

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I**

**FERNANDO DE BRITO ALVES**

**JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA**

**SIMONE MARIA PALHETA PIRES**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

##### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

##### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

##### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; José Ricardo Caetano Costa; Simone Maria Palheta Pires – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-400-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. IV

Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I**

---

#### **Apresentação**

O IV Encontro Virtual do CONPEDI que teve como tema “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” promoveu um amplo espaço dialógico entre vários programas de mestrado e doutorado no Brasil. No grupo de trabalho coordenado pelos Professores Simone Maria Palheta Pires, José Ricardo Costa e Fernando de Brito Alves, foram debatidos temas relevantes no âmbito dos Direitos Sociais e Políticas Públicas, por meio da apresentação de 20 (vinte) artigos científicos previamente selecionados pela avaliação por pares, objetivando qualidade e imparcialidade na divulgação do conhecimento. Em todas as apresentações foram observadas contribuições teóricas valiosas e relevantes para o conhecimento científico.

Os trabalhos permearam, em síntese, sobre o direito à moradia e do direito à cidade para pessoa idosa; a importância de políticas públicas para implantação de tecnologias sustentáveis; as políticas públicas em relação a pessoas em situação de rua, bem como aos refugiados e deslocados ambientais; a tutela de pessoas com deficiência e a legislação voltada ao público infantojuvenil em vulnerabilidade. Sobre a pandemia foi debatida a teoria keynesiana, o aumento das desigualdades; a teoria de Amartya Sen e a Emenda Constitucional 95/2016; as políticas educacionais e sua judicialização, o orçamento público e as políticas educacionais; o censo demográfico como definidor de políticas públicas; o papel do Estado e das ONGs para construção de uma perspectiva sobre a sustentabilidade cultural; o princípio fundamental da igualdade no desenvolvimento de um sociedade inclusiva e democrática; a regularização fundiária no Estado de Minas Gerais; aplicação de políticas públicas para os imigrantes no Rio Grande do Sul; uma análise da vulnerabilidade social à luz do art. 791-A da CLT; a origem das socialista dos direitos sociais.

A socialização da produção científica contribui para o aprimoramento e fortalecimento da ciência e pesquisa no Brasil e, ainda, propicia à sociedade acadêmica um amplo espaço de consulta para o desenvolvimento pessoal e profissional do leitores.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o presente GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS E SUA JUDICIALIZAÇÃO:  
RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E VEDAÇÃO DE  
RETROCESSO**

**PUBLIC EDUCATIONAL POLICIES AND THEIR JUDICIALIZATION: RESERVE  
OF THE POSSIBLE, MINIMUM EXISTENTIAL AND BACKREST PROOF**

**Maria Eunice Viana Jotz <sup>1</sup>**  
**Marcia Andrea Bühning <sup>2</sup>**

**Resumo**

O presente trabalho tem por objetivo analisar, a definição e os principais aspectos históricos das políticas públicas educacionais e sua relação com a judicialização da educação, além de abordar os conceitos da reserva do possível, e da vedação ao retrocesso, em detrimento da escassez orçamentária e da reserva do possível. Para tanto, o método utilizado é o hipotético-dedutivo, e a técnica da revisão legislativa, bibliográfica e jurisprudencial, para compreender tal processo. Como conclusão, a verificação do aumento exponencial das demandas relativas à educação nos últimos anos, conforme dados do Supremo Tribunal Federal (STF).

**Palavras-chave:** Direito à educação, Políticas públicas educacionais, Reserva do possível, Mínimo existencial, Vedação de retrocesso

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present work aims to analyze the definition and the main historical aspects of educational public policies and their relationship with the judicialization of education, in addition to addressing the concepts of the reserve of the possible, and the prohibition of retrogression, to the detriment of budget scarcity and of the reservation as possible. Therefore, the method used is the hypothetical-deductive one, and the technique of legislative, bibliographical and jurisprudential review, to understand this process. In conclusion, the verification of the exponential increase in demands related to education in recent years, according to data from the Federal Supreme Court (STF).

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to education, Educational public policies, Reservation as possible, Existential minimum, Kickback seal

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela ESMAFE. Graduada em Direito pela PUCRS. Especialista em Psicopedagogia - Faculdade Santana, ISES, São Paulo. Graduada em Licenciatura Plena em Pedagogia pela UCS. Advogada.

<sup>2</sup> Pós Doutora em Direito Pela FDUL-Lisboa-Portugal. Doutora em Direito pela PUCRS-Brasil. Mestre em Direito pela UFPR. Professora da PUCRS, UFN e ESMAFE. Advogada e Parecerista.

## 1 INTRODUÇÃO

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, proteção constitucional que assegura igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Já a atuação do Poder Judiciário brasileiro no campo das políticas públicas, especialmente do Supremo Tribunal Federal, nunca foi tão debatida em toda a sociedade. Desta forma, ao reunir temas atuais, polêmicos e relevantes do ponto de vista jurídico, contribui-se com o estudo do papel do judiciário em tutelar o direito à educação e os diversos prismas incluídos pela Constituição da República Federativa do Brasil 1988 (CF/88).

Ao compreender a extensão dos temas educacionais judicializados, comparativamente as pesquisas desenvolvidas sobre as decisões judiciais em matéria educacional, percebe-se que há ainda um vasto campo a ser explorado. É incontestável que a educação faz parte da vida de toda comunidade e que as decisões tomadas pelos Poderes da República refletem na vida de toda a sociedade. A CF/88 traz a tutela de inúmeros dispositivos que tratam diretamente da educação e a efetivação de tais dispositivos, contribuem para outorgar os Princípios e os Objetivos Fundamentais da República.

O estudo se propõe a contribuir tendo como ponto de partida a análise da CF/88 que impõe ao Estado a prestação da Educação como direito público subjetivo, dependente de políticas públicas para sua efetivação, é plenamente exigível na esfera do Poder Judiciário quando não prestado de forma espontânea pelos Poderes da República.

Para concretizar o presente trabalho opta-se pelo método hipotético-dedutivo, visto que se objetiva partir de aspectos teóricos, históricos, conceituais da judicialização das políticas públicas educacionais, buscando compreender tal processo. Quanto à metodologia opta-se pela revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Ressalta-se a importância da compreensão da intrincada teia que estabelece as políticas públicas educacionais, forjadas pelo mandamento constitucional e demais previsões infraconstitucionais, unindo as competências dos Entes e os diferentes níveis de ensino, associada as diferenças regionais.

