

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-067-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

**O CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A ESSENCIALIDADE DE ACORDO
COM O CASO CONCRETO**

**THE ESSENTIAL CONTENT OF THE RIGHT TO BASIC EDUCATION IN
BRAZILIAN LAW: THE ESSENTIALITY IN ACCORDANCE WITH CONCRETE
CASE**

**Elisa Resende Bueno Da Fonseca
Carlos Alberto Simões de Tomaz**

Resumo

A proposta desse artigo é analisar o modo pelo qual o direito fundamental à educação básica deve ser interpretado e aplicado no direito brasileiro. Isso porque há uma impressão de que o conteúdo essencial do direito à educação básica é definido a priori como absoluto, ou seja, é imperativo em toda e qualquer circunstância, ainda que desproporcional. Contudo, o presente trabalho demonstra que o fato de o direito à educação básica, em muitos casos, prevalecer com maior grau de certeza sobre outros princípios ou direitos fundamentais não justifica uma natureza absoluta, significa apenas que, em determinadas circunstâncias, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor do direito à educação básica. Assim, como os demais direitos fundamentais, a educação básica não pode ser definida como mínimo existencial fora da situação concreta, sob pena de se exigir o impossível ou impor situação de manifesta injustiça.

Palavras-chave: Direito à educação básica, Mínimo existencial, Conteúdo essencial relativo, Caso concreto

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this paper is to analyze the way in which the fundamental right to basic education should be interpreted and applied in Brazilian law. It because there is an impression that the essential content of the right to basic education is defined a priori as an absolute, namely, is imperative in any and all circumstances, even disproportionate. However, this work demonstrates that the fact of the right to basic education, in many cases, prevail with greater certainty about other principles or fundamental rights does not justify an absolute nature, it just means that in certain circumstances, there is practically not be avoided legal and constitutional reasons for a precedence relationship in favor of the right to basic education. Thus, like other fundamental rights, basic education can not be defined as existential minimum out of the concrete situation, on pain of demand the impossible or impose situation of manifest injustice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to basic education, Existential minimum, Essential relative content, Concrete case

1 INTRODUÇÃO

Embora haja um consenso geral de que não existem direitos absolutos, o direito à educação básica é tido pela doutrina majoritária e por algumas atuais jurisprudências do STJ como mínimo existencial definido *a priori*, inoponível à reserva do possível e impassível de ponderação – absoluto, portanto.

Não se olvida sobre a essencialidade do efetivo direito à educação. Tal direito é, no mínimo, determinante para se alcançar os objetivos fundamentais da República. Porém, com o intuito de enriquecer o debate e atribuir-lhe uma interpretação coerente com a própria ideia de Estado Democrático de Direito, o presente trabalho se contrapõe ao entendimento majoritário e defende a definição do conteúdo e extensão do mínimo existencial a partir da análise do caso concreto.

Exposto de outra forma, neste artigo pretende-se demonstrar que até mesmo o direito à educação básica deve ser passível de ponderação e oponível à reserva do possível, uma vez que, do contrário, estar-se-ia ignorando a realidade contextual e impondo, muitas vezes, uma obrigação manifestamente “injusta” ou impossível de ser executada.

Sob o enfoque do direito enquanto uma ciência cultural, o trabalho se desenrola analisando o direito à educação básica no ordenamento jurídico brasileiro e as teorias para definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que permitirá constatar o modo pelo qual o direito à educação básica deve ser interpretado no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema desperta interesse uma vez que dispõe sobre a aplicabilidade do direito fundamental à educação básica dentro do contexto sócio econômico e cultural. Também por tratar de efetividade de um dos direitos mais pretendidos na atualidade¹ que, indubitavelmente, salta aos olhos o grau de importância do assunto abordado.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

¹ Considerando a “onda” de manifestações de cidadãos e professores brasileiros e a grande discussão sobre o tema entre os presidentes na última eleição (2014).

A Constituição de 1988, de forma expressa, elevou o direito à educação básica² a dever prioritário do Estado, diferenciando-o de outros direitos individuais e coletivos.

Além de ter incluído o direito à educação no rol dos direitos fundamentais sociais (artigo 6º), dedicou um capítulo específico para tal (Capítulo III, Seção I – artigos 205 a 214).

A Constituição, dessa forma, cuidou de disciplinar o direito à educação, enquanto direito de todos e dever do Estado e da família, orientando-o na direção de três principais objetivos: o pleno desenvolvimento da pessoa; o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Nota-se que os objetivos da educação se misturam e se confundem com os próprios objetivos fundamentais da República. Afinal, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem preconceito e discriminação só (e somente só) serão possíveis, se por meio da educação.

É por essa razão que, em seu artigo 227, a Constituição brasileira assegura, “com absoluta prioridade”, à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à educação³. Porquanto, no artigo 208, inciso I, dispõe como dever do Estado, a “educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade”⁴.

Daí dizer que, na ordem jurídica brasileira, a violação do direito à educação básica⁵ mostra-se tão grave e intolerável como negar às crianças e aos jovens os direitos a vida e a saúde.

Sob esse enfoque, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar questões que envolvem o direito à educação básica, tem reiteradamente decidido em favor dos que têm direito subjetivo à educação, porquanto condena o Estado no cumprimento do seu dever constitucional prioritário⁶.

² No presente trabalho, os direitos fundamentais, especificamente o direito à educação, são entendidos como princípios ou mandamentos de otimização. Nesse sentido, como mandamento de otimização, o direito à educação básica é uma norma que ordena que a educação, nos limites de sua definição e conteúdo, seja realizada, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível. Para tanto, adota-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

³ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

⁴ Além de assegurar a oferta igualmente gratuita àqueles que não tiveram acesso à educação na idade própria.

