. 232), no primeiro plano os direitos fundamentais (*Grundrechte*) constituiriam “direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão”. Já no segundo plano “elementos da ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status* e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade.”

Contudo, deve-se ressaltar que os direitos sociais fundamentais embora partilhem as características dos direitos fundamentais clássicos, como a supremacia, deles possuem estrutura diversa. Oportuno é o esclarecimento de HESSE. Para o autor, direitos sociais “[...] não se deixam

realizar já por ele serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração (HESSE, 1998, p. 62).

Assim, as obrigações do Estado vão além da simples proteção. Exige-se uma posição ativa diante das necessidades do povo, isto é, de um garante, que no caso é o Estado.

SGARBOSSA (2010, p. 83) comenta que,

Não há como negar que a Constituição obriga a implementação pelo Estado de direitos sociais de natureza fundamental como educação, saúde e mesmo um certo grau de assistencialismo social. Nem poderia ser diferente diante da preocupação do constituinte com a justiça social e da adoção de um modelo social de Estado (*Welfare State*).

O princípio da reserva do possível é um dos principais argumentos utilizados pelo administrador público para justificar negativas de efetivação de direitos aos cidadãos. Ocorre que esse instituto sofreu grave mutação ao ser recepcionado pelo Direito brasileiro. Não se trata apenas de um simples ajuste de legislação, mas, em mudança na sua própria essência, em seu DNA.

Assim, antes que se apresente alguns dos efeitos da reserva do possível no ordenamento pátrio, em especial quando se trata do direito à educação, é primordial que colaciona-se alguns tópicos relevantes da origem histórica de tal instituto.

As raízes da reserva do possível, conforme menciona SGARBOSSA (2010, p. 128), provém de longa data, contudo, o presente estudo se restringirá a uma situação mais recente, em tópico específico que permite o reduzido espaço para debate. Assim, segundo o autor, as origens da reserva do possível

[...] remontam a uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, notadamente ao célebre caso do *numerus clausus I* (BVerfGE 33, 303, de 1973), em atendimento reiterado na denominada *decisão sobre as universidades ou Hochschul-Urteil* (BVerfGE 35, 79, de 1973), e reafirmado no julgamento alcunhado *numerus clausus II* (BVerfGE 43, 291, de 1977).

A discussão que chegou ao Tribunal Constitucional Federal envolvia em resumo o direito ao acesso ao ensino superior, fora das condições estabelecidas previamente pelas leis do Estado. SARLET (2012, p. 255) em relação ao entendimento judicial, informando que “[...] a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”

Dessa forma, observa-se que a necessária aplicação da noção de razoabilidade e proporcionalidade à demanda requerida.

Ana Carolina Lopes OLSEN (2006, p. 139) comenta que o Estado Alemão fez tudo o que estava ao seu alcance para tornar o ensino superior acessível aos cidadãos. Assim, “exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas não se mostrava razoável.”

No Brasil, observa-se que a reserva do possível por vezes é interpretada como sinônimo de reserva de orçamento, o que como mencionado mostra uma mutação que não se coaduna com a origem do instituto.

A questão da reserva de orçamento é uma realidade, pois de fato há limitações que precisam ser observados inclusive pelo julgador quando da análise do caso concreto. Entretanto, se faz preciso garantir aquele mínimo existencial que garante a dignidade do ser humano como pessoa. Quando a questão chega ao Judiciário observa-se que em diversas situações que mostram inclusive a jurisprudência que tenta-se garantir ao menos os direitos fundamentais. Ocorre que há situações que não chegam ao Judiciário e é claro que nenhum direito é respeitado, inclusive e até o mínimo existencial.

Assim, para se pensar em discricionariedade administrativa válida é preciso que o Poder Executivo possa agir principalmente com eficiência em seus atos e sendo necessário avaliar situações que envolvem esse tipo de poder, seja possível ao Judiciário agir, sem invadir a esfera de funções dos demais poderes.

7. CONCLUSÃO

A transmutação do Direito à educação, de fundamental social para de personalidade foi um salto no mundo jurídico em termos de novas garantias que se dispensa a dignidade do ser humano. A educação tornou-se valor que passou a integrar a personalidade humana, pois fundamental para o seu desenvolvimento.

