

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

FERNANDO DE BRITO ALVES

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

Diretoria - CONPEDI

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

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

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

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

Comunicação:

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

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

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

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

D597

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

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto; Fernando de Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-223-1

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

1. A ANÁLISE DA LETALIDADE DA COVID-19 NO ESTADO DO PARÁ COMO INDICATIVO DE EQUIDADE NA SAÚDE - José Claudio Monteiro de Brito Filho, Peterson Pedro Souza E Sousa, Laís de Castro Soeiro. Comparou dados da COVID/PA com outros estados. Taxa de letalidade do PA está em 4,2%, considerada alta. Concluiu-se que mortes poderiam ter sido evitadas se houvesse uma gestão melhor e uma estrutura melhor.
2. A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PANDEMIA DA COVID-19 - Caroline Fockink Ritt, Luiza Eisenhardt Braun. O SUS é fundamental para a população mais pobre. Resultados: taxa de letalidade da COVID no Brasil, para pretos /pardos, é mais alta do que para brancos.
3. DIREITO À SAÚDE VERSUS ECONOMIA: REFLEXOS DA EC N° 95 APÓS A INSTALAÇÃO DA PANDEMIA OCACIONADA PELO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL - Rogério de Miranda Ciqueira. Visualizou a questão da aplicação de valores mínimos na saúde (EC 29/2000). Há mais demanda que oferta no SUS, e os estados estão limitados pela LRF.
4. A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU) COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL - Álvaro Russomano Goñi. NÃO HOUVE APRESENTAÇÃO
5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM FACE DA OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO - Davi Pereira Remédio, Tiago Pereira Remédio, José Antonio Remédio. Análise da efetivação dos DDFF. Direito à saúde é DF, assegurado pelo Estado (196, CF). Poder Judiciário deve atuar de acordo com a CF, protegendo a dignidade da pessoa humana.
6. A JUSTICIABILIDADE DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS NAS JURISCULTURAS DO BRASIL, COLÔMBIA E ÁFRICA DO SUL - Edinilson Donisete

Machado, Alessandra Brustolin. Verificar experiências destes países com a judicialização. O próprio STF estimula a judicialização. Na África do Sul, a Suprema Corte adotou uma visão mais utilitarista e restrita do direito à saúde.

7. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO - Adriano Fernandes Ferreira, Ana Raquel Martins Grangeiro. O recurso público à saúde é escasso e mal empregado. O SUS é fundamental na pandemia. AM tem 62 municípios, com 40 por acesso exclusivamente por barco. O atendimento é precário. Não há UTI no interior do AM. O direito à saúde é transnacional.

8. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO COMBATE AO COVID-19 NO MUNICÍPIO DE BELÉM NO QUE TANGE A TRANSPARÊNCIA DE INFORMAÇÃO E O SEU MONITORAMENTO - Patricia Lima Bahia Farias Fernandes, Ricardo Santiago Teixeira. O fluxo de recursos geridos na COVID 19 é colossal. É necessário avaliar e fiscalizar esses gastos, o fluxo de informações é falho. Belém foi a pior cidade em transparência nas informações.

9. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL - Yasmin Sales Silva Cardoso, Arianne Brito Cal Athias. A cláusula da reserva do possível não pode impedir a efetividade de políticas públicas. O direito à educação não é viabilizado pelo poder público e a cláusula da reserva do possível é sempre arguida pelo estado.

10. A EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: QUE INDIVÍDUOS QUEREMOS FORMAR? - Ivan Dias da Motta, Yasmine De Resende Abagge. Tecnologia na educação. Falta treinamento aos professores. A educação se manifesta em várias dimensões, tecnologia é apenas uma ferramenta. O foco deve ser formar cidadãos.

11. DA DOR NO CORPO À DOR NA ALMA: AS MARCAS DEIXADAS PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - Eduardo Ritt, Aline Kurz. A violência doméstica é silenciosa. O Brasil foi punido internacionalmente, o que estimulou a criação da Lei Maria da Penha. A violência física é normalmente precedida de xingamentos.