⁵ Por educação básica entende-se a educação escolar que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, tal qual disciplina o artigo 21, inciso I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394 de 1996).

⁶ Como por exemplo: REsp 440.502 / SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., julgado em 15/12/2009, DJe 24/09/2010; REsp 1.185.474 / SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010;

Não se olvida que o resultado prático atingido pelo STJ, qual seja, a imposição de construção de escolas, de adaptação para alunos deficientes ou de criação de novas vagas, quase sempre é o necessário. Todavia, a partir da Emenda Constitucional 65 de 2010 que atribuiu nova redação ao artigo 227, dotando o direito à educação de “absoluta prioridade”, a fundamentação aduzida pelo Tribunal Superior, em alguns casos, não se apresenta como a mais adequada.

Isso porque, em suma, o STJ⁷ parte da premissa de que o direito à educação básica é absoluta prioridade do Estado, portanto, um direito absoluto *a priori*, inoponível à reserva do possível e impassível de ponderação⁸.

REsp 1.189.082 / SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., julgado em 02/12/2010, DJe 04/02/2011; REsp 510.598 / SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., julgado em 17/04/2007, DJe 13/02/2008.

⁷ Em algumas decisões, já que não há um posicionamento único nos últimos tempos.

⁸ Nesse sentido citam-se trechos abaixo transcritos extraídos de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: [...] 2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. **Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988.** A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde. 3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. 4. Cabe ao *Parquet* ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA. 5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da *inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada. 7. **No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.** 8. **Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei.** 9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica. 10. Recurso Especial não provido.[...] (REsp 440.502/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., julgado em 15/12/2009, DJe 24/09/2010). Na mesma linha e mais recentemente, o STJ entendeu que: [...] 2. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.** 3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. 5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da

Assim, de forma implícita, o STJ aplica o direito à educação básica como um mínimo existencial de conteúdo essencial absoluto, ou seja, independente das circunstâncias e do caso concreto não cabe qualquer relativização, mesmo que proporcional.

Embora se reconheça a importância e indispensabilidade da educação na contemporaneidade, acredita-se que nenhum direito pode ser considerado previamente absoluto. Isso porque é indispensável a análise do contexto, sem a qual não se chegará à resposta “inteiramente adequada a uma situação hermenêutica específica”⁹. Em outras palavras, afirmar a superioridade de qualquer direito sem situá-lo no tempo e no espaço é imposição arbitrária, muito diferente da experiência democrática.

Isso porque nem mesmo o direito à vida pode ser considerado absoluto *a priori*. Como exemplo, vale citar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54, julgada em 2012, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal¹⁰. Nesse julgamento, vale a leitura do voto da Ministra Rosa Weber, que, por sua vez, cuidou de ponderar os direitos fundamentais em conflito, quais sejam, o direito à vida do feto anencéfalo e o direito à saúde e dignidade humana da mãe. Sob esse enfoque, a Ministra Rosa Weber avulta a importância da necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, indubitavelmente dois componentes da dignidade humana da mulher, em detrimento do direito à vida do feto que sofre de anencefalia. Daí perceber que até mesmo o direito à vida, dependendo do contexto e dos demais direitos em colisão, deve ser relativizado na busca pela justiça.

Desse modo, com o intuito de demonstrar a incompatibilidade da premissa do STJ com os parâmetros do Estado Democrático de Direito, o trabalho segue propondo a necessária consideração do contexto do caso concreto para a definição, *a posteriori*, do direito à educação como mínimo existencial.

previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II). [...] (RMS 36.034 / MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª S., julgado em 26/02/2014, DJe 15/04/2014).

⁹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. 1.ed. São Paulo: Baraúna, 2011, p.260.

¹⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 25 de novembro de 2014.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL

Quando se fala de *mínimo*, mínimo existencial, não está se referindo a garantia integral dos direitos sociais, mas, evidentemente, a “garantia de um mínimo sem o qual os cidadãos não conseguiriam ter uma *vida digna*”¹¹.

Mínimo existencial, dessa forma, é diferente de mínimo vital ou mínimo para se viver, já que “abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na ‘vida’ social”¹².

Nesse sentido, vale destacar o entendimento de Ana Paula de Barcellos: “o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis a existência humana digna (...) um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”¹³.

Ada Pellegrini Grinover, nesse mesmo sentido, refere-se ao mínimo existencial como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”¹⁴⁻¹⁵.

Conforme destacado por Juliana Daniel, a doutrina nacional majoritária¹⁶ leva em consideração pontos comuns para definir o mínimo existencial. Em geral, o definem “como um núcleo básico, formado por um conjunto de prestações materiais mínimas, ligada ao

¹¹ DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 96.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1185474 / SC, da 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/04/2010, publicado no DJe em 29/04/2010.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

¹⁵ No entanto, embora Ada Pellegrini Grinover tenha feito referência apenas aos direitos que exigem prestações positivas do Estado, vale destacar o ponto que Juliana Maia Daniel chamou a atenção: “isso não exclui, todavia, a possibilidade de entender que faz parte de um “mínimo existencial” direitos de dimensão negativa, como o direito à imunidade tributária, assim entendida como dispensa do pagamento de impostos por aqueles que não têm condições financeiras de fazê-lo” (DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 96).

¹⁶ De acordo com Juliana Daniel, a doutrina nacional majoritária é formada por autores da chamada “escola carioca” que se dedicaram ao tema (tais como Ana Paula de Barcellos e Ricardo Lobo Torres), além de outros de relevo (como o Professor Kazuo Watanabe).

princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual poderia se afirmar que esse princípio foi violado”¹⁷.

Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe ainda acrescentam pontos importantes nessa definição: a justiciabilidade imediata e a impossibilidade de invocação da reserva do possível em face do mínimo existencial¹⁸. Em outras palavras, ao mínimo existencial deve-se conferir eficácia plena, aplicação imediata e não é permitido à Administração Pública alegar ausência de recurso financeiro quando tutelado judicialmente.

Porém, o ponto principal, pelo menos para o presente trabalho, é o momento em que se define um direito como mínimo existencial. Importantes autores acreditam que o mínimo existencial é definido *a priori*, ou seja, é pré-definido como tal, independe do contexto que é invocado¹⁹. Sob esse enfoque, direitos de mínimo existencial terão seu *plus* de importância em quaisquer circunstâncias, podendo variar no máximo histórica e geograficamente.

Esse, porém, não é o entendimento do presente trabalho, que defende que um direito, por mais importante que seja, só pode ser reconhecido como mínimo existencial no momento da análise do caso concreto, ou seja, *a posteriori*. No entanto, faz-se necessário o deslinde do tema, para que se possa, ao final, discutir o cerne do problema proposto.

Contudo, seja qual for o momento da definição, *a priori* ou quando da análise do caso concreto, importa saber quais direitos podem ser considerados como mínimo existencial.

Ricardo Lobo Torres aponta como direitos de mínimo existencial aqueles diretamente ligados à seguridade social, quais sejam, saúde, previdência e assistência social; direito à educação; direito à moradia e direito à assistência jurídica²⁰.

Ana Paula de Barcellos, por entender que o mínimo existencial é o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana, seleciona um conjunto de direitos sociais tidos por essenciais²¹ consubstanciados nos seguintes elementos: educação fundamental; saúde básica; assistência aos desamparados e acesso à justiça²².

¹⁷ DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 100.

¹⁸ WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.218-224.

¹⁹ Tal é o entendimento, dentre outros, de Kazuo Watanabe e Daniel Sarmiento.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.114.

²² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

Dentre os doutrinadores que se propõem a delimitar o objeto do mínimo existencial, os elementos variam pouco, no entanto, são unânimes em nele incluir o direito à educação. E não poderia ser diferente.

O direito à educação básica, nele compreendido a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio (artigo 21, inciso I da Lei de Diretrizes e Bases da Educação), representa, indubitavelmente, um dos direitos que mais se aproxima à definição de mínimo existencial.

Isso porque, como bem destacou Guilherme Piccina²³, o direito à educação:

- a) destina-se a efetivar, concomitantemente, o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho²⁴;
- b) permite o desenvolvimento das capacidades e habilidades físicas, morais e intelectuais de cada pessoa, garantindo, assim, o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana²⁵;
- c) permite a integração do indivíduo no meio social, possibilitando-lhe participar com consciência das tomadas de decisões de uma sociedade politicamente organizada, exercendo a cidadania²⁶ e contribuindo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária²⁷;
- d) promove o desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico de nosso País²⁸;
- e) é determinante para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consistentes na erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como na promoção do bem de todos²⁹⁻³⁰.

²³ PICCINA, Guilherme Krahenbuhe Silveira Fontes. **A efetividade do direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial na Constituição Federal**. Dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010, p. 150-152.

²⁴ Artigo 205 da Constituição da República de 1988.

²⁵ Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso III da Constituição da República de 1988.

²⁶ A cidadania é outro fundamento do Estado Democrático de Direito, da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso II da Constituição da República de 1988. Nesse ponto, vale destacar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o analfabeto é considerado inelegível (artigo 14, parágrafo 4º da Constituição da República de 1988).

²⁷ Cumprindo, assim, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso I da CR/88).

²⁸ Artigo 214, inciso V da Constituição da República de 1988.

²⁹ Cumprindo mais dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tal qual previsto no artigo 3º, incisos III e IV da CR/88.

Além de todas as consequências apontadas, o direito à educação básica é previsto na Constituição da República de 1988 como um direito de absoluta prioridade, tal qual a vida, a saúde, a dignidade, a alimentação.

Portanto, as razões acima expostas comprovam a importância conferida ao direito à educação básica pelo ordenamento jurídico brasileiro e tornam clara a possibilidade de inclusão do referido direito no rol do mínimo existencial no momento da análise do caso concreto.

Mas, quais seriam os limites objetivos que determinam o direito à educação enquanto mínimo existencial? Em outras palavras, qual seria a exata medida da extensão mínima que deve ser garantida?

Responder a essas questões é um grande desafio. Principalmente se se pensar na determinação *a priori* do direito à educação como mínimo existencial. Uma vez que, fora do caso concreto, a precisa definição do direito e do seu grau de importância podem não ser tão precisos assim.

Isso porque os contornos do direito à educação, como todos os outros direitos³¹, variam de acordo com o espaço, tempo e circunstâncias. Ademais, de uma forma geral, é imperioso pensar que “não há uma forma única nem um único modelo de educação; a escola não é o único lugar onde ela acontece e talvez nem seja o melhor; o ensino escolar não é a sua única prática e o professor profissional não é o seu único praticante”³².

Nesse sentido, vale destacar, apenas para pensar as diferenças, o que uns índios uma vez escreveram:

Há muitos anos nos Estados Unidos, Virgínia e Maryland assinaram um tratado de paz com os índios das Seis Nações. Ora, como as promessas e os símbolos da educação sempre foram muito adequados a momentos solenes como aquele, logo depois os seus governantes mandaram cartas aos índios para que enviassem alguns

³⁰ Ademais, a soma de todas essas consequências do efetivo direito à educação até aqui apontadas são determinantes para o desenvolvimento nacional, outro objetivo fundamental da República Federativa do Brasil ainda não apontado, completando, assim, todos os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da CR/88.

