

## 1 INTRODUÇÃO

Percebeu-se, em especial após a Segunda Grande Guerra, um processo de grande evolução da teoria jurídica dos direitos fundamentais, o qual foi estruturado a partir de uma nova roupagem do Estado de Direito, que hoje já assume a feição de um Estado Democrático e Social de Direito.

Nesse contexto, o trabalho busca demonstrar como é possível o controle judicial do direito social à educação.

Definir os parâmetros para a atuação judicial na seara dos direitos sociais não é tarefa fácil. A resolução da questão não se resolve em uma simples resposta, como em afirmações do tipo “é cabível o controle judicial dos direitos sociais” ou “não é cabível o controle”. São muitas variáveis que interferem na resolução dessa problemática.

A ideia predominante era de que a natureza dos direitos sociais não permitia que eles servissem de fundamento para a postulação judicial de uma atuação estatal positiva. A ingerência judicial nesse âmbito era raríssima, haja vista que predominava uma visão estanque do princípio da separação de poderes, que entendia a intervenção judicial sobre as políticas públicas direcionadas para a efetivação dos direitos sociais como uma intromissão indevida na competência do Executivo e do Legislativo.

Entretanto, nos dias atuais, esse quadro se modificou. Em todo o Brasil, são inúmeras as decisões de magistrados ordenando o cumprimento de prestações materiais positivas concernentes aos direitos sociais positivados no texto constitucional.

Para destrinchar os aspectos que envolvem o tema proposto, é necessário, primeiramente, delimitar alguns contornos do direito social à educação, que é o bem jurídico ao qual o trabalho se propõe a analisar.

Em seguida, far-se-á a análise dos parâmetros que norteiam a atuação do Judiciário nas demandas que envolvem direitos sociais, em especial o mínimo existencial e a reserva do possível.

A partir da abordagem desses elementos, abre-se caminho para desenvolver o modelo considerado, aqui, como ideal para a intervenção judicial no direito social à educação.

Para o alcance de uma conclusão, é imperiosa a análise de inúmeros aspectos, especialmente dos fundamentos para a permissão de uma intervenção judicial no que diz respeito ao direito à educação e os parâmetros para a realização desse controle.

Não é uma questão fácil de ser resolvida. Apesar disso, infelizmente, a ciência

jurídica tem procurado fornecer respostas simples (quando não simplórias) para situações complexas. Por isso, causa-se uma impressão de obviedade na discussão. O que não se pode admitir é deixar que os argumentos permaneçam em um grau superficial. Para evitar essa superficialidade, o trabalho se propõe a enfrentar os desafios que circundam o problema.

## 2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O grau de ensino de uma sociedade se constitui como um pressuposto para o exercício de vários outros direitos fundamentais, o que reforça a relevância do direito fundamental à educação. O patamar de ensino de um Estado e outros indicadores legais, segundo Canotilho (2003, p. 473), “condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos”.

A educação emoldura a visão de mundo dos indivíduos, a forma como eles vão observar os fatos que acontecem ao seu redor. Através dela, as pessoas adquirem um sentimento de responsabilidade com o mundo em que vivem, que se constrói na consciência de que o mundo em que habitam é resultado de suas ações.

A educação também conscientiza o sujeito de que a inserção no contexto do Estado Democrático de Direito não representa apenas o gozo de direitos, mas também a aquisição de responsabilidades. A noção de democracia não está ligada a um governo sem autoridade, e sim que respeite os direitos e exija o cumprimento dos deveres consagrados no ordenamento jurídico.

A Carta Magna estabelece expressamente, no artigo 6º, que o direito à educação é um direito social. O texto, todavia, não especifica seu conteúdo ou alcance. Nesse contexto, em uma primeira análise, o direito à educação representa o direito de igual acesso à educação, que deve ser estendido a todos, principalmente para os graus mais básicos de ensino. O conteúdo mínimo do direito à educação é o de acesso aos níveis basilares de ensino e capacitações, que devem ser ofertados de modo estruturado e organizado.

No artigo 205, a Constituição detalhou o mencionado direito, estipulando que deve objetivar o “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e a sua “qualificação para o trabalho”. Compreende-se, portanto, a educação como direito fundamental, pois não se discute, aqui, qualquer direito à educação e sim aquele cujo espectro foi construído dentro do texto constitucional. O direito à educação,

nesse sentido, não é o simples direito ao acesso à educação, e sim o direito ao acesso na seara das bases constitucionalmente construídas.