Dessa forma, o artigo foi dividido em dois tópicos, o primeiro, a compreensão da construção histórica para o estabelecimento das políticas públicas e seu impacto nas ações vinculadas à educação. E no segundo, como tais controvérsias trazem o embate em defesa do mínimo existencial e da vedação de retrocesso, em detrimento da escassez orçamentária e da reserva do possível, discussões e premissas apresentadas aos tribunais, transferindo os direitos e obrigações de decisão para o juízo.

## 2 DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

O conceito de políticas públicas vem sendo estudado por diferentes ciências e não existe uma única, nem melhor qualificação. Seguindo definições de diferentes autores para esse conceito. (SOUZA, 2006, p. 12).<sup>1</sup> O tema adquire relevância ao longo das últimas décadas, consequência da ampla abrangência constitucional, pois ao instaurar o modelo de Estado Democrático de Direito, a CF/88 implementa um enfoque nitidamente social. A formulação de políticas públicas transparece no momento em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitoreiras em programas e ações que produzem resultados ou mudanças no mundo real.

Para concretizar tais programas de governo, vale-se da divisão constitucional atribuída aos Poderes, competindo basilamente a atividade da Administração Pública ao Poder Executivo. Em função do comando constitucional ou legal desenvolve-se de forma encadeada atividades que compreende o exercício do Poder de Polícia, o incentivo a determinadas ações de interesse público e o alinhamento da ordem econômica e social. A administração atua de forma positiva ou negativa, na prestação dos serviços, bens e utilidades públicas, visando à garantia das condições existenciais mínimas do indivíduo, correspondentes aos seus direitos fundamentais.

Ao contextualizar o conceito apresentado, em cotejo com as políticas públicas educacionais, a compreensão volta-se as ações vinculadas ao sistema educacional, sendo que a sua pormenorização reflete na organização das escolas e como as políticas, planos e programas educacionais são colocados em prática. Entender como as atuais políticas educacionais estão dispostas no cenário brasileiro, implica em um resgate histórico acerca do tema.

Antes do descobrimento do Brasil, a educação era eminentemente empírica. As comunidades indígenas transmitiam seus ensinamentos entre si e através das gerações, buscando suprir as necessidades dos grupos. No Brasil Colônia, a organização social e política baseou-se na grande propriedade, mão-de-obra escrava e no sistema de poder representado pela família patriarcal, sendo desnecessária a qualificação da mão-de-obra, e o conseqüente desprezo

---

<sup>1</sup> Refere “Mead define como um campo dentro do estudo da política e analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como o que o governo escolhe fazer ou não fazer. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell (1936/1958), ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz”. (SOUZA, 2006. p.12).

à educação escolar. Porém, ressalta-se que a educação diferenciou a população nativa, negra e mestiça, da importação de modelo educacional europeu trazido pelos filhos dos senhores que tinham sua educação formal forjada no exterior. (GONÇALVES, 2012).

Já no período referente ao Império ou da Primeira República, não se observam modificações profundas. A escravidão foi substituída pelo trabalho dos imigrantes, mas a economia continuou sendo agroexportadora e a educação reforçou as diferenças sociais. (FREITAS, 1989). A Independência provocou a necessidade de formação de novos profissionais para se implantar os quadros políticos, técnicos e administrativos, surgindo as primeiras escolas militares e os traços iniciais do ensino superior, com um esboço inicial da política educacional estatal. (VIDAL; FARIA FILHO, 2003).

Nos séculos XVIII e XIX as mudanças ocorridas na Europa pela Revolução Francesa e a Revolução Industrial afetaram o desenvolvimento econômico e social mundial, causando profundas transformações para a humanidade. No Brasil o crescimento da vida urbana e o abandono do campo assinalaram as principais transformações sociais. A educação brasileira da época foi essencialmente destinada a preparação de uma elite e não do povo.

A década de 30 marcou o surgimento das primeiras formas de legislação social e de estímulo ao desenvolvimento industrial, com o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. Nesse período, estudiosos da matéria redigiram o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, um programa de política educacional amplo e integrado, que defendia a educação como função essencialmente pública; a escola integral, sem privilégios econômicos; formação universitária para todos os professores; ensino laico, gratuito e obrigatório. (BOMENY, 2000).

Decorrente deste movimento, na Constituição Brasileira de 1934 a educação passou a ser direito de todos, ministrada pela família e pelos poderes públicos. Entre os anos de 1934 e 1945 reformou-se os ensinos secundário e universitários, associando a implantação da base da educação nacional. Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos positivou o direito à instrução, sendo reconhecido como um direito humano. (GONÇALVES, 2012).

Até os anos de 1960 a educação era centralizada, tendo o mesmo modelo seguido por Estados e Municípios. Em 1961, a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) reduziu a centralização, aumentando a autonomia dos entes. Em 1968 a LDB do ensino superior promoveu a reforma universitária e instituiu às universidades públicas e privadas com autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira. Em 1971, uma reforma na LDB trouxe o ensino obrigatório dos 7 aos 14 anos e previu currículo comum para os ensinos de primeiro e segundo graus, com uma parte comum e outra diversificada de acordo com as características regionais. (MILEK; SABATOVSKI; FONTOURA, 2015).

No período referente a Constituinte, que levou a promulgação da CF/88, a história do Brasil é marcada pela saída do regime militar e pela busca de consolidação da democracia. A CF/88 prevê diferentes reivindicações da sociedade civil e limites ao Poder das Forças Armadas. No campo da Educação vislumbra-se a Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB que entra em vigor em 1996. Subsequente, as políticas educacionais caracterizam-se pela democratização da Educação, ampliando-se o acesso à educação básica, destacando que até a década de 90 uma pequena parcela da população alcançava aos graus mais elevados de ensino. Contemporaneamente surge as políticas de “Educação para Todos” que se estendem até os dias atuais, buscando a conscientização ao respeito das diferenças individuais e do direito a igualdade de oportunidades. Diferentes aspectos da área educacional são norteados pela CF/88, ora os dispositivos versam incorporando demandas sociais, ora regulamentam aspectos gerais, possibilitando que a legislação infraconstitucional dos entes traga sua operacionalização. (GONÇALVES, 2012).