12. A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL INFANTO ADOLESCENTE - Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, Karyta Muniz de Paiva Lessa. Gestão das políticas públicas são fundamentais, mas demandam participação da sociedade em prol das crianças e adolescentes.

13. DIREITO À MORADIA E AS POLÍTICAS HABITACIONAIS BRASILEIRAS - Frederico Leão Abrão, Andrea Abrahao Costa. Direito à moradia não é sinônimo de casa própria. Há outros caminhos. O déficit habitacional tem um viés muito econômico, muito voltado ao empreendedor. O tema é multidisciplinar, envolve várias áreas.

14. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O CUSTO POLÍTICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA - Joaquim Carvalho Filho. A judicialização é circunstancial e o ativismo também. A politização é algo mais permanente. O STF influencia todo o sistema jurídico, disseminando posturas pouco técnicas.

15. O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO DE INGRESSO DE ESTRANGEIROS NO TERRITÓRIO NACIONAL - Valmirio Alexandre Gadelha Junior, Hannah Torres Danciger. O interesse público deve sobrepujar o privado. O Estado de Necessidade Administrativo exige tratamento diferenciado para situações anormais, como a pandemia COVID 19. No caso da pandemia, não houve tratamento xenófobo com relação aos estrangeiros.

16. PANDEMIA E TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: REPENSANDO A REINserÇÃO DO TRABALHADOR RESGATADO A PARTIR DE UMA POLÍTICA EMANCIPATÓRIA - Vitor Hugo Souza Moraes, Cassius Guimaraes Chai. O trabalhador escravo precisa ser reinserido no mercado de trabalho. Prevenção: conversar sobre o trabalho escravo. Combate: identificar e agir em relação ao trabalho escravo. A reincidência das vítimas no trabalho escravo é alta, cerca de 50%.

17. EMPOBRECIMENTO SEM CAUSA DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS - Rian Carlos Santanna. O regime de previdência dos servidores públicos deveria ser diferenciado e tratado em lei específica. Esse vácuo está empobrecendo o servidor aposentado.

18. TRANSIÇÃO DEMOGRÁFICA E IMPACTOS NO DIREITO DE APOSENTADORIA: UMA CRÍTICA AO ETARISMO - Vinícius Almada Mozetic, Mariana Carolina Lemes, Daniel Roxo de Paula Chiesse. O aumento da expectativa de vida está influenciando a concessão de aposentadorias. Os idosos não podem ser vistos como custos. Etarismo é a discriminação etária, tal como racismo ou sexismo.

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL**

**THE POSSIBLE RESERVE CLAUSE IN FRONT OF THE JUDICIALIZATION OF
PUBLIC POLICIES ON BASIC EDUCATION IN BRAZIL**

Yasmin Sales Silva Cardoso ¹
Ariane Brito Cal Athias

Resumo

Os direitos fundamentais necessitam de uma atuação estatal para que sejam efetivados na prática, o que ocorre por meio da execução de políticas públicas. Desta forma, não basta que um direito fundamental, como o direito à educação, esteja disposto constitucionalmente, mas também, que o Estado possa materializá-lo através da implementação de políticas públicas, contudo, na maioria das vezes isto não ocorre. Destarte, será discutido neste trabalho a importância da educação para a sociedade brasileira e a utilização da cláusula da reserva do possível. A modalidade de pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, amparando-se no modelo descritivo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito à educação, Judicialização, Políticas públicas, Cláusula da reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

Fundamental rights need state action to be effective in practice, which occurs through the implementation of public policies. However, in the vast majority of times this does not occur. In this way, we will discuss in this work, the importance of education for Brazilian Society and the use of the reserve of possible clause. The research modality is bibliographic and jurisprudential supported by the descriptive model.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Right to education, Judicialization, Public policy, Reserve clause the possible

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) na linha de pesquisa Sistemas de Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais. Bolsista do Centro de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (CAPES)

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo 205 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família”, entretanto, nota-se que este direito fundamental não é viabilizado pelo Estado como deveria. Neste sentido, quando um direito é reconhecido por um ordenamento jurídico, como é o caso do Direito à Educação, o poder público deve agir para possibilitar a sua efetivação.