O artigo 13 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também contempla o direito à educação. Este Pacto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 1991 e promulgado pelo Decreto Presidencial 591, de 1992. O dispositivo supracitado estabelece “o direito de todas as pessoas à educação”. Reconhece também que “a educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade e do senso da dignidade humana e reforçar o respeito pelos direitos do homem e por suas liberdades fundamentais”. Contempla-se, aqui, um caráter complementar ao disposto no texto constitucional, pois o Pacto apresenta relações constitucionais que não estão expressas na Constituição.

A Emenda Constitucional 45 estabeleceu a incorporação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, seja com natureza de Emenda Constitucional ou de norma supralegal. O Pacto encontra em total conformidade com o disposto na Constituição, portanto seu conteúdo integra o texto constitucional.

Diante do apresentado, não há dúvidas que o Estado deve assumir uma conduta positiva para garantir o direito à educação. Nesse sentido, Tavares (2008, p. 776) afirma:

Como típico direito social, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Os direitos sociais ocupam-se, prioritariamente, dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes.

É preciso ressaltar, todavia, que em algumas situações o Estado garante o direito à educação através de uma postura de abstenção. É cabível abordar uma vertente não prestacional do direito à educação, no que diz tange ao respeito do direito de livre escolha, quanto ao direcionamento educacional e quanto à liberdade de convicções ideológicas.

Esta temática passou a ser efetivamente discutida depois do aparecimento da celeuma sobre o ensino religioso em escolas públicas. É pacífico que a educação religiosa é de matrícula facultativa, pois o Brasil, como Estado laico, não pode impor que a criança ou adolescente se submeta a essa orientação.

Todavia, o foco, para fins do presente trabalho, é a atuação positiva do Estado.

O direito à educação, classificado como direito fundamental, exige do Estado uma série de atuações, no sentido de: criar um sistema normativo que propicie o exercício do direito; criar condições fáticas, com instituições estruturadas e recursos (financeiros e humanos).

No Brasil, a educação está submetida ao princípio da gratuidade, nas situações em que é oferecida por estabelecimentos oficiais (artigo 206, inciso IV da CF). O Estado não pode cobrar do cidadão por possuir ofertas de ensino em estabelecimentos próprios. Como assevera Duarte (2007, p. 705), isto “está intimamente ligado ao problema da democratização do acesso à educação e constitui um direito, não uma concessão ou um favorecimento”.

Porém, pelo texto constitucional, a educação sem custos para o indivíduo só é obrigação do Estado em relação ao ensino fundamental, incluindo para aqueles que não tiveram acesso a esses graus na idade própria (artigo 208, inciso I da CF).

Quanto ao ensino médio, o texto constitucional exige sua “progressiva universalização” (artigo 208, inciso II da CF).

Para o que a Constituição chama de “níveis mais elevados do ensino, de pesquisa e da criação” (ensino superior), estabelece-se que o acesso se dá de acordo com os méritos de cada um.

Em relação à competência dos entes federativos no que concerne ao direito à educação, o Município e o Distrito Federal devem “manter (...) programas de educação infantil e de ensino fundamental”, contando com o apoio técnico e financeiro da União (artigo 30, inciso VI da CF). O Município não está proibido de atuar em outros âmbitos da educação, mas deve se voltar com prioridade à educação infantil e ao ensino fundamental. Aos Estados-membros se aplica o dever de estruturar o ensino fundamental e médio. É indispensável que Estados e Municípios estabeleçam meios de cooperação, para a devida garantia do direito à educação.

O dever do Estado não se exaure no oferecimento de acesso ao ensino. A Administração deve valorizar os profissionais da educação (artigo 206, inciso V) e garantir um padrão mínimo de qualidade (artigo 206, inciso VII). Os indicadores para o alcance deste padrão são definidos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei 9394/96).

Quanto à vinculação orçamentária, a Constituição determina que pelo menos 18% (União) e 25% (Estados, Municípios e Distrito Federal) da receita oriunda de impostos deve ser aplicada na estruturação do ensino.

A Emenda Constitucional 14/96 instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF) e Valorização dos Profissionais da Educação. Este representou uma considerável evolução na disposição constitucional das prioridades orçamentárias. Estabeleceu que do percentual requerido aos Estados, Municípios e DF, colocados acima, no mínimo 60% deve se destinar à educação fundamental, almejando sua universalização e a valorização dos educadores.

