

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

**CLERILEI APARECIDA BIER**

**EID BADR**

**JULIA MAURMANN XIMENES**

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

---

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;  
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:  
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://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. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



## XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

### DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

---

#### **Apresentação**

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

## O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

### THE ESSENTIAL CORE OF THE SOCIAL AND FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION AND THE STF JURISPRUDENCE

Natascha Alexandrino de Souza Gomes  
Mário Cesar da Silva Andrade

#### **Resumo**

O presente artigo trata da identificação do núcleo essencial do direito fundamental social à educação na ordem constitucional brasileira. A qualificação dos direitos fundamentais sociais como normas meramente programáticas não pode mais subsistir, sob pena de ser negada a sua própria fundamentalidade constitucional. Todavia, o reconhecimento dos direitos fundamentais como normas imediatamente vinculantes ao Estado e a terceiros, bem como asseguradoras de posições jurídicas aos seus titulares, demanda uma análise do seu núcleo essencial, algo particularmente problemático em se tratando de direitos sociais. Nesse sentido, analisou-se a possibilidade de definição do núcleo essencial do direito fundamental social à educação no Brasil, bem como de parâmetros para a sua exigibilidade judicial. De maneira complementar, analisou-se, criticamente, acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre a judicialização do direito fundamental social à educação

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais, Núcleo essencial, Direito à educação, Supremo tribunal federal.

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This paper studies the essential core of the social right to education in the Brazilian constitutional order. The qualification of fundamental social rights as merely programmatic standards can no longer subsist, on pain of being denied their own constitutional fundamentality. However, the recognition of fundamental rights, as standards immediately binding, demands a review of its essential core, particularly troublesome when it comes to social rights. In this sense, we analyzed the possibility of defining the core of the fundamental right to education, in Brazil, parameters for their legal enforceability. In addition, it was examined, critically, judgments of the Supreme Court on the effective of the right to education.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental social rights, Essential core, Right to education, Supreme court.

## 1 INTRODUÇÃO

Diferentemente de outros direitos fundamentais sociais, a educação foi objeto de regulamentação detalhada e densa na Constituição brasileira de 1988. Essa excepcional regulamentação constitucional representa uma significativa inovação frente às constituições anteriores e uma maior precisão jurídico-normativa, a favorecer a maior possibilidade de eficácia desse direito social.

O presente artigo pretende apresentar parâmetros que contribuam para identificar o núcleo essencial do direito fundamental social à educação. Todavia, antes da execução dessa pretensão, importa analisar o próprio conceito e as teorias de definição do núcleo essencial, haja vista a discordância com algumas visões doutrinárias dominantes e sua repercussão no objeto do presente estudo.

Adotou-se o referencial teórico da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy. Este autor apresenta a distinção entre teoria absoluta e teoria relativa na definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, apontando essa segunda teoria como a única compatível com a compreensão dos direitos fundamentais como normas-princípio.

Metodologicamente, a pesquisa qualitativa consistiu em investigação jurídico-interpretativa a partir da pesquisa bibliográfica, de textos normativos e jurisprudenciais, destacando-se a análise da Constituição Federal e de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o direito fundamental social à educação.

Assim, primeiramente, expõe-se o tratamento teórico dado por Alexy à ideia de núcleo essencial, destacando-se sua delimitação com base nas teorias absoluta e relativa, e, conseqüentemente, sua interação com o princípio da proporcionalidade. A partir da análise desse tratamento teórico, buscou-se compreender mais adequadamente como essas teorias podem concorrer para a delimitação do núcleo essencial de um direito fundamental social. Num segundo momento, analisou-se a forma como o direito fundamental social à educação encontra-se positivado na ordem constitucional brasileira, a fim evidenciar as diversas posições jurídicas individuais que podem ser reconhecidas como integrantes desse direito social. Examinou-se como a reconstrução da interação entre teoria absoluta e teoria relativa permite uma melhor compreensão do núcleo essencial do direito à educação na ordem constitucional brasileira. Por derradeiro, foram analisados três acórdãos do STF, proferidos entre os anos 2010 a 2014, acerca da exigibilidade judicial do direito fundamental social à educação, de

modo a examinar os fundamentos da decisão, bem como os critérios utilizados por nossa Suprema Corte para a concessão desse direito, enfrentando os argumentos relativos à reserva do possível.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONCEITO DE NÚCLEO ESSENCIAL**

Dentro da lógica do Estado Social de Direito, os direitos fundamentais sociais podem ser fundamentados de duas formas: ou de maneira independente, ou como meio para garantir o exercício real das liberdades (PULIDO, 2013).

De acordo com TUGENDHAT (1997), que defende a fundamentação autônoma dos direitos fundamentais sociais, o sistema de direitos fundamentais não pode se sustentar sob a premissa equivocada de que a sociedade é formada inteiramente por indivíduos capazes, autônomos, autossuficientes e que vivem em condições de igualdade. Nesse sentido, ele se baseia no conceito de necessidades básicas, ou seja, um conjunto de bens indispensáveis para a sobrevivência – digna – do indivíduo. Assim, de acordo com essa concepção, os direitos sociais seriam fins em si mesmos, e não meros meios para atingir determinado objetivo (PULIDO, 2013).