Nesse diapasão invoca-se o Princípio da Complementaridade que também é uma característica dos direitos fundamentais. Percebe-se que olhar para a educação a partir desse nem tão novo princípio importa em afirmar que a partir delas novos direitos podem ser concretizados. Na verdade, em algumas situações somente com a educação outros direitos fundamentais podem ser conquistados e firmados. O livre exercício da democracia exige que se realize o direito à informação, que por sua vez é adquirido também a partir da educação.

Nesse contexto em que se evidencia a importância do direito à educação não é de se duvidar por que tantas vezes ele é negado à população. Indiscutivelmente é uma forma de manter povos sob o cabresto, principalmente em tempos de eleição. Ele se torna uma preciosa moeda de troca, principalmente porque em algumas regiões do país, infelizmente, a única refeição da criança é a

merenda servida na escola. O direito a alimentação em horário escolar não escapou à CF/88.

A educação dispõe de recursos para nela serem investidos, ocorre que misteriosamente não são poucas as vezes que o particular busca o Poder Judiciário para ver esse direito concretizado, principalmente quando se necessita de vagas em creches. Há uma insistência em afirmar que não é possível atender a demanda, tendo em vista a escassez de recursos ou a reserva do possível. Também que não cabe ao Poder Judiciário exigir que o Estado desenvolva políticas públicas.

De fato, não seria, se não se tratasse de um direito fundamental. Essa é uma das principais diferenças do direito à educação, como mencionado, sua fundamentalidade que atrai do Poder Público a sua realização.

O que se pode concluir da pesquisa é que o Poder Judiciário quando determina que o Poder Público desenvolva as políticas públicas para a concretização de um determinado direito, em especial no caso em tela do direito à educação, não se trata de invasão a discricionariedade do agente público ou de ativismo judicial. Não invade a competência do executivo porque em termos de direito fundamental não há margem a discricionariedade, é preciso ser feito. Por outro lado, também não se trata de ativismo, pois o Judiciário está exercendo a sua função típica, qual seja, dizer o direito.

O Estado deve realizar a política que lhe foi atribuída pelo voto popular e nela não há margem para discricionariedade, a qual se torna reduz diante da fundamentalidade de alguns direitos, como anteriormente explicado. Portanto, realizar a política que é a sua função é realizar a política pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. IBGE EDUCA. **Conheça O Brasil – População – Educação**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>. Acesso em: 31 dez. 2019.

BRASIL. TJPR. Apelação Cível e Remessa Necessária nº 1716599-4, de Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção. Apelante: MUNICÍPIO DE CURITIBA; Apelado E. S. DE C. DOS S. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/visualizacao>. Acesso em: 31 dez. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico**. Saraiva. São Paulo: 2006.

CAMARGO, Elenrose Paleari Do Amaral. BOTELHO, Marcos César. Políticas Públicas e Envelhecimento Ativo. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. ALVES, Fernando de Brito (Org.). **Políticas Públicas da Previsibilidade a Obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui - SP: Boreal Editora, 2011, p. 175-194.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Derecho Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Ed. Verbatim, 2019.

FREITAS, Pedro Ferreira de; MOTTA, Ivan Dias da. O direito à educação como direito da personalidade e mínimo existencial. **REVISTA JURÍDICA DO CESUCA**, [S.l.], v. 3, n. 6, p. 46-58, abr. 2016. ISSN 23179554. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/950>. Acesso em: 31 dez. 2019. doi: <https://doi.org/10.17793/rjc.v3i6.950>.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Políticas públicas: atividade exclusivamente estatal X Participação de Empresas Privadas. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. ALVES, Fernando de Brito (Org.). **Políticas Públicas da Previsibilidade a Obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui - SP: Boreal Editora, 2011, p. 53-71.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.875. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/875/783>. Acesso em: 28 dez. 2019.

OLIVEIRA, Claudio Brandão de. A discricionariedade Administrativa: Considerações sobre limites e possibilidades. **Revista Jurídica**. DGCOR – DECCO/ Edição n. 18 – 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos**

fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. Vol. 1 - Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

TESTA, Maurício Gregianin et al. Análise da contribuição do Programa Bolsa Família para o enfrentamento da pobreza e a autonomia dos sujeitos beneficiários. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 6, p. 1519-1541, Dec. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122013000600009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 dez. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122013000600009>.