Questão fulcral e que se relaciona com os objetivos do presente trabalho é a análise da judicialização do direito à educação. É indubitável que o direito à educação se constitui como direito fundamental, tendo em vista toda a estrutura apresentada anteriormente.

O controle judicial, nas situações em que é necessário, não pode ser afastado, pois o acesso adequado à educação permite que se construa um país nos moldes do que foi projetado pela Constituição. Segundo Maliska (2008, p. 792-793):

É a partir da Educação que as opções constantes na Constituição são internalizadas e reproduzidas nas práticas sociais. Não se tem uma sociedade tolerante, solidária, como senso de responsabilidade social e ambiental, se no processo de formação das pessoas, essas opções não são internalizadas por práticas cotidianas, que as assumam como algo inerente ao viver. Portanto, a nossa democracia depende não apenas de uma universalização do acesso à educação, mas também de uma educação que crie as bases para uma sociedade democrática, que reproduza as opções da Constituição constantes de seu preâmbulo e de seus principais princípios. Essa vinculação constitucional não significa falta de autonomia, mas uma vinculação nos seus aspectos fundamentais, sem a qual a própria democracia fica comprometida.

Apesar do reconhecimento da relevância do direito à educação, não se pode afirmar que em qualquer demanda envolvendo a concretização do direito à educação o cidadão terá o direito a uma atuação positiva do Estado. A intervenção judicial possui parâmetros, que serão analisados no presente trabalho.

### 3 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PARÂMETRO DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A definição mais geral de mínimo existencial o concebe como o direito de satisfação das necessidades básicas. Há um direito às condições mínimas de existência humana que requerem uma atuação positiva do Estado. Sem este mínimo não é possível a subsistência do homem e também não é possível o exercício das condições iniciais de

liberdade.

Torres (2008, p. 315) atenta para o fato de que o mínimo existencial abrange os direitos de liberdade e os direitos sociais:

O mínimo existencial é direito fundamental de dupla face: compreende os direitos fundamentais originários ou da liberdade e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão mínima e irreduzível. Do ponto de vista da efetividade, exhibe também a duplicidade do *status negativus* e do *status positivus libertatis*.

A satisfação das necessidades humanas é uma demanda autônoma da justiça, que se coloca de modo independente dos seus efeitos para o alcance de outras finalidades, como o exercício da liberdade ou a promoção da democracia.

Esta afirmativa representa a concepção não instrumental da noção de mínimo existencial. É claro que a garantia do mínimo existencial se coloca também como um instrumento para o exercício das liberdades individuais e para o gozo da cidadania política.

Entretanto, ainda que o mínimo existencial não fosse um pressuposto fático para o exercício dessas prerrogativas, haveria o dever do Estado e da sociedade de garantir condições mínimas de dignidade para os hipossuficientes, com o fito de evitar a miséria humana.

O mínimo existencial se constitui como um indispensável parâmetro para a proteção judicial dos direitos sociais. O legislador e o administrador devem respeitar prioridades que são impostas a eles em virtude de valores constitucionais, devendo estes sujeitos alocarem os gastos com vistas à satisfação das necessidades básicas dos que mais precisam de assistência. Nesse contexto, o Judiciário tem legitimidade para a fiscalização da obediência das prioridades estabelecidas pelo texto constitucional.

Quanto maior o grau de imprescindibilidade de determinada prestação, mais excepcional deverá ser a justificativa para que ela não seja satisfeita. Portanto, cabe ao Judiciário a fiscalização dos motivos apresentados pelo Estado para suas decisões, promovendo a ponderação entre o nível de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação fática.

É incorreto considerar que a função do Judiciário, em matéria de direitos sociais, esgota-se na garantia do mínimo existencial. Se, em relação aos outros direitos fundamentais, almeja-se a máxima efetividade, não há justificativa para funcionar de maneira diferente quanto aos direitos sociais.

Segundo Sarmiento (2008, p. 580):

Neste modelo, o mínimo existencial constitui elemento importante, pois quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior será o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Prestações situadas fora do mínimo existencial têm, portanto, uma chance menor de êxito, já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido. Porém, persiste a possibilidade teórica de adjudicação de direitos sociais mesmo naquilo que extrapolar ao mínimo existencial, a depender da constelação concreta dos interesses em disputa.

O limite que pode ser alcançado pelo Judiciário na prestação destes direitos depende de uma ponderação de interesses, em que devem incidir os princípios constitucionais concorrentes.