A principal forma de materializar os direitos sociais, como a educação, ocorre através de uma maior atuação do poder estatal, por intermédio das políticas públicas. Porém, na prática, na maioria das vezes a ineficácia destas políticas do ponto de vista de seu alcance e de sua qualidade é notável, fazendo com que a sociedade procure cada vez mais o poder judiciário como alternativa para a garantia de seus direitos básicos. Ademais, quando acionado judicialmente, a principal defesa ou alegação utilizada pelo poder estatal é argumentar através da cláusula da reserva do possível.

A cláusula da reserva do possível, por sua vez, propõe que a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, esteja vinculada à possibilidade financeira do Estado em custear estes direitos. Contudo, como não há recursos suficientes para custear todos eles, é necessário escolher qual direito social é mais importante para ser protegido. Verifica-se que com o fim da ditadura militar e a propositura da Constituição Federal de 1988 houve um grande marco histórico no Brasil, ou seja, a mudança para um Estado democrático, positivando no corpo de sua nova Constituição vários direitos fundamentais que são resultados do processo democrático brasileiro.

De forma clara, o artigo 6º da Constituição elenca os direitos sociais e, dentre eles, o direito à educação, objeto do presente trabalho. A modalidade de pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, amparando-se no modelo descritivo.

2 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Segundo Canotilho (2009), os direitos fundamentais são os direitos do homem, sendo eles jurídica e institucionalmente garantidos, limitados espacial e temporalmente. A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 6º a educação como um direito social básico, o que para autores como José Afonso da Silva seria um direito dotado de caráter social, por ser proveniente das reivindicações e carências da sociedade. Senão vejamos:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2009, p. 286-287)

Verifica-se que o direito fundamental à educação é considerado como uma norma de eficácia limitada. Assim, precisa das normas de cunho pragmático, ou seja, necessita de normas e programas estatais para que seja efetivado. Normas programáticas, segundo José Afonso da Silva, seriam:

Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos e jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1998, p. 138)

Portanto, compreende-se que são normas que dependem de recursos econômicos para a sua implementação. Assim, muitas vezes, a eficácia de uma educação de qualidade é associada à cláusula da reserva do possível. A efetividade dos direitos sociais pode ser compreendida como a própria materialização do direito, pois “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.” (BARROSO, 1996, p.83).

De acordo com José Afonso da Silva:

Primeiro, a construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social. Segundo, o apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização. Terceiro, a participação popular no processo político que leve os governantes a atender suas reivindicações, tal como a vontade política que conduziu os Constituintes a inscrever esses direitos de forma ampla e abrangente” (SILVA, 1998, p.06).

Desta forma, o supracitado autor considera que são três as garantias políticas para a eficácia dos direitos sociais. Entretanto, para Ingo Wolfgang Sarlet, a eficácia dos direitos sociais é proveniente de uma classificação de direitos fundamentais de acordo com a funcionalidade, dividida em direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações, que se subdividem em direitos às prestações em sentido amplo, abarcando os

direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, além dos direitos a prestações em sentido estrito (SARLET, 2005, p. 183-185).

Neste contexto, verifica-se que os direitos sociais, como o direito à educação, possuem a finalidade de efetivar os direitos de primeira dimensão, que são os direitos de liberdade, pois a falta de condições materiais reais prejudica o exercício destes direitos. Na concepção do autor Paulo Bonavides, os direitos de primeira dimensão são:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2001, p.517)

Na concepção de Ingo Sarlet, esta primeira dimensão dos direitos humanos acabou agregando outros importantes direitos. Senão vejamos:

São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria. (SARLET, 2007, p.54)

Mesmo o Estado dispondo dos recursos e tendo o poder de utilizá-los, não haveria obrigação de prestar coisa alguma que não fosse razoável, porque o direito à prestação corresponde ao que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade (SARLET, 2010, p.287). Na visão de Robert Alexy, este aspecto é considerado como um dos principais argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais, ou seja, a sua liberdade fática. Segundo o autor, a liberdade jurídica é considerada como a permissão jurídica de fazer ou deixar de fazer algo e, por sua vez, não tem valor sem uma liberdade fática (real), ou seja, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas.