Quanto à outra vertente, ou seja, dos direitos sociais como meio para o exercício das liberdades, Alexy (2008) parte de uma subdivisão entre liberdade jurídica e fática e, para fundamentar os direitos fundamentais sociais, ele busca responder o seguinte questionamento: por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui também a liberdade fática? Nesse sentido, assevera que: “(...) para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo” (ALEXY, 2008, p. 505). Então, com relação ao indivíduo que se encontra nessas condições, a eliminação de sua necessidade é mais importante do que as liberdades jurídicas – que, diante dessas situações, seriam meras *fórmulas vazias* (ALEXY, 2008). Ademais, para Alexy (2008), nos direitos fundamentais, já estão integrados os principais valores da sociedade, o que possibilitaria o desenvolvimento da personalidade humana e de uma vida digna.

Colocadas tais considerações sobre os direitos fundamentais sociais, mister a análise de seu núcleo essencial.

Resta amplamente conhecida a função da ideia de núcleo essencial, a saber, a de garantir uma eficácia mínima a um dado direito fundamental a partir da identificação de uma parcela de conteúdo protegida de restrições. O núcleo essencial prescreve que a restrição a um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia, sob pena de esvaziar sua própria fundamentalidade constitucional (SARLET, 2009, p. 402).

Contudo, em geral, a descrição do conteúdo desse conceito é recorrentemente negligenciada. Afinal, qual é a estrutura interna prescrita pelo conceito de núcleo essencial? Qual a sua composição?

Segundo Sarlet (2009), o núcleo essencial é composto de um conjunto de *posições mínimas indisponíveis* às intervenções dos poderes estatais e particulares.

Portanto, o núcleo essencial não tem uma estrutura monolítica, antes, é composto de uma pluralidade de *posições jurídicas individuais* asseguradas por um direito fundamental. Nesse sentido, Alexy (2008, p. 296) esclarece que esse também é o entendimento consolidado do Tribunal Constitucional Alemão, com o qual concorda.

Essas posições jurídicas individuais constituem direitos subjetivos que, como tais, não estão sob o poder de disposição de terceiros. Eventuais restrições não poderão eliminar tais posições jurídicas individuais sem comprometer a própria fundamentalidade do direito constitucionalmente assegurado, isto é, sem destruir sua *essência* de direito fundamental.

### **3 CONTEÚDO ESSENCIAL: TEORIA ABSOLUTA VS. TEORIA RELATIVA**

Segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental possui um núcleo intangível, no qual não se pode intervir, em hipótese alguma. Já a teoria relativa defende que o conteúdo essencial é identificado a partir da ponderação dos princípios e interesses em colisão em um dado caso concreto (ALEXY, 2008).

O lusitano Vieira de Andrade (1998) ao defender a teoria absoluta, fundamentando-a como proteção inerente à ideia de dignidade da pessoa humana, a restringe, exclusivamente, aos direitos de defesa. Para esse autor, os direitos sociais carecem de densidade normativa na Constituição Portuguesa, cabendo ao legislador definir, com ampla autonomia, o âmbito normativo desses direitos.

Nesse mesmo sentido, Böckenförde (1993) afirma que a pretensão constitucional dos direitos sociais é tão geral que impede dedução de pretensões jurídicas concretas por via da interpretação.

Pela teoria relativa, é possível que, em determinados casos, um direito fundamental seja integralmente sacrificado em razão do peso do princípio com ele colidente. Portanto, o núcleo essencial de um direito fundamental é “elástico”, variando conforme as circunstâncias concretas e do peso dos princípios, bens jurídicos e valores em colisão. Alexy (2008) afirma que, desde que proporcional, uma restrição não viola a garantia do núcleo essencial, nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. O autor posiciona-se em favor da teoria relativa, apontando-a como a única compatível com a interpretação dos direitos fundamentais a partir de uma teoria dos princípios. Ele identifica diversas manifestações do Tribunal Constitucional alemão que “sugeririam” a defesa de uma teoria absoluta. No entanto, ele interpreta tais decisões como verdadeiras manifestações da teoria relativa, uma vez que o Tribunal não teria pressuposto alguma posição jurídica individual, mas feito com que essa posição dependesse de relevantes razões contrárias à sua proteção, logo, de ponderação.

Assim, na teoria relativa, nenhum direito fundamental é dotado de um valor incondicional, mas visto como algo cuja essencialidade está na proibição de sua limitação arbitrária (LOPES, 2004).

A propósito, no caso dos direitos prestacionais, categoria a qual pertencem os direitos sociais, essa ponderação deve ser compreendida como princípio da proibição da proteção insuficiente (OLSEN, 2012).

Ainda que não tenha sido o objetivo de Alexy a análise exaustiva das duas teorias em questão, parece-nos que o autor não expôs a problemática em seus corretos matizes.

As teorias absoluta e relativa são, realmente, sempre mutuamente excludentes?

A resposta afirmativa alega que a defesa de um conteúdo essencial a partir da própria constituição acarreta uma definição *a priori* de tal núcleo, o que impede que tal conteúdo seja remodelado nas eventuais ponderações demandadas pelos imprevisíveis casos concretos. Por outro lado, os defensores da teoria absoluta defendem que a própria essência da fundamentalidade de um direito não pode ficar sob a disposição da ponderação, sob um juízo instrumental, contingencial e posterior ao caso concreto.