#### 4 RESTRIÇÕES FINANCEIRAS E ORÇAMENTÁRIAS: A RESERVA DO POSSÍVEL

Como já frisado, a efetivação dos direitos sociais envolve custos, e este fato, analisado no contexto de um quadro escasso de recursos, impõe limites para a sua concretização. Esta limitação já foi utilizada como fundamento para impedir a proteção judicial dos direitos sociais, concepção que foi superada pela doutrina e jurisprudência nacional.

A noção de reserva do possível se desmembra em dois aspectos: um fático e um jurídico.

O aspecto fático diz respeito à disponibilidade de meios econômicos imprescindíveis para a efetivação dos direitos sociais, ao passo que o aspecto jurídico é representado pela necessidade de previsão orçamentária para que o Estado incorra nos respectivos gastos.

No julgamento da ADPF 45, o Ministro Celso de Mello asseverou que “a cláusula de reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Alguns doutrinadores questionam a possibilidade de transportar a noção de reserva do possível para a realidade brasileira. Krell (2002) afirmou que a aplicação dessa teoria no Brasil é “fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocado”. Na visão do autor, em países subdesenvolvidos como o Brasil não é cabível a

implantação da ideia de reserva do possível, pois implicaria em um esvaziamento dos direitos sociais.

Krell reitera, em sua obra, a legitimidade e necessidade da atuação judicial nas questões envolvendo direitos sociais. Neste ponto, não há dúvidas de que ele está correto. Todavia, ao contrário do que ele defende, a permissividade para a intervenção judicial não elimina a incidência da reserva do possível, que se constitui não como barreira à proteção jurisdicional, mas sim como critério importante para sua definição.

Deve-se salientar que a avaliação das limitações à tutela jurisdicional dos direitos sociais não pode ser realizada apenas levando em consideração o custo que representa a prestação concedida ao autor da ação. Isto significa que, por mais onerosa que seja uma prestação individual, provavelmente ela será insignificante diante dos recursos pertencentes aos entes federativos.

Se este fosse o parâmetro, todo requerimento realizado em ações individuais seria atendido, mesmo que fosse economicamente inviável para o Estado conceder a mesma prestação a todos situados na mesma condição. O Estado não deve proporcionar a um cidadão aquilo que ele não tiver como fornecer a todos os que estão em idêntica situação.

Neste contexto, segundo Sarmiento, (2008, p. 572), a noção de reserva do possível fática deve ser compreendida como a “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”.

Sob o prisma processual, a reserva do possível é matéria de defesa. A consequência desta afirmação é que o ônus de comprovar que a satisfação de determinado direito social é impedida pela reserva do possível é do Estado, não bastando que o ente público proclame de modo genérico a restrição financeira para negar a sindicância judicial.

A reserva do possível jurídica constitui a exigência de fundamento legal para que o Estado promova os dispêndios voltados para a prestação do direito social em questão. O ponto fulcral reside na previsão orçamentária para que o Estado incorra em uma despesa.

É complexa a discussão sobre a possibilidade de o Judiciário ordenar que sejam realizados gastos para o atendimento de necessidades sociais sem a prévia disposição no orçamento.

Aqueles que são contra a sindicância judicial argumentam que cabe ao Legislativo a prerrogativa de selecionar as prioridades, o que é feito através de lei

orçamentária. Diante da escassez de recursos, o legislador é quem tem a melhor percepção global das necessidades sociais e do total de recursos disponíveis para o atendimento das mesmas.

Por outro lado, os defensores da atuação judicial afirmam que a vinculação da efetivação dos direitos sociais ao orçamento torna o poder normativo da Constituição submisso ao desejo do legislador. Haja vista que os direitos sociais são fundamentais, seria um paradoxo que o legislador pudesse frustrar a chance de concretização dos direitos sociais, ao não prever no orçamento as verbas imprescindíveis para a sua satisfação.

Nos dois argumentos, há parcelas de razão. Ao mesmo tempo em que o legislador possui um espaço de deliberação nesta seara, que não deve ser tolhida pelo Judiciário, deve-se considerar que suas decisões orçamentárias não se pautam em um âmbito livre, pois a Constituição estabelece prioridades que não podem ser deixadas de lado pelo Legislativo, estando submetidas ao juízo do Poder Judiciário.

Portanto, o posicionamento de alguns ministros do STF na direção de que o juiz não deve se preocupar com a questão da previsão orçamentária não deve prosperar. Ao mesmo tempo, não deve prevalecer a ideia de que a não previsão orçamentária constitui obstáculo para a atuação judicial.