Posteriormente, a promulgação da CF/88, que dispôs de um capítulo para tratar da educação foram elaborados inúmeros textos legislativos que integram ordenamento jurídico, regulamentando-a de maneira efetiva. Destaca-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – FUNDEF, agora substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, o Plano Nacional de Educação, e inúmeros decretos, portarias e resoluções que direcionam a atividade educacional. (OLIVEIRA, 2009).

Ainda exemplificativamente nos textos infraconstitucionais que impactam na educação, foi aprovado em 2015 o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que trata dos aspectos relacionados a inclusão da pessoa com deficiência. No capítulo IV são assegurados o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, registrando no Art. 27 da lei ser “dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação”. (Lei 13.146, 2015).

A sistematização do tema não restringiu a polêmica, visto que Plano Nacional de Educação (PNE) traz a possibilidade de crianças e jovens com deficiência serem matriculados em escolas especiais e não obrigatoriamente na rede regular de ensino, sendo entendido por especialistas educacionais como uma afronta aos tratados internacionais assinados pelo Brasil. (LAPLANE, 2016). O primeiro PNE criado em 1996, vigeu entre os anos de 2001 e 2010. Com



aprovação decenal, por força da EC 59/2009 que o alterou, de uma disposição transitória da LDB, para uma exigência constitucional, norteia a construção dos planos plurianuais orçamentários. Em vigor o PNE aprovado pela Lei 13.005/2004, vigorando até 2020, propõe 20 metas quantificáveis por estatísticas, visando a qualificação e fiscalização das diretrizes e metas para a educação. (MEC, 2014).

Em sua previsão constitucional e posterior EC, o PNE propõe ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduz a erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; a melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; promoção humanística, científica e tecnológica do país e por fim, o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (STF, CF/88)

O Conselho Nacional de Educação é o órgão normativo, deliberativo e de assessoramento do Ministério da Educação responsável por formular e avaliar o PNE e propor a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), zelando pela qualidade do ensino e o cumprimento da legislação educacional. (MEC, 2014). Buscando superar a fragmentação das políticas educacionais é indispensável que sistemas, redes e escolas garantam um patamar comum de aprendizagens, tarefa executada pela BCNN tendo como núcleo central o desenvolvimento de competências e a educação integral. (RAGAZZO; OLIVEIRA, 2017). A BNCC tem caráter normativo e define as aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver. Compõe a política nacional da educação básica, servindo de baliza para as ações dos entes na formação dos professores, avaliação, elaboração de conteúdos educacionais e aos critérios para infraestrutura adequada das instituições. (MEC, 2014).

Necessário salientar os reflexos diretos das decisões dos entes estatais para os estabelecimentos escolares e os sistemas de ensino. É com base constitucional e legal que os responsáveis pelas escolas, como diretores, coordenadores pedagógicos, supervisores, professores, buscam embasamento para estruturar a efetiva prestação educacional atendendo aos alunos, suas famílias e desta forma impactam diretamente na sociedade. As regras do sistema educacional influenciam deste o dia a dia das famílias e das cidades, exemplificativamente o impacto causado no trânsito das cidades quando do retorno às aulas, até mesmo no período de férias que altera a economia de diferentes regiões do país.

Sendo a CF/88 analítica, dentre as definições trazidas para as políticas públicas educacionais evidencia-se o detalhamento para diferentes questões, como o ensino religioso facultativo, a inserção da educação ambiental e segurança do trânsito, o uso obrigatório da língua portuguesa, o cuidado e o respeito a cultura indígena, as características ao regime de

previdência dos professores, além da vedação a todos os entes de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação.

Nessa perspectiva, as competências dos Entes nos itens referentes a educação estão pormenorizadas em diferentes dispositivos. A educação infantil e o ensino fundamental são prioridade para os Municípios; os Estados e o Distrito Federal atuam prioritariamente no ensino fundamental e médio; enquanto a União organiza o Sistema Federal de ensino e o dos Territórios. Já a competência legislativa é concorrente prevista no Art. 24, IX entre a União, Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre a educação, cultura, ensino, desporto, ciência.

Em 2015, a EC 85 trouxe nova redação ao art. 23, V agregando à tecnologia, à pesquisa e à inovação a competência comum dos entes, já responsáveis por proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência. (CF/88). Entretanto, segue sendo competência privativa da União estabelecidas no Art. 22, XXIV CF/88 determinar as diretrizes e bases da educação nacional, através da Lei 9.394, conhecida como LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 20 Dez. de 1996.

A competência legislativa no tema educação obteve tratamento diferenciado nas constituições brasileiras tanto em sua dimensão quanto ao conteúdo ao longo da história. Pode-se destacar a Constituição de 1891 onde a União legislou sobre o ensino superior, enquanto os Estados legislaram sobre ensino primário e secundário. A Constituição de 1934 criou as diretrizes da educação nacional e a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino nos Estados; por fim, na Constituição de 1967 houve o retorno a centralização da estrutura organizacional da educação, decorrente do momento histórico. (GONÇALVES, 2012).

O processo de abarcar todos os Entes nas decisões sobre as políticas públicas educacionais trouxe maior flexibilidade de gestão e organização, inclusive curricular, para a educação. Para muitos estudiosos esse processo de descentralização tem seus prós e contras. Se por um lado há Municípios que não tem estrutura para sustentar as mudanças propostas, por outro lado, este modelo atende as peculiaridades regionais com maior eficiência e qualidade. Em outra análise, encontra-se a defesa que a descentralização não seria real, havendo uma “descentralização tutelada”, pois o maior poder de decisão e definição das políticas públicas estariam sob o poder da União. (MENEZES, 2001).

A ideia da descentralização das decisões educacionais não pode ferir o pacto federativo, previsto no Art. 1º da CF/88 que preceitua a união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. No pacto federativo inexistente subordinação entre os entes e suas atribuições são estabelecidas pela CF/88; porém, ao priorizar a unidade federativa, a

autonomia é submetida a um poder central, desempenhada pela União. Destarte, a regra é que os Estados só podem legislar se o poder central não utilizar completa ou parcialmente suas competências, havendo a precedência do direito federal sobre o estadual; se posteriormente, o poder central fizer uso da capacidade legislativa concorrente, a lei estadual cede à lei federal aplicando-se o princípio do interesse público nacional.