Para Pulido (2007), a ideia de que todo o direito fundamental tem um núcleo essencial que não pode sofrer restrições parte da equivocada concepção de um direito em abstrato e isolado; enquanto a ponderação trabalha com a observação de direitos em concreto, integrantes de um sistema de relações constitucionais.

Entretanto, parece-nos que tal dicotomia excludente não comporta a complexidade de todos os ordenamentos jurídico-constitucionais existentes, não podendo ser elevada à condição de teoria geral inescapável.

Certamente, a completa determinação do núcleo essencial de um direito fundamental dificilmente pode ser definida abstrata e antecipadamente (SARLET, 2009). Todavia, extrair dessa assertiva a impossibilidade de definição de posições jurídicas individuais diretamente a partir do texto constitucional é uma falácia lógica e uma incorreção jurídica.

Como visto, o núcleo essencial é composto de um conjunto de posições jurídicas individuais, não tendo, portanto, uma composição monolítica, mas, antes, uma composição plúrima e fragmentária. Se esse núcleo é constituído por diversos elementos individualizáveis, nada impede que tais elementos sejam definidos em momentos distintos, haja vista que a identificação de uns não acarreta ou impede, necessariamente, a de outros. Logo, tecnicamente, a identificação de posições jurídicas individuais asseguradas pelo próprio texto constitucional não impede que outras sejam definidas pela ponderação. No entanto, é verdade dizer que a identificação de posições jurídicas individuais diretamente da Constituição figurará como limite ao exercício da ponderação, o que, entretanto, não elimina a possibilidade de ponderação, mas sim lhe prescreve limites, algo plenamente possível ao poder constituinte.

#### **4 NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

O artigo 205 abre a seção constitucional dedicada exclusivamente à educação (BRASIL, 1988).

Por certo, a redação abstrata, ampla e genérica desse dispositivo constitucional dificulta a identificação de alguma posição jurídica individual definitiva assegurada diretamente pela Constituição.

Esse é um dos principais argumentos contra a pretensão de reconhecer posições jurídicas individuais anteriormente ao caso concreto: a baixa densidade normativa das previsões constitucionais de direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais. Essa abstração normativa inviabilizaria o reconhecimento *a priori* de posições jurídicas individuais definitivas (SARLET, 2009).

Esse se releva um obstáculo realmente significativo para que Alexy reconheça direitos sociais subjetivos diretamente da Constituição, haja vista que a Constituição Alemã previu unicamente uma cláusula geral do Estado Social, dispositivo altamente abstrato.

Todavia, não podemos transpor irrefletidamente tal raciocínio para nossa ordem constitucional, uma vez que a Constituição Brasileira não disciplinou todos os direitos sociais, em especial o direito à educação, com a mesma abstração.

A disciplina constitucional brasileira do direito fundamental social à educação não se resume à redação abstrata e genérica dos artigos 6º e 205, contando, na verdade, com uma regulamentação singularmente detalhada se comparada com o utilizado na positivação constitucional dos demais direitos sociais (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, a impossibilidade do reconhecimento de direitos sociais subjetivos diretamente a partir da Constituição não deve ser levantada antecipada e abstratamente, sob pena de incorreremos na mesma perspectiva unilateral e reducionista daqueles que defendem a recíproca exclusão entre teoria absoluta e teoria relativa. Na verdade, essa impossibilidade deve ser provada, tendo em vista um ordenamento jurídico-constitucional concreto, atentando para a regulamentação constitucional de cada direito social.

Na previsão constitucional do direito à educação, é possível identificar oito distintos direitos específicos: (1) o direito à educação básica obrigatória e gratuita; (2) o direito de crianças de até 05 (cinco) anos ao ensino infantil em creche e pré-escola, (3) o direito ao ensino noturno para aqueles que não concluíram o ensino na idade recomendada, (4) o direito aos programas de atendimento suplementar para os usuários da educação básica, (5) o direito a atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, (6) o direito de acesso aos níveis mais elevados de ensino, de acordo com as capacidades individuais, (7) a universalização do ensino médio para os alunos em idade regular, e (8) a universalização para aqueles que não concluíram na idade recomendada (BARCELLOS, 2011).

Essa sistematização servirá de roteiro à nossa análise do conteúdo do núcleo essencial do direito fundamental social à educação.

#### 4.1 DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA OBRIGATÓRIA E GRATUITA

No art. 208, I, a Constituição prevê o direito de acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (BRASIL, 1988).

Porém, cumpre esclarecer o significado de educação básica. Segundo o art. 21, inciso I, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a educação básica é formada por educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (BRASIL, 1996).

Essa composição coaduna-se com a margem etária de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos presente no dispositivo constitucional, tomando como critério de definição a idade considerada como a mais adequada para o curso de cada etapa escolar.

No citado dispositivo, a Constituição prevê como dever do Estado e da família assegurar que todos aqueles dentro das margens etárias ali elencadas tenham acesso às formas de educação básica, pertinentes à sua idade.

Por outro lado, a mesma Constituição prevê, em seu art. 208, §1º, que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é *direito público subjetivo* (BRASIL, 1988).

Da interpretação sistemática dos dispositivos citados, é forçoso concluir que o acesso às formas de educação básica é direito subjetivo, reconhecendo aos seus destinatários uma posição jurídica individual definitiva, e como tal, insuscetível de qualquer restrição ou ponderação.