³¹ Inclusive, e principalmente, o direito à vida digna (princípio da dignidade da pessoa humana) que, nas palavras de Eduardo Bittar: “o valor da dignidade da pessoa humana dentro da cultura de uma sociedade aberta e pluralista pressupõe não somente a preponderância desta visão sobre os demais valores, mas sobretudo que seus valores, consagrados inclusive através de normas jurídicas, sendo uma delas e a de maior importância a Constituição, estejam em permanente processo de troca intersubjetiva, que pertençam ao nível do diálogo comum intercomunicativo (de um agir-em-comum em torno de princípios), que compareçam ao espaço público para sua crítica e discussão, para que estejam de acordo com uma ética do agir comunicativo (Habermas)”. BITTAR, Eduardo C. B. Constituição e Direitos Fundamentais: reflexões jusfilosóficas a partir de Habermas e Häberle. In: **Revisa do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol.19. p.40. Jan/2007DTR/2007/123, p.5.

³² BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação**. Disponível em: <http://www.aedi.ufpa.br/parfor/letras/images/documentos/ativ1_2014/abaetetuba/moju2012/fundamentos%20da%20educacao%20_%20prof.a.%20suzana%20moura_texto.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2014.

de seus jovens às escolas dos brancos. Os chefes responderam agradecendo e recusando. A carta acabou conhecida porque alguns anos mais tarde Benjamin Franklin adotou o costume de divulgá-la aqui e ali. Eis o trecho que nos interessa:

"...Nós estamos convencidos, portanto, que os senhores desejam o bem para nós e agradecemos de todo o coração.

Mas aqueles que são sábios reconhecem que diferentes nações têm concepções diferentes das coisas e, sendo assim, os senhores não ficarão ofendidos ao saber que a vossa ideia de educação não é a mesma que a nossa.

...Muitos dos nossos bravos guerreiros foram formados nas escolas do Norte e aprenderam toda a vossa ciência. Mas, quando eles voltavam para nós, eles eram maus corredores, ignorantes da vida da floresta e incapazes de suportarem o frio e a fome. Não sabiam como caçar o veado, matar o inimigo e construir uma cabana, e falavam a nossa língua muito mal. Eles eram, portanto, totalmente inúteis. Não serviam como guerreiros, como caçadores ou como conselheiros. Ficamos extremamente agradecidos pela vossa oferta e, embora não possamos aceitá-la, para mostrar a nossa gratidão oferecemos aos nobres senhores de Virgínia que nos enviem alguns dos seus jovens, que lhes ensinaremos tudo o que sabemos e faremos, deles, homens."³³

Assim, em mundos diversos e momentos distintos existem educações diferentes³⁴. E, por conseguinte, os contornos do direito à educação em cada lugar, momento e circunstância também são diferentes.

Nesse sentido, as próprias noções do mínimo existencial variam de lugar para lugar, de época para época, de circunstâncias para circunstâncias. De modo que, aquilo que é considerado indispensável em determinado local pode ser totalmente dispensável em outro³⁵.

³³ BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação.** Disponível em: <http://www.aedi.ufpa.br/parfor/letras/images/documentos/ativ1_2014/abaetetuba/moju2012/fundamentos%20da%20educacao%20_%20prof.a.%20suzana%20moura_texto.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2014.

³⁴ Carlos Rodrigues Brandão apresenta diferentes contornos para a educação: “Em mundos diversos a educação existe diferente: em pequenas sociedades tribais de povos caçadores, agricultores ou pastores nômades; em sociedades camponesas, em países desenvolvidos e industrializados; em mundos sociais sem classes, de classes, com este ou aquele tipo de conflito entre as suas classes; em tipos de sociedades e culturas sem Estado, com um Estado em formação ou com ele consolidado entre e sobre as pessoas. Existe a educação de cada categoria de sujeitos de um povo; ela existe em cada povo, ou entre povos que se encontram. Existe entre povos que submetem e dominam outros povos, usando a educação como um recurso a mais de sua dominância. Da família à comunidade, a educação existe difusa em todos os mundos sociais, entre as incontáveis práticas dos mistérios do aprender; primeiro, sem classes de alunos, sem livros e sem professores especialistas; mais adiante com escolas, salas, professores e métodos pedagógicos. A educação pode existir livre e, entre todos, pode ser uma das maneiras que as pessoas criam para tornar comum, como saber, como ideia, como crença, aquilo que é comunitário como bem, como trabalho ou como vida. Ela pode existir imposta por um sistema centralizado de poder, que usa o saber e o controle sobre o saber como armas que reforçam a desigualdade entre os homens, na divisão dos bens, do trabalho, dos direitos e dos símbolos. A educação é, como outras, uma fração do modo de vida dos grupos sociais que a criam e recriam, entre tantas outras invenções de sua cultura, em sua sociedade. Formas de educação que produzem e praticam, para que elas reproduzam, entre todos os que ensinam e aprendem, o saber que atravessa as palavras da tribo, os códigos sociais de conduta, as regras do trabalho, os segredos da arte ou da religião, do artesanato ou da tecnologia que qualquer povo precisa para reinventar, todos os dias, a vida do grupo e a de cada um de seus sujeitos, através de trocas sem fim com a natureza e entre os homens, trocas que existem dentro do mundo social onde a própria educação habita, e desde onde ajuda a explicar — às vezes a ocultar, às vezes a inculcar — de geração em geração, a necessidade da existência de sua ordem.” BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação.** Disponível em: <http://www.aedi.ufpa.br/parfor/letras/images/documentos/ativ1_2014/abaetetuba/moju2012/fundamentos%20da%20educacao%20_%20prof.a.%20suzana%20moura_texto.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2014.