Sendo a educação um direito basilar da sociedade, ela envolve a família, a comunidade, o Município, o Estado, a União e as organizações internacionais, em uma ordem preferencial invertida, somente na hipótese de o nível mais individual não poder realizar a tarefa, é que essa, há de ser transposta para um nível de agrupamento superior. (TAVARES, 2012). Notório, quem está mais próximo da realidade concreta da vida terá melhores condições de desenvolver técnicas e utilizar-se dos melhores meios para a consecução dos fins, (DUQUE, 2019) aplicando-se o princípio da subsidiariedade.

O termo subsidiariedade provém do latim, *subsidiarius*, que significa ajuda, reforço, estímulo, encorajamento, supletivo ou que vem em segundo lugar. Tal princípio remete-nos ao reconhecimento da existência de unidades autônomas, no caso os entes federativos previstos no Art. 18 CF/88. Nesse diapasão o princípio da subsidiariedade assume importância fundamental, pois o papel do ente com maior poder estatal será fomentar, coordenar, fiscalizar os demais entes, de tal modo a permitir, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos, e o repasse de verbas para sua implementação. (BARACHO, 2000). Enquanto o Município, ente mais próximo das unidades educacionais, tem autonomia para atender as diferenças regionais, contudo enfrenta dificuldades econômicas para desenvolvê-las condignamente.

Exemplificativo poder evidenciado pela União, são as regras norteadoras do ensino à iniciativa privada, sendo obrigatória a autorização, o cumprimento das normas gerais da educação nacional e de avaliação pelo Poder Público. (CF/88). Em Ação Direta de Inconstitucionalidade o STF se manifestou sobre o tema reforçando a importância de serem seguidas as regras da educação geral nacional e dos Estados-membros, de Relatoria do Min. Eros Grau:

Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil). (ADI 1.266, 2005).

Evidente que a implementação das políticas públicas ocasiona gastos que precisam ser previstos nos orçamentos dos entes. Ao expandir o papel do Estado nas políticas sociais criou-se um fosso entre o controle de gastos públicos, das quais os gestores respondem aos Tribunal de Contas e as garantias estabelecidas pela CF/88. Desta forma, a previsão constitucional que permite ao setor privado assumir parte da função executora das garantias educacionais estabelecidas, se evidencia em todos os níveis de ensino.

A execução das políticas públicas educacionais definidas pelo Ministério da Educação são de responsabilidade do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação (FNDE), criado inicialmente pela lei 5.537/68 sendo chamado de Instituto Nacional de Desenvolvimento da Educação e Pesquisa (INDEP). No ano seguinte foi criado pelo decreto-lei 872/69, com personalidade jurídica de natureza autárquica, o FNDE tendo por finalidade captar recursos financeiros, como do salário-educação, recolhidos pela União e canalizá-los para projetos de ensino e pesquisa, alimentação escolar, uniformes, além de verbas diretas investidas nas escolas. O Fundo (FNDE) desenvolve alguns projetos como: Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE), Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), Brasil Alfabetizado, Apoio ao Atendimento à Educação de Jovens e Adultos (Fazendo escola/PEJA) e Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE). (CASTRO, 2001).

Inicialmente, os fundos eram financiados por 25% das receitas dos impostos e transferência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vinculados à educação por determinação constitucional. (CF/88). Por meio da EC nº 14/96, parte desses recursos passaram a ser subvinculados ao ensino fundamental, tendo como base o número de alunos do ensino fundamental atendido em cada rede de ensino. Após, a EC nº 53/2006 toda a educação básica, da creche ao ensino médio passou a ser beneficiada com recursos federais por meio do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), sendo a distribuição dos recursos baseado no censo escolar do ano anterior, considerando os alunos efetivamente matriculados nos respectivos âmbitos de atuação prioritária. (PINTO, 2017).

Ainda na temática do financiamento das políticas públicas, em agosto de 2020, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 108, que torna permanente o FUNDEB. De acordo com o texto aprovado, a participação da União aumentará gradativamente dos atuais 10% usados no modelo atual, até atingir o percentual de 23% dos recursos que formarão o fundo em 2026. Significativa mudança será o aprimoramento dos critérios de distribuição destes recursos. Seguirão para os Estados, e seus respectivos Municípios, 10 pontos percentuais, quando esses não conseguirem atingir o valor mínimo anual por aluno definido

nacionalmente. Outra parte (de 10,5 pontos percentuais até 2026) será distribuída para as redes estaduais e distritais que não alcançarem o valor anual total por aluno; ressaltando que esta renda já é complementada pelas receitas próprias vinculadas à educação e a cota estadual e municipal do salário educação. Os pontos percentuais restantes de 2,5% serão destinados a redes públicas que apresentarem evolução em indicadores de atendimento e de melhoria da aprendizagem, com redução das desigualdades, ainda a serem previstos nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica. (STF-CF/88).

A EC 108 ainda prevê lei específica sobre o piso salarial nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública e as metas pertinentes ao Plano Nacional de Educação (PNE) referente a organização dos fundos, o cálculo do valor mínimo anual por aluno definido nacionalmente, estudos sobre os valores disponibilizados entre as etapas e modalidades de ensino, o detalhamento da transparência, controle e fiscalização das verbas, entre outros aspectos. Através de maior investimento, é imperativo a busca pela qualificação dos processos de aprendizagem, não sendo suficiente a garantia ao acesso à educação. É essencial que se garanta o acesso e a permanência na escola, a valorização e qualificação dos profissionais da educação, na busca de uma garantia de padrão de qualidade compreendidos como integrantes da própria ideia de fundamentalidade do direito à educação. (SCAFF; PINTO, 2016).

Portanto, a vista da explanação feita, reconhece-se o direito à educação como um direito fundamental de natureza social de indispensável efetivação, que pode ser exigido judicialmente de maneira individual ou coletiva, mas a sua concretização ocorre por meio da realização de políticas públicas educacionais, sujeitas a lei de diretrizes orçamentárias e a responsabilidade fiscal, limitadas pelos argumentos da escassez de recursos, necessidade de transparência e controle gastos públicos. Nessa lógica, por meio da análise conceitual e histórica das teorias da reserva do possível e da vedação do retrocesso, a seguir explora-se a busca pela proteção a reserva do mínimo existencial, constatando-se o embate que serve de premissa entre os que lutam pela efetivação da garantia do direito à educação e os gestores e legisladores em todas as instâncias do Poder Judiciário Brasileiro.

### **3 AS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO**

O direito à educação representa prerrogativa constitucional deferida a todos, cujo adimplemento impõe ao poder público a prestação positiva de um dever, assim o Estado só se desincumbe desse direito quando o seu titular se encontra em condições plenas de exercê-las.