No caso desse direito, não é juridicamente possível alegar qualquer princípio ou interesse apto a afastar a aplicabilidade imediata e integral desse direito subjetivo.

Para Sarlet (2009), alegar, neste contexto, *indeterminação ou incompletude das normas constitucionais beira as raias do absurdo*.

Não é legítimo alegar, sequer, a tão levantada reserva do financeiramente possível. Afinal, o próprio Texto Magno (BRASIL, 1988) previu porcentagem orçamentária mínima reservada especificamente para a educação (art. 212), estabelecendo, inclusive, a possibilidade de os recursos destinados à educação serem utilizados para o custeio de bolsas de estudos para a matrícula nos ensinos fundamental e médio de instituições privadas, diante de excepcional falta de vagas na rede pública (art. 213, §1º).

Também não é juridicamente possível alegar discricionariedade na aplicação das porcentagens orçamentárias mínimas constitucionalmente reservadas, pois, no mesmo dispositivo, a Constituição estabeleceu a *prioridade* de gastos na expansão da rede pública de educação básica, de tal forma a suprir a falta de vagas.

Identifica-se aqui um importante critério objetivo para o controle judicial dos gastos públicos e, conseqüentemente das políticas públicas. A falta de vagas atrai, necessária e imperiosamente, a prioridade na aplicação dos recursos orçamentários constitucionalmente direcionados à educação, o que é reforçado no art. 212, §3º, da CF/88 (BRASIL, 1988). Por conseguinte, diante da ausência de vagas, é constitucionalmente legítima a condenação do poder público a uma obrigação de fazer, como, por exemplo, a construção de uma escola e/ou a matrícula em escola privada às expensas do poder público.

Logo, até mesmo a ponderação referente à ausência de recursos financeiros é inaplicável ao direito à educação básica (SARLET, 2009).

A preocupação e detalhamento do constituinte com a regulamentação desse direito foi tão destacada que incluiu a responsabilização pessoal da autoridade pública competente que não ofertar o ensino obrigatório ou o fizer irregularmente (art. 208, §2º, CF/88) (BRASIL, 1988).

Em suma, revelou-se absolutamente possível o reconhecimento, diretamente do texto constitucional, de posições jurídicas individuais definitivas referentes ao direito social à educação, sem impedir que outras sejam definidas pela ponderação diante de casos concretos, contrariamente ao que os simplórios importadores das teorias absoluta e relativa defendem.

Entretanto, importa ressaltar que tal conclusão somente foi possível em razão da peculiar densidade normativa que o constituinte empreendeu a esse direito fundamental. Daí a importância de que a interação entre as prescrições constantes em tais teorias seja analisada tendo em vista a regulamentação constitucional de cada direito fundamental social específico.

#### 4.2 DIREITO DE CRIANÇAS DE ATÉ 05 (CINCO) ANOS AO ENSINO INFANTIL EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA

Esse direito encontra-se previsto no art. 208, IV, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Segundo o art. 29, da LDB, a educação infantil é a primeira etapa da educação básica, tendo como objetivo o integral desenvolvimento das crianças de até 5 (cinco) anos (BRASIL, 1996).

O art. 30 da LDB define que a educação infantil será prestada em creches, para crianças de até 3 (três) anos, e em pré-escolas, para crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos (BRASIL, 1996).

Como já visto, a educação infantil compõe a educação básica, ainda que a matrícula em creches não seja obrigatória. A despeito disso, assegurar o acesso a creches é dever do Estado, mais precisamente do Município, também sendo um direito público subjetivo. Esse é o entendimento pacífico do STF, que inadmite, inclusive, qualquer tergiversação com base em eventual “deficiência de caixa” (Recurso Extraordinário – RE nº 411.518/SP). No mesmo sentido, os REs nºs 398.722/SP, 377.957/SP, 411.332, 402.024, 411.518, 352.686/SP, dentre outros posteriormente analisados.

Para o STF (RE nº 436.996), por ser direito fundamental de toda criança, a concretização da política estatal de educação infantil não pode estar sob a mera discricionariedade administrativa ou sob o pragmatismo governamental. Logo, o mandamento constitucional do art. 208, IV, limita a discricionariedade, pois determina o oferecimento de vagas em creche.

Assim, revela-se constitucionalmente adequado e necessário o controle jurisdicional da implementação de políticas públicas desses direitos fundamentais sociais, destacadamente no tocante aos seus respectivos núcleos essenciais (VALLE, 2009).

#### 4.3 DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL NOTURNO

A essencialidade desse direito resta patente, até mesmo por derivação do direito público subjetivo de acesso a educação básica obrigatória e gratuita. Afinal, a essencialidade desse direito independe da faixa etária do seu titular.

Por óbvio, seria absurdo alegar-se que o fato de alguém não ter cursado a educação básica durante a idade considerada mais adequada tenha como consequência a perda do direito de acesso a este ensino, ou mesmo a perda de sua fundamentalidade constitucional. Tal raciocínio não somente seria juridicamente ilógico como cruel, penalizando quem, pelas vicissitudes da vida, não teve a oportunidade para frequentar a escola no momento convencional.

O constituinte mostrou-se sensível às particularidades da vida daqueles que buscam suprir suas deficiências educacionais durante a idade adulta. A Constituição

reconheceu a tais pessoas a posição jurídica individual definitiva de acesso ao ensino fundamental noturno, permitindo a regularização de sua formação educacional sem que isso impossibilite ou dificulte seu trabalho diurno.