A possibilidade de intervenção judicial sobre a gerência orçamentária será novamente discutida no presente trabalho.

Percebe-se que a reserva do possível não implica na inaplicabilidade imediata do direito. Em verdade, a introdução dessa noção ao lado do direito fundamental *prima facie* significa que os direitos sociais necessitam da ponderação com outros direitos fundamentais.

## 5 O JUDICIÁRIO E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A grande maioria das decisões judiciais, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, comete o equívoco de não abordar a necessidade de observar parâmetros jurídicos no que concerne à prestação do direito à educação.

Nesse contexto, os magistrados se colocam diante de um litígio que foge aos padrões habituais, mas que possui grande importância social. A discussão não diz respeito à posição de vantagem de um indivíduo em relação a outro, mas sim reside na avaliação, entre o rol de opções, de qual a alternativa que melhor atenda o interesse

público.

Importante, aqui, discutir a ideia de eficácia.

A eficácia exige que se promova uma análise dos interesses intervenientes. A intervenção judicial sobre a atividade administrativa pode identificar o vício de eficácia, quando for adotada a solução que não pode ser identificada como a melhor para o interesse público.

Um dos aspectos principais da noção de eficácia é a universalização dos resultados, objetivo este que é vital na atuação administrativa com vistas à concretização do direito à educação. A Administração deve se voltar para as demandas da coletividade. Além de afrontar o princípio da isonomia, não há como considerar eficaz um ato que se limite à satisfação das necessidades de alguns indivíduos.

Se não há uma coincidência entre os detentores de necessidades e os beneficiários da prestação dos serviços estatais, resta configurado um problema na eficácia. É bem verdade que os meios escassos impedem o atendimento da totalidade das demandas. Mas a atuação administrativa deve ser voltada para a promoção do melhor interesse público possível. Há de se privilegiar, nesse contexto, a exigência de imparcialidade, pois o vício de parcialidade pode redundar em ineficácia.

Na análise dos casos que envolvem a concretização do direito social à educação, cumpre também analisar se há ou não uma omissão inconstitucional por parte do Estado.

O direito à educação é extremamente importante, visto que, sem o seu exercício, não há cidadania. A educação propicia a consciência crítica sobre os acontecimentos do mundo e permite a participação no processo de decisão dos caminhos a serem adotados pelo país. Todavia, isso não significa que qualquer situação envolvendo a satisfação desse direito é suscetível de intervenção judicial.

Para delimitar o conceito de omissão inconstitucional, é necessário salientar que ela se opera no âmbito das normas constitucionais que necessitam de providências do Poder Legislativo ou da atuação do Poder Executivo. As normas que contemplam direitos sociais também permitem o surgimento de uma omissão inconstitucional. Segundo Cunha Júnior (2008):

Embora plenamente eficazes, há normas que contemplam direitos sociais e carecem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, da inconstitucionalidade.

A supremacia constitucional redundando no princípio da constitucionalidade dos atos do Poder Público, que impõe a exigência de que os atos do Estado estejam em conformidade formal e material com os ditames colocados na Constituição.

É preciso ressaltar que nem toda omissão do Poder Público conduz a uma inconstitucionalidade. Inexistirá a inconstitucionalidade por omissão se a medida omitida não for imprescindível à exequibilidade da norma constitucional.

A noção de omissão não é naturalística, nem resumida a um mero “não fazer”. A omissão inconstitucional é a que representa uma não atuação indevida, isto é, quando há uma abstenção diante de algo a que o Poder Público estava constitucionalmente vinculado. Nessas situações, a inconstitucionalidade não se avalia a partir do sistema constitucional como um todo, e sim sob o prisma de uma norma constitucional específica, em que a não exequibilidade prejudica o cumprimento da Constituição.

Nesse contexto, é possível afirmar que nem sempre os casos de tutela do direito à educação constituem uma omissão estatal indevida.

Em algumas situações, é necessário pensar a partir dos problemas e não a partir de abstrações. As abstrações levam para respostas fáceis, mas escondem várias nuances envolvidas que só os problemas permitem a percepção.

Os conceitos devem ser pensados de modo que sejam aplicados aos problemas. Ao invés de pensar os conceitos por eles mesmos, deve-se pensar como eles resolvem as questões práticas. É imprescindível a capacidade de integração dos conceitos, pois os problemas que envolvem direitos sociais não envolvem certo departamento. Não é um problema unicamente de Direito Administrativo ou de Direito Constitucional. Esse isolamento não pode ser admitido.