Quando a adoção de políticas públicas não cumpre o que é delineado constitucionalmente poderá ser qualificada como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, (STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.101.106, 2018). levando ao controle da discricionariedade administrativa, ou mesmo das opções legislativas, através da intervenção judicial.

As políticas públicas são um conjunto de ações que buscam efetivar os direitos fundamentais previstos na CF/88. Ao materializar tal previsão a CF/88 no Art. 34, alínea “e” ao inc. VII traz a permissão de Intervenção Federal da União nos Estado e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita transferida, resultante de impostos estaduais, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Previsão simétrica advém do Art. 35 da CF/88 com a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (STF, CF/88).

Em seu voto proferido na Intervenção Federal 2915/SP o relator Min. Gilmar Mendes, fundamenta suas premissas na impossibilidade da cláusula da reserva do possível ser invocada quando ocorre, o que ele denomina como expressão, a “reserva do financeiramente possível”:

Um caso paradigmático neste sentido é aquele em que a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre ‘*numerus clausus*’ de vagas nas Universidades (*‘numerus clausus Entscheidung’*), reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à “reserva do financeiramente possível” (*‘Vorbehalt des finanziellen Möglichen’*). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vagas a qualquer tempo e a qualquer um que as pleiteie, exigindo altos investimentos destinados a suprir demandas individuais sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo. (BVerfGE 33, 303 (333)). (STF, Intervenção Federal 2915, 2003).

Tendo em vista a insuficiência de recursos, doutrinadores argumentam que os direitos sociais são submetidos a reserva do possível. (MARTINS, 2019). Postulam que os direitos sociais são de realização gradual, sujeita a disponibilidades de cada momento, seguindo a forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Sendo advertidos pelos Ministros do STF que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo poder público com o propósito de “fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação”, segundo o relator, Celso Bandeira de Mello,(STF, Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SP /DF, 2011) de políticas públicas definidas pela própria CF/88.

Entendem os estudiosos, precedidos por Canotilho (2008) que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais quando limitados pela reserva do possível se caracterizam pela gradativa implementação; pela dependência financeira relativa ao orçamento dos entes; pela discricionariedade limitada do legislador quanto às políticas públicas e sua liberdade tendenciosa; e por fim, pela suscetibilidade do controle jurisdicional aos programas políticos-legislativos. Admite-se exceção quando a concretização de tais direitos estiver manifestamente em contradição as normas constitucionais ou carreguem dimensões materialmente não razoáveis.

Ao julgar a ADPF 45/DF,<sup>2</sup> o Ministro Celso de Mello em 2004 explana sobre o tema, em decisão monocrática que serve de referência ao tema.

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

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

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "**reserva do possível**" - ressalvada a ocorrência de **justo motivo objetivamente aferível** - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF, Informativo 45, 2004) (grifos nossos).

Com base em tal explanação ao referir-se ao justo motivo objetivamente aferível, os Ministros do STF utilizam critérios idênticos, independente dos temas e casos distintos entre si, podendo ser ações que versem sobre medicamentos, sistema carcerário, vagas em escolas ou hospitais, entre outros temas sociais.

Em pesquisa nas decisões proferidas pelo STF averiguou-se que os Ministros do STF se referem a expressão “reserva do possível” ora como “princípio”, ora como “cláusula” e ora como “teoria” (SILVA, 2016) não havendo consistência para se afirmar qual a natureza jurídica

---

<sup>2</sup> A ADPF 45/2004 continua a ser usada como um dos grandes precedentes jurisprudenciais de uma época, cuja decisão versava sobre finanças públicas e acesso às prestações de saúde. O Tribunal entendeu “com relação à teoria da reserva do possível que se mostraria ilícito ao Poder Público que mediante indevida manipulação de sua atividade financeira criar obstáculo artificial”. A fim de que se “revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação em favor da pessoa e dos cidadãos em condições materiais mínimas de existência”. (BÜHRING, 2014, p. 213-220).

atribuída ao tema pela corte. A controvérsia persiste quanto aos requisitos para a aplicabilidade do instituto da reserva do possível, sendo pacífico o entendimento do ônus do Poder Público em comprovar objetivamente a falta de recursos e a legitimidade em não prestar o que lhe é exigido.

Não obstante, a Suprema Corte manifesta-se sobre tema firmando entendimento de não se admitir tal alegação como escusa à garantia do mínimo existencial. O princípio da reserva do possível não deve coibir a eficácia e a aplicação do mínimo existencial, especialmente no que tange aos direitos fundamentais sociais prestacionais, (SARLET; TIMM, 2008) como a educação ou a saúde, sendo normas de direitos fundamentais há de se outorgar, à luz do caso concreto, a máxima efetividade possível.

Em julgamento referente a atendimento em creche e pré-escola que busca a obrigação do Município em matricular crianças próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, o STF no Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SP/DF de relatoria do Min. Celso Bandeira de Mello, manifestou-se sobre as dificuldades resultantes do poder público realizar as denominadas “escolhas trágicas”, em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros.

o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a **cláusula da reserva do possível** encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do **mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional (grifos nossos). (STF, Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SP/DF, 2011).

Em decisão precedente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o relator no Recurso Especial 474.361 SP /DF Herman Benjamin, não se ateu a discorrer sobre o dever do Município de assegurar o acesso das crianças em creches, tampouco a legitimidade do Ministério Público como patrono da causa, por não haver discussão sobre os temas, tamanho sua unanimidade. Mas julgou que, a Administração Pública ao apresentar em sua defesa a insuficiência orçamentária, estaria alegando um fato impeditivo do direito do autor. Em respeito à inteligência do Art. 373, II do Código de Processo Civil (CPC), que regra geral, aquele que invoca fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, admite o fato básico e ao torná-lo incontroverso, dispensa que o autor prove o alegado. Desta forma, o STJ resolveu a demanda ao inverter o ônus da prova, e tornou dever processual a responsabilidade da Administração Pública provar a insuficiência orçamentária, (STF, Recurso Especial 474.361 SP/DF, 2009) respeitando o paradigma já desenhado pelo STF em decisões análogas.



O debate referente a escassez de recursos, ou mesmo a sua limitação, não é novo, e nas demandas jurídicas sociais, surge como justificativa a discricionariedade do Poder Executivo. No Brasil há estritas regras para elaboração dos planos orçamentários e a responsabilidade fiscal alerta os gestores para a necessidade de transparência, eficiência e controle dos gastos públicos. Em contrapartida, reforça-se a necessidade de garantir o mínimo existencial através do pleno direito à educação, que corresponde ao dever do Estado de oferecer e manter o ensino público e obrigatório.