Portanto, a Constituição prevê a necessidade de que o poder público ofereça ensino noturno a fim de possibilitar que aqueles que trabalham tenham a oportunidade de frequentar a educação básica obrigatória e gratuita, não havendo ponderação apta a afastar a imediata aplicabilidade desse direito.

#### 4.4 DIREITO AOS PROGRAMAS DE ATENDIMENTO SUPLEMENTAR PARA OS USUÁRIOS DA EDUCAÇÃO BÁSICA

A existência de tais programas revela-se de extrema importância para a efetividade concreta dos demais direitos fundamentais referentes à educação. Esses programas fornecem o suporte material mínimo necessário para o exercício dos direitos subjetivos relativos à educação, como, por exemplo, transporte escolar e material didático para os comprovadamente hipossuficientes.

A já mencionada reserva orçamentária destinada à educação busca também garantir a factibilidade da exigência constitucional da existência de tais programas. Afinal, de nada adiantaria assegurar com toda a densidade possível um direito de acesso à educação básica sem assegurar as condições materiais mínimas que permitam o exercício desse direito.

Contudo, cumpre lembrar que nos arts. 212 e 213, por exemplo, a Constituição estabelece certas prioridades na execução da política educacional, como por exemplo, a expansão da rede pública de ensino para a supressão definitiva de eventual falta de vagas (BRASIL, 1988).

Em geral, a implementação das políticas públicas demandadas pela Carta Magna importa em complexos arranjos institucionais, destacadamente na cooperação entre os entes federativos, bem como na locação de grandes aportes de dinheiro. Além disso, tais políticas públicas não possuem uma única forma de ser implementadas, dificultando a definição de posições jurídicas individuais diretamente da Constituição.

Assim, um parâmetro inicial para a definição do conteúdo essencial desse direito social é a ausência de alguma condição material que esteja, em um dado caso concreto, obstaculizando o efetivo exercício do direito de acesso à educação básica. Se, por exemplo, em uma dada localidade, não houver escola a atender às crianças, mas,

simultaneamente, a demanda não for quantitativamente justificadora da construção de uma escola no local, é judicialmente exigível da Administração Pública uma política pública: a disponibilização do transporte gratuito que permita a tais crianças o acesso à escola mais próxima. Nesse cenário, conforme o caso concreto, a Administração poderá ter a opção de oferecer transporte escolar gratuito ou, por exemplo, conceder “passe livre” no transporte coletivo privado de passageiros aos alunos que necessitarem desse deslocamento.

Logo, nos casos de implementação dos programas de atendimento suplementar aos usuários da educação básica, a ponderação diante do caso concreto revela-se necessária para a definição de posições jurídicas individuais definitivas que possam ser exigidas judicialmente do poder público. Nessa ponderação, as medidas que se revelarem imprescindíveis para assegurar o efetivo acesso à educação básica constituirão o conteúdo essencial desse direito fundamental.

#### 4.5 DIREITO A ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O atendimento educacional especializado – AEE é um serviço da chamada Educação Especial, diferindo do ensino escolar. Estão incluídos nesse tipo de atendimento, por exemplo, o ensino da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, do Sistema Braile e o de orientação e mobilidade para pessoas cegas (BRASIL, 1996).

O AEE tem como público alvo pessoas com deficiência física, mental, surdez, cegueira ou baixa visão, surdocegueira, transtornos globais de desenvolvimento ou altas habilidades.

Conforme o art. 2º, da Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009, do Conselho Nacional de Educação – CNE, a função do AEE é “complementar ou suplementar a formação do aluno por meio da disponibilização de serviços, recursos de acessibilidade e estratégias que eliminem as barreiras para sua plena participação na sociedade e desenvolvimento de sua aprendizagem” (BRASIL, 2009).

O AEE complementa a formação do aluno, e tem por fim promover a autonomia do aluno especial, sendo de oferta obrigatória pelos sistemas de ensino. Tendo em vista o contemporâneo paradigma da escola inclusiva, essa modalidade de ensino deve ser realizada, preferencialmente, nas escolas comuns, em uma Sala de

Recursos Multifuncionais, devendo integrar o projeto político pedagógico das escolas (art. 1º, § 2º, do Decreto nº 6.571) (BRASIL, 2008).

O ensino especializado é importante apoio na efetivação do próprio direito à liberdade, pois desenvolve as capacidades de exercício da autonomia individual, além de assegurar a promoção do pleno desenvolvimento da pessoa, como preceitua o art. 205, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Segundo o art. 5º da mencionada Resolução nº 4 do CNE, o AEE não é substitutivo às classes comuns (BRASIL, 2009). Logo, os alunos com deficiência inscritos nesse tipo de ensino e em idade de cursar a educação básica também devem estar matriculados na etapa educacional pertinente à sua faixa etária. Exatamente por essa característica, os horários dos cursos dessas duas modalidades educacionais não podem coincidir, a fim de possibilitar ao aluno com deficiência a frequência em ambas (MANTOAN, s.d.).

