

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

CARLA CRISTINA ALVES TORQUATO CAVALCANTI

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

ANDRE STUDART LEITAO

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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

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

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

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

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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: Andre Studart Leitao; Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-887-5

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

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Apresentação

O XXX Encontro Nacional do CONPEDI – FORTALEZA/CE, realizado em parceria com o Centro Universitário Christus, apresentou como temática central “ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO”. Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, a questão da desigualdade social e a necessidade de efetividade de políticas públicas vocacionada para sua superação mereceu destaque no Grupo de Trabalho “Direitos Sociais e Políticas Públicas I”, na medida em que inequivocamente são os direitos sociais aqueles que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propendem a redução das desigualdades entre as pessoas, que podem proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação das Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), da Profa. Dra. Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti, da Universidade do Estado do Amazonas e do Prof. Dr. André Studart Leitão, do Centro Universitário Christus, o GT “Direitos Sociais e Políticas Públicas I” atingiu o objetivo de fornecer sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis os trabalhos apresentados:

1. A BUSCA PELA DEMOCRACIA NA IMPLANTAÇÃO DA CASA DA MULHER BRASILEIRA EM FORTALEZA
2. A POLÍTICA NACIONAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM AUTISMO E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO CEARENSE EM FACE DA GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO
3. A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO FINANCIAMENTO DO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO NO BRASIL

4. A PROMOÇÃO DOS ESTUDOS CONSTITUCIONAIS À PARTIR DA CARTA DA ONU: UMA DEFESA AOS DIREITOS POLÍTICOS

5. A SUSTENTABILIDADE COMO DIRETRIZ DA POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA: O DESAFIO REGULATÓRIO DO PLANO MOBILIDADE URBANA NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

6. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SANDBOX REGULATÓRIO: INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO DE INOVAÇÕES FINANCEIRAS NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA DOS CONCEITOS DE CAMPO E HABITUS DE PIERRE BOURDIEU

7. ASPECTOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR E AS TRADICIONALIDADES DA ALIMENTAÇÃO NO MUNICÍPIO DE SANTARÉM

8. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PROMOVIDAS PELO ESTADO: SUBSÍDIOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E CONSEQUENTE EXERCÍCIO DA CIDADANIA

9. ESCOLAS DE ENSINO TÉCNICO DO ESTADO DO PARÁ: UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DO ENSINO PROFISSIONALIZANTE PARA O MERCADO DE TRABALHO PARAENSE.

10. O CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) DIANTE DA PROTEÇÃO E DEFESA DAS REAIS E EFETIVAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

11. O DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO E A FUNÇÃO SOCIAL REGISTRAL

12. O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NO ENSINO PÚBLICO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE NECESSITAM DE CUIDADOR.

13. OS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES NA PANDEMIA DA COVID-19

14. POLÍTICAS PÚBLICAS FISCOAMBIENTAIS: A NECESSÁRIA REVISÃO DO ICMS-ECOLÓGICO

15. PROCESSO ESTRUTURAL COMO MEIO DE LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DA DECISÃO NO RE 684612 /RJ

16. QUILOMBOLAS NA ESTRADA: ESTUDO DOS FATORES DETERMINANTES DA MIGRAÇÃO DE JOVENS QUILOMBOLAS EM BUSCA DE TRABALHO.

17. UM MARCO SIGNIFICATIVO NA IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DA POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A PRIMEIRA MULTA APLICADA PELA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

18. UMA ANÁLISE DA CONVENCIONALIDADE DO CONTRATO INTERMITENTE SOB A ÓTICA DO TRABALHO DECENTE

O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NO ENSINO PÚBLICO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE NECESSITAM DE CUIDADOR.

THE SOCIAL RIGHT TO EDUCATION IN PUBLIC EDUCATION FOR PEOPLE WITH DISABILITIES WHO NEED A CAREER.

Mona Regalado Abou Chakra

Resumo

RESUMO O tema de pesquisa é o direito à educação no ensino público para alunos portadores de deficiência que necessitam de cuidador. O problema da pesquisa é saber se a judicialização da educação para que o Estado forneça cuidadores para alunos deficientes atende o princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo geral da pesquisa é estudar a judicialização da educação para fornecimento de cuidadores à alunos com deficiência. Os objetivos específicos são averiguar a jurisprudência consolidada sobre quais são os requisitos necessários à implementação dos direitos sociais e qual o argumento utilizado pelo Estado é capaz de impedir o fornecimento de cuidador à alunos com deficiência. A metodologia é bibliográfica e jurisprudencial e para solucionar o problema da pesquisa também se recorrerá a métodos de hermenêutica constitucional. A conclusão que a judicialização da educação para o fornecimento de cuidadores à alunos deficientes não atende o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Judicialização, Direito à educação, Pessoas com deficiência, Cuidador, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The research topic is the right to education in public education for students with disabilities who need a caregiver. The research problem is whether the judicialization of education so that the State provides caregivers for disabled students meets the principle of human dignity. The general objective of the research is to study the judicialization of education to provide caregivers for students with disabilities. The specific objectives are to investigate the consolidated jurisprudence about which are the arguments necessities for the implementation of social rights and which argument is used by the State is capable of avoid the provision of a caregiver to students with disabilities. The methodology of this article is bibliographic and jurisprudential and to solve the research problem, constitutional hermeneutic methods will also be used. The conclusion of research is that the judicialization of education to provide caregivers for disabled students does not meet the principle of human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Right to education, Disabled people, Caregiver, Dignity of human person