O mínimo existencial pode ser definido segundo Sarlet e Zockun, (2016) como prestação do Estado e da sociedade para auxiliar a todos a alcançar uma vida com dignidade

um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da ideia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade. (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 10).

A doutrina, em geral, inclui no mínimo existencial: renda mínima, saúde básica e educação fundamental, mesmo não havendo consenso, pois para alguns autores seriam incluídas outras prestações como a moradia e o transporte. (BARROSO, 2009, p. 153).

Em voto paradigma referente a proteção da criança e do adolescente estabelece que o mínimo existencial, de atendimento obrigatório, que obriga o Estado a implementar medidas necessárias que impeçam o risco de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão. (STF, Agravo instrumento 583.136 SC, 2010). Ainda há compreensão que a inclusão de temas sensíveis ao conceito de democracia e apelam à participação efetiva da população, buscando garantia de tratamento igualitário para toda a comunidade, de acordo com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil indicados no art. 3º da CF/88. Além disso, conforme Art. 37 da CF/88, o Estado brasileiro está comprometido com a eficiência e a boa aplicação dos recursos públicos.

Ao garantir o acesso e permanência na escola, a educação serve como argumento para alcançar às famílias carentes o mínimo existencial. Ao oferecer alimentação, transporte, uniforme, cuidados primários e a perspectiva de desenvolvimento, entre outras possibilidades, o Estado aproxima-se de seu dever constitucional, na diligência em garantir o mínimo existencial encontra correspondência com a noção de caridade e do combate à pobreza. (SARLET, 2015).

Os direitos sociais comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Em sentido formal podem ser definidos como aqueles expressos pelo Legislador-Constituinte no rol dos direitos

fundamentais. Em contrapartida, em sentido material são aqueles que mesmo não positivadas no texto constitucional, mas por seu conteúdo e importância, são equiparadas aos direitos formalmente fundamentais. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012). No caso, o direito à educação, conforme já exposto, tem dupla fundamentalidade garantida na positivação do texto constitucional e na relevância social do tema.

O Art. 60, § 4º, IV CF/88 efetiva que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional que tende a abolir os direitos e garantias individuais, elevando tais direitos ao patamar das cláusulas pétreas, ou seja, ao conjunto de normas constitucionais cujo conteúdo o poder constituinte derivado, ou reformador, está impossibilitado de alterar com vistas a sua abolição. (MILHOMEM, 2017). Atente-se que, a imutabilidade refere-se a impedir que as reformas tendam a “abolir” as cláusulas pétreas, não impedindo o seu alargamento ou reforço, especialmente dos direitos fundamentais, fundamentando constitucionalmente a teoria da proibição de retrocesso. (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012). Isso porque, como meios de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade.

Desta forma, uma vez efetivado, o direito social torna-se uma prestação positiva, sendo vedado o seu retrocesso, “ou seja, não podem deixar de ser fornecidos pelo Estado nem terem sua quantidade de serviço diminuída”, (MALISKA, 2001), entendidos como a supressão ou redução de direitos, como referem também, Sarlet e Zockun:

No âmbito de uma proibição de retrocesso, por exemplo, o que em geral está em causa não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a redução ou supressão (de alguma maneira) de prestações sociais já disponibilizadas na esfera das políticas públicas, que, portanto, não podem ser artificialmente excluídas do processo de decisão judicial e das considerações sobre o quanto integram, ou não, o conteúdo essencial do direito. (SARLET; ZOCKUN, 2016).

A controvérsia em torno da irreversibilidade dos direitos fundamentais ou o princípio da proibição do retrocesso social pode ser associada a um direito constitucional de resistência (BUZANELLO, 2005) que se opõe a resignação do legislador quanto a possibilidade de rever lei concessivas de direitos sociais.

O direito de resistência pode ser exercido através de diferentes instrumentos garantidos constitucionalmente como a petição, o mandado de segurança, as ações de inconstitucionalidade, o mandado de injunção e a ação popular. Instrumentos que permitem sanar e corrigir ilegalidades ou abusos de poder, possibilitando a autodefesa da sociedade, na

manutenção da garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, reforçando o pacto constitucional por parte do governante e do legislador.

A vedação do retrocesso serve como premissa para que possa exigir do judiciário a invalidade de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política pública substitutiva ou equivalente. Desta forma a invalidade deriva da exclusão de uma norma que não será substituída por outra mais apropriada, mas sim de uma exclusão que esvazia o comando constitucional. (BARROSO, 2014).

A garantia e a efetividade ao direito à educação impõem que haja o compromisso do poder público, em sua discricionariedade, viabilizar a diminuição das desigualdades sociais, preservando condições mínimas de existência, afastando a reserva do possível no que tange a redução ou supressão das prestações educacionais e, por conseguinte, o seu retrocesso. Salienta-se que a dignidade implementada também pelos direitos sociais, implica em uma dimensão sociocultural, direitos e deveres culturais, em especial com o caso da educação fundamental, destinada a assegurar uma efetiva possibilidade de integração social, econômica, cultural e política ao indivíduo.

Evidencia-se por cautela, que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Desta forma, o princípio da vedação do retrocesso não pode servir de empecilho a alterações no âmbito dos direitos fundamentais, cláusulas pétreas. A proteção integral deve ser referente ao núcleo essencial do direito, não permitindo a extinção de progressos sociais e legais conquistados como se verifica na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.448 / DF: de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso:

As Constituições devem se equilibrar entre permanência e plasticidade, entre a vida e a morte. Se forem rígidas demais, correm o risco de se tornarem anacrônicas e serem substituídas. Para viverem longamente, precisam, portanto, se modificar. Porém, se forem excessivamente flexíveis, correm o risco de terem seus preceitos estruturantes, seu “núcleo essencial” e “identidade” destruídos, o que representaria igualmente o seu decreto de morte. Para cuidar dessas preocupações, há, de um lado, que se permitir emendas à Constituição e, de outro, que se buscar impedir que as reformas possam esvaziar determinados conteúdos, por meio da identificação de “cláusulas pétreas”. Esse é o delicado equilíbrio pelo qual deve velar o Judiciário. (STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.448 / DF, 2016).