E, se é assim, o direito à educação enquanto mínimo existencial não pode ser estático e pré-determinado. Ainda mais se se considera que o Brasil é um país de diversas dimensões geográficas, com tamanha pluralidade cultural, social e econômica.

Nessa esteira, ao considerar o conceito de mínimo existencial adotado pela maioria dos autores³⁶ constatar-se-á uma grande dificuldade de delimitar o conteúdo do mínimo existencial³⁷. Dificuldade esta que, sem dúvidas, surge com a adoção da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

4 AS TEORIAS PARA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL

“Falar em ‘mínimo existencial’ leva intuitivamente à ideia de um conteúdo essencial de direitos fundamentais”³⁸. Contudo, definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é uma tarefa simplesmente intuitiva, já que, conforme destaca Virgílio Afonso da Silva, “deve ser encarad[a] como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados”³⁹.

Tais problemas, na visão do professor Virgílio Afonso da Silva, são diretamente ligados: “(a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições”⁴⁰. De modo que, da relação dessas três variáveis, e

³⁵ Nesse sentido, vale destacar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet: “o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional I*. vol.57 I. out.2006 DTR/2006/622, p. 16.

³⁶ Conforme citado acima.

³⁷ Tal qual entendimento de Juliana Maia Daniel em sua pesquisa sobre o mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas.

³⁸ DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 95. No mesmo sentido é o Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas, notadamente o art. 6º, parágrafo único do Anteprojeto de Lei de autoria dos Professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe com a versão de setembro de 2014.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In: Revista de Direito do Estado 4* (2006): 23-51. p. 41.

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In: Revista de Direito do Estado 4* (2006): 23-51. p. 41.

dos vários problemas que delas decorrem, define-se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Sob esse enfoque, para o deslinde da presente pesquisa, parte-se do pressuposto que a definição de mínimo existencial se relaciona com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. E, sendo assim, surge a necessidade de estudar as duas diferentes teorias que determinam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, quais sejam, teoria do conteúdo essencial absoluto e teoria do conteúdo essencial relativo⁴¹.

De acordo com a primeira teoria, em cada direito fundamental existe um núcleo absoluto que não comporta relativização. Esse conteúdo é considerado absoluto *a priori*, ou seja, ele é pré-estabelecido como tal. Desse modo, havendo um conflito de interesses, o direito cujo conteúdo essencial é absoluto deve prevalecer independentemente de ponderação. Tal direito nunca poderá ser restringido, ainda que o peso das razões contrárias seja substancialmente elevado. Exposto de outra forma, de acordo com a teoria do conteúdo essencial absoluto, o núcleo essencial do direito fundamental é imperativo em toda e qualquer circunstância.

Contudo, há na teoria do conteúdo essencial absoluto uma subdivisão, podendo o conteúdo absoluto ser considerado estático ou dinâmico.

O conteúdo absoluto será estático se, além de não comportar relativizações, também não comportar nenhuma forma de modificação, quer espacial, quer material-temporal.

Por outro lado, será dinâmico se o conteúdo do direito puder ser modificado com o passar do tempo, embora seja sempre absoluto no sentido de ser definido *a priori* e não comportar relativizações.

Em suma, pode-se dizer que o conteúdo absoluto dinâmico é adaptável à realidade, porquanto o conteúdo absoluto estático é totalmente imutável. Contudo, em ambos os casos, depara-se com a dificuldade de apontar o conteúdo do núcleo absoluto.

Isso porque os contornos do direito tido por absoluto devem ser definidos de fora para dentro, ou seja, primeiro define-se em abstrato os limites do direito e, depois, quando da análise do caso concreto, aplica-se o direito absoluto como direito cogente, independentemente de quão grande seja o peso das razões contrárias. E, sendo assim, sem

⁴¹ Ambas as teorias serão apresentadas no presente trabalho com base nas seguintes referências bibliográficas: SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In: Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51. DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. FRÖNER, Henrique. As Barreiras dos Direitos Fundamentais: estudo teórico e análise de Decisão do Tribunal Constitucional Federal. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre. n.64. out. 2009/dez. 2009. p.85-135.

considerar os pormenores do caso concreto, a aplicação de um direito absoluto pode acabar em injustiça manifesta.

Assim, a única maneira de fixar o conteúdo essencial de um direito fundamental é por meio da ponderação entre o peso do princípio que garante o direito fundamental e o peso dos princípios contrários em conflito no caso concreto⁴². Por tal razão, desde já, abandona-se a posição da teoria absoluta e passa-se a analisar a teoria relativa⁴³.

A teoria do conteúdo essencial relativo, por sua vez, parte da premissa de que o conteúdo essencial “depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”⁴⁴. Logo, é incompatível com a existência de direito absoluto, com contornos fixos e definíveis *a priori*. Já que só se afere a essencialidade do direito no momento da análise do caso concreto, por meio da ponderação dos diversos direitos e interesses envolvidos.

Assim, ao contrário da teoria absoluta, o conteúdo essencial na teoria relativa não será sempre o mesmo, poderá variar dependendo do contexto e dos direitos envolvidos em cada caso.