Batista Junior (2012) é um dos poucos que tentam enfrentar a questão de frente.

Segundo ele, uma vez que a Carta Magna conferiu à coletividade direitos sociais, e nesse rol está o direito à educação, em alguma medida, é possível pleitear perante o Judiciário a não efetivação desses direitos consagrados constitucionalmente.

Mas, para efeitos de tutela judicial, deve-se discutir as situações em que é cabível pleitear a satisfação do direito social à educação.

A judicialização individual desmedida do direito à educação não é uma boa opção para a efetivação deste direito social e é danosa à democracia.

As decisões na seara das ações coletivas proporcionam a universalização da prestação, pois todos aqueles que estão imersos na mesma situação são atendidos.

Além disso, deve-se considerar que as decisões em litígios coletivos não desorganizam tanto a Administração Pública como as decisões individuais. É evidente que estas decisões podem modificar os planos da atividade administrativa, mas não haverá inúmeras decisões individuais que vinculam, de forma desordenada, a atividade da Administração.

Outro aspecto que coloca os litígios coletivos em vantagem reside no fato de que, nestes, os aspectos técnicos incidentes podem ser discutidos mais cuidadosamente. Nas ações civis públicas, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, em que se discutem alguns aspectos técnicos.

A grande importância das ações coletivas reside no fato de que, com a utilização deste instrumento, impede-se que apenas alguns indivíduos obtenham um acesso adequado à justiça, evitando a restrição rol de beneficiários das prestações sociais.

Nas ações individuais, as consequências concretas de cada decisão sobre o orçamento são minimizadas, o que influencia os magistrados a decidirem com maior benevolência nesses litígios. O perigo é que, em algumas situações, o Judiciário garante direitos que, diante da realidade fática, não são suscetíveis de universalização. A multiplicação de decisões dessa natureza prejudica a organização das políticas públicas e concede preferências a algumas pessoas sem que exista um critério ético ou jurídico para tal.

Deve-se diferenciar a educação enquanto direito individual e a educação enquanto direito social. Quando se discute a judicialização da educação, costumeiramente são colocados exemplos de matrícula de crianças em escolas. Nessas situações, discute-se o direito individual à educação. Tem sido pouco abordado o problema da educação enquanto direito social.

Em voto proferido em uma ação na qual se pretendia a matrícula de crianças em unidades de ensino infantil, o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello elaborou a seguinte afirmação sobre a reserva do possível:

Embora intocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Porém, o Ministro deve atentar para o fato de que a concessão da tutela

individual prejudica a satisfação do mínimo existencial de toda uma coletividade que seria beneficiada pelos recursos destinados às políticas de educação. O direito social à educação é mais importante do que qualquer pretensão individual.

É bem verdade que a reserva do possível não pode acarretar a ineficácia do direito. Mas o fato de a garantia da educação básica integrar o mínimo existencial não impede que haja uma desobediência “justificada” da CF, por questões de caixa.

Costuma-se deslocar o argumento da reserva do possível como um argumento menor. Da maneira como é frequentemente colocada a discussão, parece que há uma colisão entre um princípio como a reserva do possível e o direito à educação.

Mas o problema não é esse. O conflito não é orçamento *versus* educação; nenhum ser humano minimamente decente conseguiria se colocar de maneira contrária quando a situação é disposta dessa maneira. Não há, nesse caso, sequer um problema e sim uma obviedade.

Como frisado, esse problema não é verdadeiro. É necessário sair da superfície da questão e descer aos seus detalhes para avaliar a situação com cautela. Primeiro, costuma-se compreender de maneira equivocada o que significa orçamento. Segundo, não se trata de descumprimento da CF o indeferimento da tutela individual do direito à educação.

Todos os direitos possuem custos e não apenas os direitos sociais. As eleições têm um custo, para que se possa exercer a liberdade individual de escolha. A garantia do direito à propriedade implica em um custo de segurança. Os direitos sociais igualmente possuem custos.

Quando se fala do direito à educação, a distinção entre direito individual a educação e direito social é importante, pois permite direcionar para onde se destinarão os recursos disponíveis para a garantia de direitos dentro de um universo escasso.