Dessa forma, a liberdade é real apenas para aquele que tem as condições de exercê-la, bem como os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação, consoante a constatação de Lorenz von Steiundo (2006, p.503-505). Quanto ao possível descontentamento social acerca da má efetivação dos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho fomenta:

Este reformismo, que acompanha o intervencionismo estatal típico do Estado providência, veio suscitar a declaração como fundamental, de novos direitos. Estes visam assegurar a todos uma vida digna e a igualdade de oportunidades. São os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, ao sustento na doença e na velhice, ao lazer, etc. [...]. Não são meros poderes de agir, meras liberdades, mas têm por característica maior reclamarem contrapartida da parte da sociedade por meio do Estado. (FERREIRA FILHO, 2009, p.45)

Portanto, os direitos fundamentais são considerados de extrema importância para qualquer sociedade, pois são direitos que visam garantir uma vida digna às pessoas.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

A judicialização é um processo que foi consequência da Revolução Francesa, com a implementação de uma Jurisdição única e a ampliação dos poderes dos juízes. Neste contexto, houve uma aproximação da sociedade com o poder judiciário, por intermédio dos ideais de liberdade e igualdade.

No Brasil, após a Constituição Federal de 1988, com o processo de democratização que o País enfrentava, o legislador trouxe a dignidade humana, o acesso à justiça e a inafastabilidade da Jurisdição como preceitos de grande relevância para o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, revigorou a importância do Poder Judiciário, tornando-o grande protetor dos direitos e garantias fundamentais. Ainda neste sentido, o autor Luís Roberto Barroso define: “A constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.” (BARROSO, 2013, p.02).

Isto ocorre, visto que a Constituição brasileira é bastante abrangente, de modo que todos os direitos fundamentais nela previstos podem ter ameaças a sua proteção discutidas pelo poder Judiciário, devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Como consequência, verifica-se que o processo de Judicialização cresce cada vez mais, o que gera um problema do ponto de vista da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes surge, primeiramente, como uma teoria política no pensamento de John Locke (2001), que denominou o Poder Legislativo como aquele que tem a competência de fixar as leis com o objetivo de preservar a sociedade política e os seus membros. Assim, para Locke, o poder legislativo é o poder supremo, diante do qual todos os outros poderes estariam subordinados. Somente em 1948, com a Declaração Universal dos

Direitos do Homem e do Cidadão, a divisão dos poderes tornou-se princípio como forma fundamental.

Entrelaçada com este processo de judicialização que ocorre no Brasil, a chamada cláusula da reserva do possível é identificada. Esta, por sua vez, teve origem no Tribunal Constitucional Alemão no caso “*numerus clausus*”, julgado em 1972, em que se discutiu o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam o acesso ao ensino superior. Autores como Andreas J.Krell criticam a importação da cláusula da reserva do possível. Vejamos abaixo:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem (KRELL, 2002, p.108-109)

A noção de ativismo Judicial estaria relacionada a uma maior participação do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais, o que segundo autores como Luís Roberto Barroso demonstra três principais pontos negativos, sendo eles: riscos para a legitimidade democrática, politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário. Entretanto, dentre os pontos positivos, segundo a autora Ana Paula de Barcellos, destaca-se:

Em primeiro lugar, o exercício de um conjunto básico de direitos fundamentais é indispensável ao funcionamento regular da democracia e ao controle social de políticas públicas, pois, caso contrário, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade e de participar do processo político, o que dá margem à corrupção, ineficiência e clientelismo na gestão das políticas públicas. Em segundo lugar, a própria Constituição pode ter decidido conferir espaço mais amplo ao direito e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, motivo pelo qual as decisões fundamentadas nas Constituições não podem ser ignoradas. Em terceiro lugar, não existem apenas duas 12 opções radicais – nenhum controle ou controle absoluto das políticas públicas –, mas podem ser adotadas possibilidades intermediárias. (BARCELLOS, 2008, p.119-120)

Ressalta-se, que é necessário o devido “engajamento” do poder judiciário para a efetivação de um direito fundamental constitucionalmente previsto, como ocorre com o Direito

à Educação. A relevância é destacada, diante da inércia dos demais poderes, devendo evitar, ainda, o excesso, visto que não há dúvidas de que é tão prejudicial quanto a primeira.

4 LIMITES PARA A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A cláusula da reserva do possível é constantemente utilizada pelo Estado como justificativa para não efetivação de direitos fundamentais, como o direito à educação. Autores como Ingo Sarlet e George Marmelstein consideram que esta cláusula só deve ser invocada quando houver real risco de prejuízos à sociedade:

O economicamente possível ou razoável não pode ser presumido, de forma que, para apontar o argumento da reserva do possível como limite à concretização de determinado direito fundamental social in concreto, o Poder Público deve comprovar efetivamente a indisponibilidade de recursos, o não desperdício dos recursos existentes, bem como a eficiente aplicação dos recursos existentes. (SARLET, 2010, p. 356-357)

Para além disso, ressalta-se que:

O argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que remonta novamente à teoria da ponderação para promover o necessário sopesamento. (MARMELESTEIN, 2011, p. 358).

A partir disso, vários autores brasileiros preceituam que não cabe aos juízes a análise de direitos fundamentais sociais, por se tratar de algo que depende de disponibilidade orçamentária. Contudo, por ser uma matéria de interesse público, o alcance não caberia ao poder judiciário, mas apenas aos poderes legislativo e executivo. (SCAFF, 2005, p.89).

Destarte, verifica-se que não existe no Brasil total e completa liberdade ao legislador para incluir no sistema orçamentário estabelecido na Constituição Federal de 1988 o que bem entender e, muito menos, ao administrador, ou seja, não possuem discricionariedade ampla para utilizar os recursos públicos como quiserem. Desta forma, existem vários tipos de limites à liberdade do legislador para utilizar os recursos públicos, o que é confirmado pela supremacia da Constituição Federal. (SCAFF, 2005, p.91).

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu vários objetivos a serem alcançados, se estabelece no artigo abaixo:

Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os referidos objetivos devem ser perseguidos pelos governos que se sucederem no comando do Estado, visto que toda a estrutura estatal deve servir para proporcionar o alcance efetivo. Portanto, todo o sistema de planejamento que a Constituição estabeleceu para o desenvolvimento nacional do Brasil deve estar voltado à realização desses objetivos (SCAFF, 2005, p.90).

Destarte, com relação ao orçamento, a Constituição Federal de 1988 também estipulou planejamento através da Lei do Plano Plurianual (PPA), A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA):

No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de 03 leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição deverão ser elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, §4º, CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, §4º, CF). (SCAFF, 2006, p.91)

Ainda sobre a questão orçamentária estabelecida pela Constituição Federal de 1988, Fernando Facury Scaff (2005, p.100) aduz:

Certamente partidos políticos com espectro mais à esquerda optarão por intensificar políticas públicas que privilegiem a igualdade, enquanto os partidos mais a direita implementarão estas políticas com um perfil mais voltados para o mercado. Este fato, por si só, não acarretará nenhuma violação constitucional, desde que comprovado que os desideratos prescritos na Carta de 1988 estejam sendo perseguidos de forma ampla, democrática e transparente. A singela argumentação não deve ser suficiente para comprovar o alegado, sendo necessária a comprovação de que os meios utilizados são aptos a conseguir os fins estabelecidos. O sistema de planejamento instituído pela Constituição de 1988 permite a comprovação disso, especialmente o subsistema de planejamento orçamentário acima descrito, que obriga a compatibilização do Plano Plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Portanto, a teoria da reserva do possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados e de modo progressivo, a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível. (SCAFF, 2005, p.99).