Ainda quanto à teoria relativa, insta salientar que, conforme entendimento de Eike von Hippel ora citado por Virgílio Afonso da Silva:

Toda norma de direito fundamental vale apenas e tão somente na medida em que ao direito que garanta não seja contraposto um interesse de maior valor. Isso significa que, se um dispositivo legal restringe um direito fundamental no intuito de realizar e proteger bens jurídicos mais importantes, ele não afeta o conteúdo essencial do direito restringido, mesmo que desse direito não reste nada em alguns casos individuais.⁴⁵

⁴² Tal qual a Teoria dos Princípios adotada por Robert Alexy, a qual dispõe que, diferentemente das regras (que são analisadas na dimensão valorativa), os princípios são analisados na dimensão do peso e, portanto, admitem conformações. Nesse sentido, os princípios ordenam que algo seja feito da melhor forma e na maior medida possível. Contudo, a análise da dimensão do peso somente pode ser feita no plano concreto ao definir situações reais, até porque, no caso do Brasil, a Constituição traz um rol muito extenso de direitos fundamentais, o que muitas vezes resulta na colisão de dois ou mais direitos. Dessa forma, o magistrado, considerando os pormenores do caso concreto, aplicará o princípio de maior peso, considerando a lei da ponderação: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. vol.1, p. 915. Ago/2011DTR/2005/678, p.3-4.

⁴³ FRÖNER, Henrique. As Barreiras dos Direitos Fundamentais: estudo teórico e análise de Decisão do Tribunal Constitucional Federal. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre. n.64. out. 2009/dez. 2009, p. 109.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In: Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51. p. 42.

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In: Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51. p. 42.

Daí dizer que conteúdo essencial e proporcionalidade⁴⁶ estão intimamente ligados. De modo que “restrições que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”⁴⁷.

Considerando todos esses apontamentos, concluir pela adequabilidade da teoria relativa para determinar o mínimo existencial é razoável e fundamentadamente mais coerente, uma vez que o conteúdo essencial do mínimo existencial só poderá ser definido por meio da aplicação da proporcionalidade⁴⁸ como critério de ponderação⁴⁹. Do contrário, estar-se-ia concordando com a imposição do mínimo existencial mesmo que fosse desproporcional (seja porque é inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito).

5 A INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO ABSOLUTO À EDUCAÇÃO E A SUA DEFINIÇÃO COMO MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

A definição do direito à educação básica como mínimo existencial na esteira da doutrina majoritária e da jurisprudência citada (núcleo essencial, absoluto, a priori) aponta para, pelo menos, três importantes dificuldades: a relação com a dignidade da pessoa humana;

⁴⁶ Vale destacar que, para muitos autores, a máxima da proporcionalidade é denominada “princípio da proporcionalidade”. Alexy explica que, nesse caso, “não se trata de um princípio no sentido aqui [em suas obras] empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 2.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 117 (nota de rodapé).

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado** 4 (2006): 23-51. p. 43.

⁴⁸ Isso porque, como afirma Alexy, a natureza dos princípios implica na máxima da proporcionalidade, o que “significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível na natureza”. O autor segue com a citação de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que “a máxima da proporcionalidade decorre, ‘no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais’. (...) Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão [a qual tem por objetivo definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto]”. Nesse sentido, vide ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 2.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 116-117, 95 respectivamente.

⁴⁹ Vide nota 45.

a atribuição de um caráter absoluto aos direitos fundamentais; e a pouca utilidade do conceito⁵⁰.

Se se considera que o direito à educação básica é considerado *a priori* como mínimo existencial absoluto, exatamente porque traduz a dignidade humana, tem-se um problema para defini-lo objetivamente. Isso porque a própria ideia de dignidade humana é ampla e imprecisa⁵¹.

Nesse sentido, se o direito à educação é tido, em abstrato, como determinante para viver com dignidade, torna-se necessário saber, igualmente em abstrato, qual é a extensão e os limites do que se considera mínimo para uma vida digna. Assim, imperioso saber, por exemplo, quando começa e quando termina: com quantos anos de idade uma criança começa a ter esse direito como mínimo, com quantos anos de idade uma pessoa deixa de ter esse direito como absoluto, quais as disciplinas devem ser estudadas, qual é o conteúdo lecionado que se considera indispensável para uma vida digna, qual conteúdo poderia ser dispensado desse rol.

Se não é possível dizer com exatidão a extensão do direito à vida digna, relacionar o mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana é um complicador a mais para delimitar o direito à educação como um mínimo existencial.

Ademais, assim como o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana só é possível de ser determinada no caso concreto. Já que, o próprio conceito de dignidade humana é culturalmente variável, depende da realidade de cada pessoa.

Sob esse enfoque, embora a dignidade humana seja um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, relaciona-lo com o mínimo existencial não torna esse último mais delimitado.

Quanto à segunda dificuldade apontada, inexistência de direitos absolutos, vale ressaltar que o conceito apriorístico de mínimo existencial, que não comporta exceções nem sequer é levado à ponderação é totalmente absoluto.

⁵⁰ DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 132.

⁵¹ “não há como definir com precisão cartesiana o que seria dignidade humana, tampouco vida digna”. DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 132. Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, no intuito de delimitar o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, afirma que não é possível dizer com exatidão o que é o princípio da dignidade humana e qual a extensão do direito à vida digna decorrente desse princípio. Contudo, destaca a possibilidade de identificar algumas hipóteses em que a dignidade humana foi violada, como é o caso da tortura. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Juliana Daniel chama a atenção para a necessidade de análise da questão com coerência metodológica. A adoção da teoria dos princípios e da ponderação⁵² em casos de conflito entre direitos fundamentais é incompatível com a ideia de princípios absolutos⁵³. Uma vez que participar da ponderação com valor infinito é o mesmo que não participar⁵⁴, já que a sua superioridade é conhecida antes mesmo da ponderação.