O direito a atendimento educacional especializado também constitui direito subjetivo, pois como se depreende do referido art. 2º da Resolução nº 4 do CNE, o AEE tem como objetivo a eliminação de barreiras que desenvolvam a aprendizagem dos alunos especiais (BRASIL, 2009). Por conseguinte, o AEE é uma política pública imprescindível para a efetividade da educação básica dos alunos especiais, estando dentro do âmbito de proteção da posição jurídica individual assegurada pelo direito fundamental de acesso (efetivo) obrigatório e gratuito à educação básica.

Todavia, para a exigibilidade judicial desse direito ao AEE, faz-se necessária certa ponderação. Tendo em vista nossa realidade nacional, em que a sociedade brasileira ainda luta pela concretização dos preceitos mais básicos em relação à educação, seria ilusório defender-se a plena e imediata aplicabilidade do acesso do aluno especial a uma escola inclusiva com uma “sala de recursos multifuncionais”. Afinal, milhares de alunos ainda carecem dos tipos mais prosaicos de salas de aula. Contudo, tendo em vista a previsão constitucional e a apontada relação entre o acesso ao AEE e a educação básica obrigatória gratuita, constitui direito subjetivo do aluno com deficiência o direito ao AEE, conforme as possibilidades oferecidas pelo caso concreto, seja em Centros de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou privada, às expensas do Estado, seja nas escolas comuns munidas dos recursos multifuncionais disponíveis, como prefere a Constituição.

Ademais, a importância dessa específica manifestação do direito à educação resta ressaltada ainda mais pela sua aproximação com serviços de verdadeiro caráter

terapêutico, com impacto na própria saúde psíquica das crianças e adolescentes com deficiência, corroborando sua natureza de direito público subjetivo.

#### 4.6 O DIREITO DE ACESSO AOS NÍVEIS MAIS ELEVADOS DE ENSINO, DE ACORDO COM AS CAPACIDADES INDIVIDUAIS

Na previsão do art. 208, V, a Constituição prevê a meritocracia como conteúdo essencial do direito de acesso aos níveis elevados de ensino (BRASIL, 1988). Assim, tal acesso deve, necessariamente, atentar para as capacidades de cada candidato.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que essa previsão constitucional não impede a adoção do sistema de cotas sociais e/ou raciais nas universidades públicas, pois incidem outros princípios e objetivos constitucionais, tais como a igualdade de condições de acesso e permanência no ensino (art. 206, I) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), demandando uma ponderação de princípios colidentes.

A igualdade de condições de acesso não pode ser reduzida a uma isonomia meramente formal, pois isso não atenderia ao ditame de uma sociedade mais justa. Aqueles que não possuíram condições socioeconômicas de conseguir a educação formal valorizada nos processos de seleção seriam ainda mais penalizados com a negativa de acesso ao ensino, eternizando assim, em um nefasto círculo vicioso, essa exclusão social.

A incidência de princípios de configuração tão abstrata e valorativa em sentidos colidentes demanda uma ponderação somente possível de ser realizada diante do caso concreto, mas tendo como princípios norteadores a promoção da igualdade material de acesso e a atenção para as capacidades de cada um.

Por último, ressalte-se que tais capacidades também não podem ser restringidas à mera aferição de conteúdo educacional formalista, devendo focar na percepção de habilidades e raciocínio, como parece ser a pretensão do novo modelo de seleção do ensino superior instalado a partir da adoção do ENEM.

#### 4.7 DIREITOS À UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO PARA OS ALUNOS EM IDADE REGULAR E PARA AQUELES QUE NÃO A CONCLUÍRAM NA IDADE RECOMENDADA

Para fins de análise conjunta, foram reunidos, nesse tópico, o direito à universalização do acesso à educação para alunos em idade regular e o direito à universalização do acesso à educação para aqueles que não concluíram o ensino na idade recomendada.

Em princípio, essas dimensões específicas do direito à educação parecem desnecessárias, haja vista a previsão do art. 208, I, da CF/88 (BRASIL, 1988). Entretanto, elas decorrem da previsão constante no art. 6º da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, segundo a qual, o disposto no inc. I, do art. 208, da CF/88, deve ser implementado, progressivamente, até 2016.

A EC nº 59/09 positivou um prazo limite para a total finalização da política pública de universalização do acesso à educação básica, fixando um critério objetivo para o controle judicial dessa política estatal (BRASIL, 1988).

Assim, além de assegurar o acesso à educação básica como direito público subjetivo, a Constituição prescreveu que o Plano Nacional de Educação planeje a aplicação dos recursos orçamentários reservados à educação de tal forma que, até 2016, não haja mais falta de vagas na rede pública escolar.

## **5 ANÁLISE DE DECISÕES DO STF SOBRE A EXIGIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO**

A análise dos acórdãos do STF no julgamento dos agravos regimentais nos REs nº 603.575/SC, nº 639.337/SP e nº 761.127/AP, permite examinar a evolução da exigibilidade judicial do direito à educação no entendimento do Tribunal.

É sabido que a atuação do Judiciário, especialmente do STF, no que se refere à concessão de direitos fundamentais sociais, não é imune a críticas e, nesse sentido, assevera Pulido (2013, p. 35):

A pergunta central é: até onde hão de chegar as Cortes constitucionais na tutela dos direitos fundamentais frente ao Poder Legislativo, de forma tal que a garantia dos direitos não se converta em um ardid para empobrecer a democracia representativa, em que momento a proteção dos direitos e da Constituição se transforma em usurpação das funções do legislador.