É necessário encarar a questão de acordo com o princípio da realidade. Deve-se admitir que o orçamento não é só um conjunto de números. A Administração Pública dispõe de recursos escassos para problemas infinitos. Os recursos não sustentam tudo aquilo que se pretende fazer. Sempre haverá mais demandas do que recursos. O orçamento, quando colocado nesse contexto, passa a ser entendido politicamente como um conjunto de escolhas sobre o que é prioritário atender diante dessa escassez.

Se todos os bens necessários para uma existência digna estivessem disponíveis para todos, não existiria a economia nem a política. A política existe para que sejam feitas as escolhas que a comunidade considera essencial para a distribuição de riquezas. Essas questões são discutidas no orçamento.

Imagine-se uma decisão judicial que inclua uma rubrica no orçamento para matricular uma criança em uma escola. O Executivo manda incluir a rubrica, mas o Legislativo rejeita. Há um impasse nesse caso. O espaço da política é o espaço de decisão que representa a soberania de um povo. Portanto, a discussão do orçamento vai ao fundamento político das sociedades ocidentais. Não se trata de problemas resolvidos por um contador.

As decisões judiciais não podem colocar direitos individuais sobre direitos sociais. Quando o juiz decide se vai ou não determinar a matrícula de uma criança em uma escola, claro que é uma situação delicada, mas a questão fática é que, em regra, o magistrado reconhece o direito daquele porque o caso chegou diante dele.

E é mais fácil decidir isso. Ele não está vendo quantas pessoas foram prejudicadas pelo bloqueio das contas para atender essa demanda. Os juízes costumam decidir diante do que enxergam à sua frente, mas nesse caso se decide também pelo que não viu (ou fingiu não ver). Os recursos dirigidos às políticas para a satisfação do direito à educação podem ser bloqueados por uma decisão dessa natureza.

A reserva do possível não pode funcionar como uma palavra mágica para a negativa de direito. Os Tribunais não devem se negar a corrigir políticas que entendam equivocadas. Por isso, é plenamente aceitável a atuação coletiva dos Tribunais.

Por outro lado, quando um juiz ou Tribunal defere a tutela individual do direito à educação porque o Estado é omissivo e não fez o que deveria fazer, ele deve observar que o Estado já tem recursos aplicados para a educação, precisamente para cumprir o direito previsto na Constituição. E os recursos empregados por ele podem não ter sido empregados no caso específico porque precisam atender o direito social.

Realmente, não é uma escolha fácil para o gestor. Mas é fácil imaginar que, quando ele atende uma demanda individual, pode estar sendo descumprido o direito social à educação. Ao deslocar uma verba do orçamento para atender uma demanda individual, deslocou uma verba destinada ao atendimento do direito social.

Não são escolhas fáceis e estão sendo utilizados argumentos fáceis. Por isso, causa-se uma impressão de simplicidade na discussão. O que se deve evitar é que os argumentos permaneçam no nível da superfície.

Cabe ao Executivo o ônus de provar e fundamentar de forma clara, em cada caso concreto, que a eventual decisão do tribunal concedendo prestações individuais compromete o funcionamento como um todo da política planejada para a educação.

É preciso lidar com o orçamento e não se pode fazer de conta que ele não

representa escolha de direitos. O orçamento não se resume a números. É incabível que um indivíduo sozinho tenha seu direito prioritariamente garantido em face de toda uma coletividade.

O orçamento também fala de direitos fundamentais, seja a educação, a saúde, os direitos políticos. Trata-se de um espaço político de escolhas. A oposição entre orçamento e direito à educação é falsa, pois o orçamento trata do direito à educação. A oposição é entre direito individual à educação e direito social à educação. O direito à educação é prioritariamente social e não individual.

A tutela individual afeta de maneira diferente o sentimento do juiz. Ele é mais sensível quando se trata de um ou de poucos pleiteantes ao direito individual. Sua consciência fica tranquila por resolver o problema daquele que está a sua frente, porém ele esquece que existem muitas outras pessoas que também estão em situação de necessidade, mas infelizmente não sabem que o Judiciário pode resolver o seu problema. Com isso, a tutela acaba se direcionando para os bem informados, portanto há uma séria lesão à isonomia.

É necessário entender que os juristas não podem construir um mundo todo seu. Não se pode permitir esse autismo jurídico em que é criado um mundo em que os juristas acolhem toda a sociedade desfavorecida. O mundo em que o direito opera não é um mundo em que há tudo para todos, em que os tribunais vão resolver todos os problemas da sociedade. O mundo real é de infinitos problemas e recursos restritos. Nesse contexto, não podemos fugir da responsabilidade de realizar escolhas, definindo o que deve ser contemplado e o que não deve.