Destarte a compreensão do princípio da separação dos poderes, a necessidade de adequação da implementação de direitos sociais à disponibilidade do orçamento público, são ações restritas aos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, por força de mandamento constitucional o Poder Judiciário é investido na competência para efetivação e guarda da CF/88, sendo que não se excluirá da sua apreciação violação flagrante ao ordenamento jurídico

constitucional ou casos de omissão inconstitucional, além dos casos de lesão ou ameaça a direito.

Desse modo, indiscutível a controvérsia existente entre a reserva do possível e a vedação ao retrocesso social no contexto do direito social a educação, sendo patente o conflito existente entre a possibilidade fática e a escassez de recursos públicos permeada pela vontade política. Na busca pela efetivação deste direito fundamental o Poder Judiciário é chamado a garantir o Direito à Educação através da judicialização das políticas públicas, com deferência ao princípio da separação dos poderes como exigência do Estado de Direito. (JOTZ; BÜHRING 2021).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito à educação está positivado no contexto do constitucionalismo social da CF/88 como direito de segunda geração, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar. Ao assegurar o direito fundamental à educação enunciado de forma expressa como direito público subjetivo, tem aplicabilidade imediata, sendo plenamente exigível na esfera do Poder Judiciário quando não prestado de forma espontânea pelos demais Poderes, impondo e direcionando a conduta do gestor público e do legislador na busca da garantia da educação para todos.

Com efeito a tais imposições, a definição de políticas públicas objetiva a efetividade da implementação das previsões legais, atuando de forma positiva ou negativa na concretização dos direitos fundamentais, visando à garantia das condições existenciais mínimas do indivíduo. Assim, as políticas públicas educacionais estão sujeitas a lei de diretrizes orçamentárias e a responsabilidade fiscal, limitadas pelos argumentos da escassez de recursos, necessidade de transparência e controle gastos públicos. Porém, é imprescindível que os diferentes aspectos da área educacional, norteados pela CF/88 tenham sua plena eficácia correspondente ao dever do Estado de oferecer e manter o ensino público, gratuito e obrigatório. Nessa lógica, posteriormente, a promulgação da CF/88, que dispôs de um capítulo para tratar da educação foram elaborados inúmeros textos legislativos que integram ordenamento jurídico, regulamentando-a de maneira efetiva, criando uma intrincada organização que participam todos os entes da federação.

Desta forma, sendo a educação um direito basilar da sociedade, ela envolve a família, a comunidade, o Município, o Estado, a União. Sendo assim, tal hierarquia invertida deve ser respeitada, cabendo a União o papel de uniformizar, de fomentar, coordenar, fiscalizar os demais entes; permitindo que Estado e Municípios, ao descentralizar a administração da

educação, atendam com maior autonomia as diferenças regionais. Em virtude da ampla previsão constitucional e legal da educação, a judicialização do tema tornou-se recorrente constatando-se o embate que serve de premissa entre os que lutam pela efetivação da garantia do direito à educação e os gestores e legisladores em todas as instâncias do Poder Judiciário Brasileiro.

No entanto, tendo em vista a insuficiência de recursos, os gestores justificam a não efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais através da teoria da Reserva do Possível. A controvérsia persiste quanto aos requisitos para a aplicabilidade de tal Instituto, sendo pacífico o entendimento do ônus do Poder Público em comprovar objetivamente a falta de recursos e a legitimidade em não prestar o que lhe é exigido, sendo insuperável a limitação da exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa no contexto de ordenamento positivo a emanção direta do postulado essencial da dignidade da pessoa humana. Ao garantir o acesso e permanência na escola, a educação serve como argumento para alcançar às famílias carentes, o mínimo existencial. Paralelamente, soma-se a exigência a Vedação de Retrocesso Social no contexto do direito social à educação, pois no entendimento do Poder Judiciário, uma vez efetivado, o direito social torna-se uma prestação positiva, sendo vedado o seu retrocesso, por meio da supressão ou da redução de direitos.

Desse modo, através judicialização das políticas públicas os titulares dos direitos fundamentais obtêm do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional líquida e eficaz, suprimindo e transferindo os direitos e obrigações de decisão de políticos e administradores para um juízo, na busca de entregar o bem jurídico constitucionalmente garantido. É notório que no Brasil o fenômeno da judicialização das políticas públicas está relacionado a promulgação da CF/88 que trouxe a reconstituição do país após a ditadura militar, com a recuperação da liberdade democrática e a revitalização da cidadania, havendo maior conscientização do povo em relação aos seus direitos, que foram significativamente ampliados. Concomitante a judicialização das políticas públicas, o ativismo judicial nasce fruto de uma interpretação proativa que advém da hermenêutica jurídica expansiva na busca de garantir a realização do direito das partes por meio de soluções interpretativas, levando a maior interferência do judiciário no espaço de atuação dos outros demais Poderes, decorrentes de omissão ou morosidade dos demais poderes.

## **REFERÊNCIAS**

BARACHO. José Alfredo de O. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. São Paulo: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 153.

BARROSO, Luís Roberto. **Intepretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma** dogmática constitucional transformadora 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014

BOMENY, Helena. **Os intelectuais da Educação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp> Acesso em 14 Ago.2020.

BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**. Conselho Nacional de Educação. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/ SASE), 2014. Disponível em <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/> Acesso em 10 Ago.2020.

BRASIL. MEC. **Conselho Nacional de Educação – CNE**. Brasília. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao> Acesso em 05 Ago.2020.