### **5.1 POSICIONAMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603.575/SC**

Trata-se de Agravo Regimental no RE nº 603.575, cujo relator fora o Ministro Eros Grau, sendo a parte agravante o Estado de Santa Catarina e a agravada, o Ministério Público do mesmo estado, intimado o Município de Benedito Novo, por ser parte interessada. Em síntese, o Ministério Público estadual interpôs ação civil pública visando compelir o estado-membro a repassar as verbas necessárias para o transporte de alunos da rede estadual de ensino, ao município de Benedito Novo. O tribunal *a quo*, contudo, entendeu que tal medida seria uma ingerência do judiciário nas políticas públicas, o que violaria a separação dos poderes.

Destarte, da análise do acórdão do STF, depreende-se que este tribunal considera que o ensino infantil – o qual integra a educação básica - não se expõe a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, salientando que, conforme trecho extraído da supracitada decisão: “A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício” (BRASIL, 2010, p. 01).

Outrossim, na referida decisão, o STF não considera adequada a ingerência desmedida do poder Judiciário nas políticas públicas; porém, afirma que isso poderá ocorrer, excepcionalmente, nas seguintes condições (BRASIL, 2010, p. 04):

(...) se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Em seguida, afirma-se que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) dependem, em geral, das possibilidades orçamentárias do Estado, sendo que, caso não haja recursos financeiros da pessoa estatal, desta não se poderá exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da carta Política, demonstrando que, em certas situações, o ente federativo poderá alegar insuficiência orçamentária e a reserva do possível. Porém, segundo este julgado, o STF entende que a cláusula da reserva do possível não poderá ser invocada pelo Estado, salvo a ocorrência de um justo motivo, objetivamente aferível: “(...) quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (BRASIL, 2010, p. 09).

Ademais, neste acórdão, o nosso Tribunal Constitucional traz dois critérios para a exigibilidade do direito fundamental social à educação, quais sejam, a razoabilidade da pretensão individual e social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para efetivar a prestação positiva dele reclamada. Ainda, salienta que tais requisitos deverão aparecer cumulativamente (BRASIL, 2010).

Outrossim, a decisão endossa a “teoria do mínimo existencial”, asseverando ser a perfeitamente compatível com a reserva do possível. Assim, afirma: “A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.” (BRASIL, 2010, p. 13).

Diante disto, a segunda turma do STF, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, em decisão proferida em 20 de abril de 2010.

## 5.2 POSICIONAMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 639.337/SP

O segundo acórdão a ser analisado trata de Agravo Regimental no RE nº 639.337, cujo relator fora o Ministro Celso de Mello, sendo a parte agravante o Município de São Paulo e a agravada, o Ministério Público do mesmo estado, intimado o representante do Ministério Público da Infância e da Juventude, parte interessada, julgado pela 2ª Turma do STF em 23 de agosto de 2011.

Em síntese, o município de São Paulo fora compelido, por decisão judicial, a matricular crianças do ensino infantil em creches ou pré-escolar próximas da residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de ser condenado ao pagamento de multa diária.

Diante do caso, o julgado do STF assevera que a educação infantil: “Representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral (...) o atendimento em creche e o acesso à pré-escola.” (BRASIL, 2011, p. 02). Assim, essa prerrogativa jurídica impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento de crianças de até 5 (cinco) anos de idade em creches e unidades de pré-escola, sob pena de ser sancionada, a autoridade estatal, frente a sua omissão.

Ademais, a decisão do STF segue afirmando que a educação infantil é direito fundamental sobre qual não se admite avaliações meramente discricionárias da Administração Pública (BRASIL, 2011).

Outrossim, esse acórdão traz significativo avanço jurisprudencial no tratamento do direito fundamental social à educação, que se verifica, sobretudo, em função de argumentação mais densa e aprofundada, em comparação à decisão analisada alhures. Assim, por exemplo, com relação à teoria do mínimo existencial, o acórdão possui um tópico, em separado, que trata desse assunto. Nesse sentido, afirma que, em que pese os recursos públicos serem escassos, as decisões governamentais deverão considerar a: “intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental”, (BRASIL, 2011, p. 04). Destarte, o STF se posiciona, de maneira reiterada, no sentido de que *a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada frente ao mínimo existencial*.

Outra limitação à restrição dos direitos fundamentais sociais seria o princípio da proibição do retrocesso social, conforme trecho extraído da decisão analisada, senão vejamos (BRASIL, 2011, p. 06):

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

Portanto, uma vez atingidos os avanços sociais, estes não poderão ser reduzidos ou suprimidos pelo Estado, pois, nas palavras do relator, Celso de Mello, o princípio da vedação do retrocesso constitui “(...) verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (...)” (BRASIL, 2011, p. 38).

Ademais, o relator assevera que o objetivo do legislador constituinte, quanto à educação infantil: “(...) traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.” (BRASIL, 2011, p. 14).

Ainda, considerando que a Constituição Federal, em seu art. 211, §2º, dispõe que os municípios atuarão prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental (conforme já explanado alhures), o acórdão firma entendimento de que o

referido ente estatal não poderá se eximir de cumprir a norma constitucional, por ser esta juridicamente vinculante (BRASIL, 2011).