Destaca-se, que este procedimento ocasionará a necessidade de implementar políticas públicas diversas em diferentes lugares e para diferentes populações, pois os problemas são distintos e peculiares a cada grupo de pessoas (SCAFF, 2005, p.99). Portanto, a cláusula da reserva do possível deve ser utilizada apenas em situações que reste comprovado que aquela decisão ocasionará mais prejuízos à sociedade do que benefícios.

A teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional, devendo implementar os Verba Juris ano 4, n. 4, jan./dez. 2005 102 objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º., dentre outras normas-objetivo. Esta teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto (Roberto Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen). (SCAFF, 2006, p.101).

Contudo, percebe-se que, na prática, o que ocorre é a não comprovação do maior prejuízo e a cláusula da reserva do possível sendo utilizada perante vários direitos fundamentais e, conseqüentemente, ocasionando danos para a sociedade.

5 EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Immanuel Kant, em seus estudos, considera que o ser humano é a única criatura que precisa ser educada, ou seja, para o autor o homem não nasce pronto, ele se torna pronto e, para isso, precisa ser educado. Celso Moraes de Pinheiro ressalta que, “com isso, Kant mostra que o processo de educação cabe, inteiramente, ao 13º homem, e apenas a ele” (PINHEIRO, 2007, p. 33). Para Kant, portanto, o que diferencia os homens dos animais é justamente a educação, observando em sua obra a ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita:

Como em geral os homens em seus esforços não procedem apenas instintivamente, como os animais, nem tampouco como razoáveis cidadãos do mundo, segundo um plano preestabelecido, uma história planificada (como é, de alguma forma, a das abelhas e dos castores) parece ser impossível. (KANT, 1986, p. 10).

Kant ainda estabelece que “A natureza quis que o homem tirasse inteiramente de si tudo que ultrapassa a ordenação mecânica de sua existência animal [...], livre do instinto, por meio da própria razão.” (1986, p. 12). E, ainda, que “a disciplina impede que o ser humano se afaste, através de seus impulsos animais, de sua determinação, a humanidade.” (KANT, 1996, p.12).

Portanto, para Kant, a educação deve ser disposta ao indivíduo para que ele possa ter a liberdade de seguir o seu próprio destino, pois “A arte da educação ou pedagogia deve, portanto, ser raciocinada, ela deve desenvolver a natureza humana de tal modo que essa possa conseguir o seu destino.” (KANT, 1996, p.22).

Ainda na obra sobre a Pedagogia, que é uma das mais importantes de Kant sobre a educação, o autor entende a disciplina como algo que o ser humano deve conter, “[...] de modo que não se lance ao perigo como um animal feroz, ou como um estúpido (Idem.) e também como o tratamento através do qual se tira do ser humano a sua selvageria.” (KANT, 1996, p. 12).

A importância da educação é elucidada por diversos autores, como Immanuel Kant, além da sua positivação na Constituição Federal de 1988 e em vários outros instrumentos, como: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Nº 9.394/96)¹, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/90)² e o Plano Nacional de Educação (Lei Nº 10.172/2001)³. Portanto, mostra-se necessária uma análise Jurisprudencial nos casos referentes ao direito à educação submetidos as cortes Superiores, de forma específica ao Supremo Tribunal Federal (STF) e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

Neste sentido, são várias as decisões do STF que reconhecem a importância do acesso à educação, com ênfase na decisão do STF que afirma:

Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado- União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com deficiência de caixa. (STF, RE, 411.518/SP).

¹ Acesso eletrônico em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>

² Acesso eletrônico em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>

³ Acesso eletrônico em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm>

Ademais, o STJ compartilha deste mesmo entendimento sobre o acesso à educação, como podemos observar na ação civil pública (ACP) abaixo, que tem como objetivo assegurar o direito à creche para crianças de 0 a 6 anos de idade, tendo como fundamento o dever constitucional do Estado e o direito subjetivo da criança.