BRASIL. MEC. **Planejando a Próxima Década – Conhecendo as 20 Metas do PNE**. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/ SASE), Brasília. 2014. Disponível em [http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne\\_conhecendo\\_20\\_metas.pdf](http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf) Acesso em 08 Ago.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 474.361 SP /DF**: Relator: Herman Benjamin Publicada em 21/08/2009 T2 -Segunda Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061653/recurso-especial-resp-474361-sp-2002-0137138-0-stj/relatorio-e-voto-12194393> Acesso em 18 Jul.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.266**. DF. Relator: Eros Grau. Publicada em 06.04.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=371&tipo=CJ&termo=educa%E7%E3o> Acesso em 03 Jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.101.106, 2ª** Turma, Brasília, DF. Relator: Celso de Mello. Publicada em 22.04.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28EDUCA%C7%C3O+RESERVA+POSS%CDVEL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4hmvcql> Acesso 14 Jun.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SP /DF**: Relator: Celso Bandeira de Mello. Publicada em 23/08/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> Acesso em 18 Jul.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo instrumento 583.136 SC**. DF. Relator: Cármen Lúcia Publicada 24.05.2010. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Jurisprud%C3%Aancia/A\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_o\\_Supremo\\_mat%C3%A9ria\\_relacionada\\_a\\_crian%C3%A7a\\_e\\_adolescente.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Jurisprud%C3%Aancia/A_Constitui%C3%A7%C3%A3o_e_o_Supremo_mat%C3%A9ria_relacionada_a_crian%C3%A7a_e_adolescente.pdf) Acesso em 20 Jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 45 STF**, Pleno, Brasília, DF, Relator: Celso de Mello, Publicada em 04.05.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> Acesso em 14 Jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Intervenção Federal 2.915**. Pleno. Brasília. Relator: Gilmar Mendes. Publicada em 03.02.2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14745583/intervencao-federal-if-2915-sp> Acesso em 15 Jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.448 / DF**: Relator: Luís Roberto Barroso. Publicada em 10/10/2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34448.pdf> Acesso em 16 Jul.2020.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Mobilidade, Fronteiras & Direito à Saúde**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

BUZANELLO, José Carlos. **Em torno da Constituição do direito de resistência**. In: Revista de Informação Legislativa. n. 168. Out./Dez. 2005. Brasília. Disponível em [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/168/ril\\_v42\\_n168\\_p19.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/168/ril_v42_n168_p19.pdf) Acesso em 14 Ago.2020

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. In: Rev. dos Tribunais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. Disponível em [www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2008;000818671](http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2008;000818671) Acesso em 08 Ago.2020.

CASTRO, Jorge Abrahão. **Financiamento da Educação no Brasil**. In: Revista em Aberto v.1, n.74. Brasília. Dez. 2001. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485895/Financiamento+da+educa%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil/79f5c55d-64f2-4972-ab66-64abf605597d?version=1.3> Acesso em 12 Jun.2020.

DUQUE, Marcelo. **Teoria da Federação e repartição constitucional de competências**. ESMAFE. Porto Alegre, 2019.

FREITAG, Bárbara. **Política Educacional e Indústria Cultural**. São Paulo: Cortez, 1989.

GONÇALVES, Nadia G. **Constituição histórica da educação no Brasil**. Curitiba: Intersaberes, 2012.

JOTS, Maria Eunice Viana; BÜHRING, Marcia Andrea. **Direito Fundamental á Educação no Contexto do Constitucionalismo Social e as Decisões do STF**. In: **Direitos sociais e políticas públicas I**. Organização CONPEDI. Coordenadores: Ivan Dias da Motta; Julia Maurmann Ximenes; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini – Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/uv843e0i/Ai2E2VB9Vc3u526D.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

LAPLANE, Adriana. **Uma análise das condições para a implementação de políticas de educação inclusiva no Brasil e na Inglaterra**. Educação e Sociedade. vol. 27, n. 96. Campinas: On-line Version. Oct. 2016. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302006000300004&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302006000300004&script=sci_arttext&tlng=pt) Acesso em 18 Jul.2020.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001.

MARTINS, Ives G. M.; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos V. (Coord.). **Tratado de direito Constitucional**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MARTINS, Paulo de Sena. **O direito à educação na Carta Cidadã**. In: Revista de Informação Legislativa. v. 56, n. 221, Jan./Mar. Brasília: RIL 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril\\_v56\\_n221\\_p223](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p223) Acesso em 15 Jun.2020.

MENEZES, Raul Miranda. **Processo de Gasto e Descentralização na Política Educacional Brasileira**, In: Revista em Aberto. v.18, n.74. Brasília. Dez. 2001. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485895/Financiamento+da+educa%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil/79f5c55d-64f2-4972-ab66-64abf605597d?version=1.3> Acesso em 12 Jun.2020.

MILEK, Emanuelle; SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA (Org.) **História LDB - Lei 9.394/96**. 4 ed. Juruá: Curitiba. 2015

MILHOMEM, Maria José S.C. **O STF e as interferências no poder legislativo**. In: Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico. v. 3, n. 2, Maranhão. Jul./Dez. 2017. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/2448> Acesso em 20 Ago.2020.

OLVEIRA, Romualdo P. **O Direito à Educação na CF 88 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça** In: Revista Digital Brasileira de Educação. Mai/Jun./Jul. USP. São Paulo. 2009. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/277056425\\_O\\_Direito\\_a\\_Educacao\\_na\\_Constituicao\\_Federal\\_de\\_1988\\_e\\_seu\\_restabelecimento\\_pelo\\_sistema\\_de\\_Justica](https://www.researchgate.net/publication/277056425_O_Direito_a_Educacao_na_Constituicao_Federal_de_1988_e_seu_restabelecimento_pelo_sistema_de_Justica) Acesso em 19 Ago.2020.

PINTO, Élide G. **O controle do gasto mínimo em educação e do cumprimento das metas e estratégias do PNE pelo Ministério Público de Contas**. In: Organização Todos pela Educação. São Paulo: Moderna, 2017

RAGAZZO, Carlos E. J; OLIVEIRA, Isabel Cristina V. **Plano Nacional de Educação: Desafios de governança e accountability. Reflexões sobre justiça e educação**. In: Organização Todos pela Educação. São Paulo: Moderna, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na CF de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. In: Revista de Investigações Constitucionais, vol. 3, n. 2, Curitiba. Maio/Ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594> Acesso em 12 Jun.2020.

SCAFF, Elisangela Alves da S.; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. **O Supremo Tribunal Federal e a Garantia do Direito à Educação**. In: Revista Brasileira de Educação. n. 65, v.21. São Paulo. 2016. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-24782016000200431&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-24782016000200431&script=sci_abstract&tlng=pt) Acesso em 04 Jun.2020.

SILVA, Adriano Ferreira. **Reserva do Possível do Suprema Tribunal Federal: uma expressão enigmática?** Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa**, In: Caderno Centro de Estudos e Pesquisa em Humanidades - CRH, n. 39, Jun./ Dez. Salvador: UFB, 2006. p.12

TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIDAL, Diana G; FILHO, Luciano M de Faria. **História da Educação no Brasil: a construção histórica do campo (1880-1970)**. In: Revista Brasileira de História, Vol.23, n.45, 2003. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882003000100003&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882003000100003&script=sci_arttext&tlng=pt) Acesso em 05 Ago.2020.