Além do mais, se o núcleo essencial de determinado direito é realmente tão essencial e indispensável, não há necessidade de predeterminá-lo como absoluto, pois, quando da ponderação na análise do caso concreto, tal direito há de prevalecer. Do contrário, acaso o direito sofra restrições no momento da ponderação, é porque não é proporcionalmente o mais essencial e indispensável naquele determinado caso concreto. E, se não é proporcional, então não é o mais adequado e necessário, o que reforça a tese de que não deveria ser considerado como absoluto.

Desse modo, em uma hipótese de colisão entre o direito à educação básica e algum outro direito fundamental, o juiz, por meio da ponderação, concluirá pela essencialidade do direito de maior peso naquele caso concreto. E, embora o direito à educação básica tenha seu *plus* de importância, ele só deverá prevalecer se for também proporcional. Sendo evidente que esse *plus* de importância deve ser considerado quando do sopesamento, aumentando, assim, seu peso e, por conseguinte, sua essencialidade no caso em questão.

Exposto por outra forma, o fato de que, em determinado contexto, o direito à educação básica prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios ou direitos fundamentais não justifica uma natureza absoluta de tal direito, significa apenas que, em determinadas circunstâncias, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor do direito à educação básica⁵⁵.

⁵² Robert Alexy explica essa situação: “No caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 2.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 111.

⁵³ O fato de apenas um dos princípios em conflito ter aplicabilidade no caso concreto não significa que o outro (o princípio relativizado) deixou de ter seu conteúdo considerado fundamental. A prevalência de um dos direitos fundamentais é proporcional e tem fundamento no ordenamento jurídico em questão. Por tal motivo, a restrição não atinge o conteúdo essencial de determinado direito.

⁵⁴ FRÖNER, Henrique. As Barreiras dos Direitos Fundamentais: estudo teórico e análise de Decisão do Tribunal Constitucional Federal. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. n.64. out. 2009/dez. 2009, p. 112.

⁵⁵ Robert Alexy utiliza esse raciocínio para explicar a relação do princípio da dignidade humana com outros princípios ou direitos fundamentais. E, então, conclui pela inexistência de princípios absolutos, mesmo que seja

Daí dizer que a impressão de um caráter absoluto decorre, em primeiro lugar, do texto constitucional, que dispõe a educação como “absoluta prioridade”; e, em segundo lugar, tal impressão é reforçada pelo fato de que, em vários casos de colisões com outros direitos fundamentais ou argumentos de reserva do possível, o direito à educação básica prevalecerá com grande grau de certeza.

A terceira dificuldade apontada consiste na pouca utilidade de uma definição do mínimo existencial desconectada do caso concreto. Por óbvio, uma definição *a priori* do conteúdo do mínimo existencial, implica em uma redução no âmbito de proteção de direitos fundamentais (já que delimita previamente o direito enquanto o mínimo a ser prestado pelo Estado), e significa uma garantia menos eficaz desses direitos.

A definição apriorística do mínimo existencial engessa o direito fundamental nos limites do que é considerado como mínimo. Desse modo, eventual caso mais complexo, que ultrapassa os limites predeterminados do mínimo existencial, faz com que o direito não seja aplicado, ainda que seja hipótese de verdadeira indignidade humana.

Daí dizer que haverá situações em que a definição *a priori* implicará em manifesta injustiça, verdadeira ineficácia do direito fundamental.

Por tais razões, deve-se concluir que uma verdade sem pretensão universal, mas erigida no espaço democrático da constituição aberta e sob a consciência da diversidade cultural (portanto, contextualizada) é o mais coerente com a experiência democrática⁵⁶.

Vale ressaltar que o direito é uma ciência cultural⁵⁷, e como tal, deve ser aferido contextualmente. Dessa forma, toda decisão judicial há de ser construída considerando o contexto cultural do caso em questão. O próprio texto jurídico carrega os traços culturais de determinado local em determinada época.

Carlos Alberto Simões de Tomaz, sob esse enfoque, afirma que: “é exatamente por isso que Häberle concebe a interpretação [dos textos jurídicos], longe de constituir um processo de passiva subsunção, como um processo aberto. Aberto porque enseja uma vinculação à contextualidade (...)”.

dignidade humana. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 2.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 114.

⁵⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e Jurisdição: entre o texto e o contexto**. 1.ed. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 285.

⁵⁷ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e Jurisdição: entre o texto e o contexto**. 1.ed. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 280. O professor Carlos Alberto cita Hermann Heller para reafirmar seu entendimento: “Com efeito, a concepção de Estado, já ensinava Heller, não pode se dar a partir de uma compreensão sobre-humana nem infra-humana, tem de ser precisamente humana, pois, registrava ele, ‘só para a compreensão humana significam alguma coisa essas formas psicofísicas da realidade que se chama Estado ou cultura’”. p. 280.

Aberto porque possui “letra viva”, totalmente adaptável à realidade e em constante atualização, exatamente para tornar efetivos, no sentido mais completo da palavra, todos os direitos fundamentais.

Daí porque não se pode pensar em verdades pré-constituídas, em direitos absolutos *a priori*, como se fosse possível extraí-los num espaço originário da natureza ou num espaço sem cultura. Contudo, “a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma”⁵⁸. Há uma “verdade contextual resultante da confrontação do texto com um horizonte humano”⁵⁹.

E, se é contextual, é aferida no caso concreto. Tal qual o mínimo existencial, a essencialidade do direito fundamental em colisão e a própria ideia de “justiça”: não podem ser aferidos com precisão no plano abstrato.