Não se pode relegar direito à educação de criança a plano diverso da garantia constitucional. O Estado tem o dever de educação mediante oferecimento de creche para crianças de 0 a 6 anos. O que não soa lícito é repassar este dever para instituições particulares e deixar crianças em fila de espera. (REsp.575.280./SP e REsp. 503.028)

Verifica-se, que além da Constituição Federal de 1988 ter consagrado vários direitos sociais, como o direito à educação, ela também estabeleceu fontes de financiamento para estes direitos, como aduz Fernando Facury Scaff:

Estas normas constitucionais, que estabelecem fontes de financiamento para os direitos sociais, constituem uma peculiaridade do constitucionalismo brasileiro, em especial na Constituição de 1988, que permite a sua efetivação independente de qualquer intervenção judicial, e concede a qualquer governo a garantia de recursos orçamentários mínimos para a implementação de seu plano de ação social. (SCAFF, 2010, p.29)

Ainda segundo o autor Fernando Facury Scaff, por possuírem uma renda de financiamento estabelecida constitucionalmente, os direitos sociais se caracterizariam como um “mínimo existencial”. Senão vejamos:

Vários desses direitos possuem fonte de financiamento estabelecido pela Constituição para a sua implementação, o que se constitui em uma verdadeira “garantia constitucional de financiamento dos direitos sociais”, caracterizando-se desta forma como um “mínimo existencial” socialmente considerado, que não pode ser reduzido pelos poderes públicos na aplicação dos recursos. (SCAFF, 2010, p.42)

Desta forma, a educação deve ser analisada como parâmetro incerto no conteúdo do mínimo existencial, em que este conteúdo mínimo está diretamente ligado à execução e garantia de políticas públicas. Estas, por sua vez, também dependem da disponibilidade de recursos, pois “as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre de disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las.” (SARLET, 2007, p. 186).

A efetivação de uma educação de qualidade não acarreta apenas benefícios individuais, mas, sobretudo, coletivos, visto que ela é uma das principais responsáveis por impulsionar o indivíduo a crescer e se aprimorar, incentivando, assim, o crescimento de uma sociedade em diversificadas áreas. O autor Jorge Carvalho Arroteia, sobre este aspecto, preceitua ainda que: “A socialização e a preparação para a vida ativa contribuem, também, para estimular a maturação crítica e a reflexão sobre a realidade sociocultural, educativa e tecnológica, favorecendo por isso a inovação, o progresso e a mudança social.” (ARROTEIA, 1991, p.33).

Portanto, resta nítido que são muitos os benefícios da efetivação de uma educação de qualidade para a sociedade, pois se mostra como uma condição necessária para viabilizar mudanças sociais e deve, necessariamente, ser construída e garantida para possibilitar o processo de democratização das relações de poder.

Ainda neste sentido, Elias de Oliveira Motta vislumbra:

Segundo Elias de Oliveira Motta a educação é um processo, por excelência, de mudanças sistemáticas e conscientes que se faz de forma planejada e organizada, firmando-se como o instrumento mais eficaz que um governo tem para efetivar o desenvolvimento de um povo. (MOTTA, 1997, p.79-80).

Neste sentido, ressalta-se que “O Estado tardou em reconhecer as vantagens da instrução e educação do povo. Desconheceu, durante séculos e séculos, que somente se pode aumentar o valor do Estado, do país aumentando-se o valor dos indivíduos.” (MIRANDA, 1987, p.333).