Diante disto e por unanimidade de votos, a 2ª Turma do STF negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

### 5.3 POSICIONAMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 761.127/AP

Outro acórdão a ser analisado trata de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 761.127, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, sendo o agravante o Estado do Amapá e o Agravado o Ministério Público do mesmo estado. No caso em tela, o agravado interpôs ação civil pública, visando à reforma de escola, cuja construção original era de madeira, e, como as suas instalações físicas encontravam-se deterioradas, havia risco à integridade física dos alunos e funcionários. Assim, o objeto da ação era a construção de nova escola, bem como a contratação de um vigia.

Nesse caso, o relator, Min. Luís Roberto Barroso, basicamente se valeu dos mesmos argumentos elencados pelo Min. Celso de Mello na decisão supra analisada (RE 699.337/SP), retirando dela o seu fundamento.

Em suma, assim decidiu o relator Min. Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2014, p. 05):

O agravo não deve ser provido. Tal como constatou a decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento no sentido de reconhecer ao Judiciário a possibilidade de, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas, a fim de garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Destarte, em 24 de junho de 2014, a 1ª Turma do STF, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

## 6 CONCLUSÃO

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais implica na necessária proteção dos seus respectivos núcleos essenciais, possibilitando, inclusive, a exigibilidade judicial das posições jurídicas individuais pertencentes a tais conteúdos.

A própria Constituição reconheceu posições jurídicas individuais que não devem estar sob qualquer poder de disposição ulterior. Podemos apontar o art. 208, que prevê que a educação básica é *obrigatória* e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, além de assegurar a gratuidade a todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Ademais, no §1º do mesmo art. 208, a Constituição assevera que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é *direito público subjetivo*.

Assim, diante de tal precisão constitucional, não é cabível nem mesmo a alegação de reserva do financeiramente possível, ainda mais se atentarmos para o fato de que a própria Constituição reservou porcentagem orçamentária mínima de aplicação compulsória na educação, além do fato de prever até mesmo a responsabilização da autoridade competente pela não oferta ou pela oferta irregular do ensino obrigatório.

Nesse sentido, a previsão constitucional do direito de acesso à educação básica obrigatória e gratuita como direito público subjetivo revela-se como pedra angular da proteção assegurada pela Constituição ao direito social fundamental à educação. Essa previsão oferece um preciso fundamento constitucional para o reconhecimento de outras posições jurídicas individuais pertencentes aos conteúdos essenciais dos demais direitos fundamentais relativos à educação, pois permite essas outras posições jurídicas sejam inferidas a partir da essencialidade desse direito social basilar.

Por derradeiro, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que as normas constitucionais que versam sobre o direito fundamental social à educação não podem mais ser interpretadas como meros programas de Estado, mas sim como verdadeiros direitos subjetivos, em posicionamento reiterado nos acórdãos supracitados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula. *O direito à educação e o STF*. In: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento & Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *A Educação Especial na Perspectiva da Inclusão Escolar A Escola Comum Inclusiva*. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17009:educacao-especial&catid=194:secad-educacao-continuada](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17009:educacao-especial&catid=194:secad-educacao-continuada)> Acesso em: 03 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. *Resolução nº 4*, de 2 de outubro de 2009. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=13684%3Aresolucoes-ceb-2009&catid=323%3Aorgaos-vinculados&Itemid=866](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13684%3Aresolucoes-ceb-2009&catid=323%3Aorgaos-vinculados&Itemid=866)>. Acesso em: 03 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 7.611*, de 17 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm#art11)>. Acesso em: 13 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009, do Conselho Nacional de Educação*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CEcQFjAE&url=http%3A%2F%2Fportal.mec.gov.br%2Fdocuments%2F>>

2Frceb004\_09.pdf&ei=GPEnUpTAIeajsQSb6ICADQ&usg=AFQjCNG1NsnZILZz52rLfr1rWYnaWMkoZA> Acesso em: 03 de set. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 603.575/SC, Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma, Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611114> Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em 24 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 761.127/AP, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, 1ª Turma, Brasília, DF, 24 de junho de 2014. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527605>. Acesso em 06 de março de 2015.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução Juan Luís Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, p. 7-15, out./dez. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1003>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. *O direito de ser, sendo diferente na escola: por uma escola das diferenças*. Disponível em:  
<[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&ved=0CEQQFjAE&url=http%3A%2F%2Fnucleodireitoshumanoseinclusao.files.wordpress.com%2F2011%2F08%2Fae\\_o\\_direito\\_de\\_ser-sendo-diferente.pdf&ei=EaYdUvWEOYSE8gTvxoDADQ&usg=AFQjCNF-b9yuCwxqm4FXHOoFa7jarAa0JA&bvm=bv.51156542,d.eWU](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&ved=0CEQQFjAE&url=http%3A%2F%2Fnucleodireitoshumanoseinclusao.files.wordpress.com%2F2011%2F08%2Fae_o_direito_de_ser-sendo-diferente.pdf&ei=EaYdUvWEOYSE8gTvxoDADQ&usg=AFQjCNF-b9yuCwxqm4FXHOoFa7jarAa0JA&bvm=bv.51156542,d.eWU)>. Acesso em: 26 de ago. de 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Gastos Sociais do Governo Central 2001-2002*. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 26 de ago. 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

\_\_\_\_\_. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TUGENHAT, Ernst. *Lecciones de ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.