Afinal, “o que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas em si, independentemente da situação que as reclame”⁶⁰.

Nota-se que a posição da doutrina majoritária e o entendimento do STJ ora citado são incompatíveis com a própria concepção democrática de Estado, que, nos dizeres de Ana Paula de Barcellos:

[democracia] exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade, como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais.⁶¹

Só é possível falar em proteção efetiva do mínimo existencial de todos os indivíduos – tanto os integrantes das majorias quanto das minorias – a partir do caso concreto. Já que os traços culturais de cada indivíduo e das circunstâncias que os rodeiam são determinantes para a própria delimitação do conteúdo mínimo para uma vida digna.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e constituição: da Proibição de Excesso (Übermaßverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermaßverbot) ou de como Não Há Blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais. Separata do **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p.134.

⁵⁹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e Jurisdição: entre o texto e o contexto**. 1.ed. São Paulo: Baraúna, 2011, p.291.

⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 52.

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 227.

A análise da situação concreta diminui os riscos de erros na atividade jurisdicional, uma vez que exige conhecimento profundo do caso em análise para a correta fundamentação. Contudo, isso não quer dizer que o Legislativo e o Executivo estarão desvinculados do mínimo existencial, ou que deverão aguardar a definição do judiciário. Pelo contrário, o Legislativo e o Executivo também devem considerar os direitos fundamentais mais essenciais e indispensáveis (no âmbito em que atuam) como critério para o estabelecimento das prioridades estatais. Sem falar na proibição do retrocesso em relação a tais direitos.

Sob essa ótica, o mínimo existencial serve de parâmetro para o controle das políticas públicas em qualquer das funções do Estado. Da mesma forma que a reserva do possível, vez que a deficiência financeira também é um parâmetro para o juiz analisar o caso concreto e entender pela possibilidade ou não de implementar determinada política pública.

No caso do direito à educação básica, o fato de ser considerado como uma absoluta prioridade do Estado pela Constituição não exclui a possibilidade de ser ponderado no caso concreto. Assim, nem mesmo o direito à educação básica pode ser visto como absoluto, exatamente porque não é coerente com a ideia de ponderação dos princípios e não se coaduna com a situação fática do Brasil, país plural, com enormes desigualdades sociais, no qual os recursos financeiros são insuficientes para assegurar todos os direitos sociais (ou pelo menos os considerados como indispensáveis para uma vida digna) para todos os cidadãos.

6 CONCLUSÃO

O direito à educação básica previsto na Constituição brasileira pode ser entendido como mínimo existencial se no caso concreto for produto da ponderação entre os direitos colidentes e as variáveis de fato incidentes em um determinado contexto.

Embora seja considerado “absoluta prioridade”, o direito à educação básica não pode ser interpretado como um direito absoluto, definido *a priori*, inoponível à reserva do possível e impassível de ponderação.

Ao contrário, a educação básica, como todos os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, tem conteúdo essencial relativo, variando de acordo com as circunstâncias de cada caso. Desse modo, não pode ser definida como mínimo existencial fora

da situação concreta, sob pena de se exigir o impossível ou impor situação de manifesta injustiça.

A educação básica é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro com um direito fundamental com um *plus* de importância. No entanto, o fato de o direito à educação básica, em muitos casos, prevalecer com maior grau de certeza sobre outros princípios ou direitos fundamentais não justifica uma natureza absoluta, significa apenas que, em determinadas circunstâncias, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor do direito à educação básica.

Daí dizer que, mesmo tanto tempo depois, o pensamento de Heráclito de que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, pois nada está em repouso, tudo flui e se encontra em permanente mudança ou transformação, se aplica ao direito e ao tema ora apresentado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 2.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. vol.1. p. 915. Ago/2011DTR/2005/678.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. Constituição e Direitos Fundamentais: reflexões jusfilosóficas a partir de Habermas e Häberle. *In: Revisa do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Vol.19. p.40. Jan/2007DTR/2007/123.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação**. Disponível em: <http://www.aedi.ufpa.br/parfor/letras/images/documentos/ativ1_2014/abaetetuba/moju2012/fundamentos%20da%20educacao%20_%20profa.%20suzana%20moura_texto.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 440.502 / SP, da 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/12/2009, publicado no DJe em 24/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1185474 / SC, da 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/04/2010, publicado no DJe em 29/04/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.189.082 / SP, da 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02/12/2010, publicado no DJe em 04/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 510.598 / SP, da 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/04/2007, publicado no DJe em 13/02/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 36.034 / MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª S., julgado em 26/02/2014, publicado no DJe em 15/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012.

DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 96.

FRÖNER, Henrique. As Barreiras dos Direitos Fundamentais: estudo teórico e análise de Decisão do Tribunal Constitucional Federal. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre. n.64. out. 2009/dez. 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Parecer a respeito do Agravo de Instrumento n. 854.007 – Rio de Janeiro**, Agravante Município do Rio de Janeiro, Agravado Ministério Público do Rio de Janeiro, solicitado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 30 de abril de 2014.

_____. WATANABE, Kazuo. **Anteprojeto de Lei de Políticas Públicas**. Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Versão de setembro de 2014.

PICCINA, Guilherme Krahenbuhe Silveira Fontes. **A efetividade do direito à educação básica na perspectiva do mínimo existencial na Constituição Federal**. Dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol.57. out.2006 DTR/2006/622.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In: Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e constituição: da Proibição de Excesso (Übermaßverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermaßverbot) ou de como Não Há Blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais. Separata do **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. 1.ed. São Paulo: Baraúna, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.