Dessa forma é possível concluir que o direito à educação é o que enriquece os indivíduos, pois possibilita as transformações necessárias e, conseqüentemente, transforma sociedade como um todo, de forma construtiva. Assim, compreende-se que o desenvolvimento de um país está intimamente relacionado ao nível educacional de sua população.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo, restou claro que apesar do direito à educação estar bem regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, ele não possui a eficácia que deveria, pois as políticas públicas existentes no Brasil não se mostram condizentes e suficientes à realidade fática brasileira, que é cercada por desigualdades sociais. Portanto, este direito permanece sendo prejudicado em sua garantia de acesso eficaz a maior parte da população brasileira, que convive com péssimas ou nenhuma condição básica de educação.

Para além disso, verificou-se, no decorrer desta pesquisa, que apenas quando se concede aos indivíduos acesso aos direitos fundamentais é que ocorre, real e efetivamente, o respeito e garantia do princípio essencial e constitucional da dignidade da pessoa humana, que é considerado como um fundamento basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Conseqüentemente, torna-se inviável, no Brasil, a utilização de argumentos utilitaristas, como a cláusula da reserva do possível, para justificar a não concessão plena de direitos fundamentais, como o direito à educação básica, visto que a realidade da população brasileira é totalmente diferente da realidade do povo alemão, região que deu origem à cláusula em questão.

Desta forma, é extremamente necessário que haja o respeito e a devida importância à eficácia e garantia do acesso ao direito à educação básica no Brasil, pois além de estar disposto na Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental de todo e qualquer cidadão, está previsto, também, em inúmeras leis infraconstitucionais, sendo fundamental ao desenvolvimento social.

Conclui-se, portanto, que o direito à educação básica é responsável por impulsionar diversas transformações sociais, dentre elas, a redução da criminalidade e das desigualdades, principalmente em países subdesenvolvidos, como o Brasil, possibilitando uma sociedade mais igualitária e, conseqüentemente, mais justa em suas oportunidades.

Por fim, cada vez mais resta claro que apenas com a efetivação do direito fundamental à educação básica é que será alcançada a transformação social tão almejada pelo Brasil. Este direito, por sua vez, vai muito além de uma garantia jurídica constitucionalmente positivado, mas é, comprovadamente, o principal mecanismo de transformação social, econômica e jurídica de uma sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ARROTEIA, Jorge Carvalho. **Análise Social da educação**: indicadores e conceitos. Leiria: Roble Edições, 1991.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/372729287/Ana-Paula-Barcellos-Constitucionalizacao-das-politicas-publicas-em-materia-de-direitos-fundamentais-pdf> > Acesso em: 20 de Jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 22 de Jan. de 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 575.280-SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator: Ministro José Delgado. 1ª Turma, 2004. **Lex**: Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/5987>> Acesso em: 19 de Jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Nº 1.076.911-DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Antonio Luca de Oliveira Gomes. Relator: Ministro Celso Antonio de Mello. 2ª Turma, 2018. **Lex**: Jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768146841/agreg-no-recurso-extraordinario-agre-re-1076911-df-distrito-federal-0030871-3120168070018/inteiro-teor-768146851/amp>> Acesso em: 15 de Jul. 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia**. Trad Francisco Cook Fontanella. Piracicaba: Editora Unimep, 1996.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda nº 1 de 1969, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e Educação no Século XXI**: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília: UNESCO, 1997.

PEIXINHO, Manoel Messias. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. **In** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Celso de Moraes. **Kant e a educação**: reflexões filosóficas. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2007.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. Universidade Federal da Paraíba. **In** Verba Juris, ano 4, n.4, jan/dez.2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/vj/login>>. Acesso em: 14 de julho de 2020.

SCAFF, Fernando Facury. **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, Carlos Eduardo Moreira da. Direito à educação em face do princípio da reserva do possível: a importância dos instrumentos de controle social. **In** Jornal de Políticas Educacionais. Nº 9, Jan/Jun. de 2011, PP. 41–50. Disponível em: <http://www.jpe.ufpr.br/n9_5.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **In** *Jornal de Políticas Educacionais*. n° 9, Jan/Jun de 2011, PP. 30–40. Disponível em: <http://www.jpe.ufpr.br/n9_4.pdf>. Acesso em: 19 30 dezembro de 2020.