## 6 CONCLUSÃO

Percebe-se, no direito público brasileiro, um cenário em que a invocação genérica de princípios é utilizada para fundamentar as decisões. Contrariando essa perspectiva, deve haver uma mobilização para que o debate jurídico seja aprimorado.

O aplicador do Direito, ao buscar resoluções para os casos, tem uma obrigação analítica. Não é suficiente a invocação dos princípios. É necessário o respeito ao espaço de cada instituição, analisar causas e consequências, sopesar as vantagens e desvantagens. Se não funcionar dessa maneira, os cidadãos estarão inseridos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.

Apesar de reconhecer que é possível a intervenção judicial no que concerne ao

direito à educação, essa afirmação deve ser interpretada com cautela. A permissividade para o controle do Judiciário nessa seara deve obedecer a critérios que não podem ter sua incidência afastada.

Anteriormente, o pensamento predominante era o de que os direitos sociais constitucionalmente estabelecidos eram meras normas programáticas, não podendo servir de fundamento para o requerimento judicial de uma medida positiva do Estado.

As intervenções judiciais neste âmbito eram raramente encontradas, preponderando uma visão mais ortodoxa do primado da separação de poderes, que enxergava como atuações indevidas do Judiciário em âmbito exclusivo do Executivo e do Legislativo as decisões que exerciam o controle sobre as políticas públicas relacionadas à concretização dos direitos sociais.

No entanto, esse quadro se modificou nos dias atuais. Passou-se a perceber, com frequência, decisões do Judiciário ordenando o cumprimento de prestações materiais aos tutelados relacionadas a direitos sociais consagrados na Constituição de 1988.

Entretanto, este fenômeno origina algumas discussões complexas, que não podem ser deixadas em segundo plano. Os recursos disponíveis são escassos e a satisfação dos direitos sociais gera custos. Nesse panorama de escassez, não há como concretizar, integralmente, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O nível de desenvolvimento econômico e social de cada nação introduz limites que a mera boa vontade dos magistrados não tem como transpor.

E essa escassez impõe ao Estado a obrigação de, em muitas situações, realizar escolhas trágicas, uma vez que, diante da limitação recursal, o Poder Público se vê obrigado a selecionar prioridades dentre várias necessidades legítimas.

Nesse contexto, reconhece-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no que tange a aspectos relacionados aos direitos fundamentais, mas essa intervenção deve obedecer a critérios e parâmetros rígidos, que não podem ser em hipótese nenhuma ignorados.

A concepção defendida é a de que a garantia do direito social à educação de forma individualizada faz com que ocorra tratamento diferenciado injusto. E, em oposto do que se pensa, essa distinção não é realizada em favor das pessoas que não têm voz política, mas sim em benefício daquelas já inseridas no processo político.

Independentemente de qualquer variável, aqueles que conseguem obter uma decisão judicial favorável a uma prestação relacionada ao direito à educação são indivíduos privilegiados. Isso pelo fato de que eles possuem acesso a bens diferenciados

e a um tratamento diferente.

Outro ponto que deve ser destacado em relação a esses cidadãos tratados de forma diferenciada é o acesso à informação. Para chegar até o Poder Judiciário e obter uma tutela favorável, além de arcar com os custos de um advogado ou ter assistência judiciária gratuita – acesso à Justiça –, é necessário ter o conhecimento de que existe esse instrumento. Nesse sentido, quem vai até um magistrado, em regra possui um nível de informação que lhe permite saber que é possível, através de uma demanda judicial, a satisfação das necessidades concernentes ao direito social à educação.

A intervenção judicial em matéria de direitos sociais, nessa situação, em oposição ao que se prega, não seria um instrumento para democratizar o acesso às políticas públicas. Na realidade, a judicialização atende aos anseios de pessoas que recorrem ao Judiciário para ver a concretização de seus interesses, em prejuízo daqueles a quem os julgadores deveriam conferir mais atenção.

Dessa maneira, o Judiciário, ao promover a transferência de recursos destinados à globalidade das políticas públicas para o atendimento de demandas individualizadas, contribui para um gozo díspare de bens públicos, o que supostamente ele deveria evitar.

## REFERÊNCIAS

BASISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANOTILHO, José. Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Clarice. A educação como um direito fundamental de natureza social. In: *Educação Social*. Campinas, v. 28, n. 100, Especial, outubro/2007, Bibliografia.

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

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.