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema o direito social à educação no ensino público de pessoas com deficiência que necessitam de cuidador. Esse tema foi escolhido porque a Constituição Federal assegura que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e garante o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência. Além disso, A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015) em seu art. 3º dispõe sobre o direito à presença de profissional de apoio em ambiente escolar e o art. 28, inc. IX, prevê que é atribuição do Poder Público disponibilizar professores para atendimento educacional especializado, e dentre outras incumbências a disponibilização de profissionais de apoio.

O problema da pesquisa é aferir se o fornecimento pelo Poder Público de cuidadores para alunos com deficiência através de ação judicial atende ao princípio da dignidade da pessoa humana. A hipótese da pesquisa é a de que o fornecimento de cuidador pelo Poder Público para alunos deficientes não atende o princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral da pesquisa é estudar a judicialização do direito à educação para o fornecimento de cuidadores à alunos com deficiência. Os objetivos específicos são pesquisar o entendimento da jurisprudência majoritária sobre os pressupostos que devem ser preenchidos para que os direitos sociais sejam implementados pelo judiciário e aferir qual argumento pode ser levantado pelo Poder Público para servir como fator impeditivo ao fornecimento de cuidador à aluno com deficiência na rede pública de ensino.

A justificativa teórica dessa pesquisa baseia-se na diversidade de pensamento entre autores sobre a possibilidade de implementação dos direitos sociais através de ação judicial, e também no fato de que há a previsão legal sobre a obrigatoriedade da presença de profissional de apoio em ambiente escolar e sobre a atribuição do Poder Público da incumbência de fornecer cuidador à pessoa com deficiência (artigos 3º e 28º da Lei 13.146/2015). Também é justificativa desta pesquisa o fato de a limitação de recursos financeiros do Poder Público ser um obstáculo à implementação dos direitos sociais.

Sarlet (2018) considera que os direitos sociais são direitos e garantias fundamentais e compreende que tal fato está pacificado na doutrina internacional. Bonavides (2008) também entende que os direitos sociais são direitos fundamentais e que possuem aplicabilidade imediata. Apesar de Sarlet (2018) considerar os direitos sociais como fundamentais, e dotados de eficácia, ele fala em uma dimensão “programática” desses direitos, sem que por isso eles deixem de ser considerados direitos fundamentais.

Existem autores que se posicionam a favor da judicialização dos direitos sociais desde que preenchidos determinados requisitos: a norma reguladora dos direitos sociais preveja suficientemente o conteúdo da prestação e que o procedimento para realização da prestação esteja expressamente ou implicitamente regulado na Constituição.

Também há doutrinadores que se posicionam contra a judicialização dos direitos sociais por entenderem que: não existe a possibilidade de se exigir algo quando o preceito constitucional expressar apenas uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem explanar os meios a serem adotados isso; que há o limite da reserva do possível; que a concretização dos direitos sociais constitui tarefa de competência do legislador ordinário que deve decidir sobre a destinação dos recursos financeiros e sobre quais seriam as prioridades na implementação de políticas públicas e que o Judiciário não pode interferir nesse assunto sob pena de violar o princípio da Separação dos Poderes.

A metodologia empregada nesta pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial. Foram pesquisados os trabalhos de inúmeros autores em livros e artigos publicados em periódicos, bem como a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Para se chegar à conclusão do problema da pesquisa também serão utilizados ensinamentos da Hermenêutica constitucional, dentre eles os postulados elencados por Bastos (2014) da Supremacia da Constituição, Unidade da Constituição, maior efetividade possível da norma constitucional.

O desenvolvimento desse trabalho terá as seguintes seções: A Introdução; O Constitucionalismo Social; Os direitos de segunda geração podem ser interpretados como direitos fundamentais; Argumentos utilizados pelo Estado para justificar a falta de implementação dos direitos sociais; Mínimo existencial e proibição do retrocesso social; O Argumentos sobre a judicialização dos direitos sociais; O direito à educação; e a Considerações finais.

2 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Após a Revolução Francesa e a introdução no mundo do constitucionalismo liberal, as pessoas foram percebendo que a mera consagração do direito à liberdade e à igualdade no sentido formal não geravam o efetivo gozo desses direitos. Desse modo, os direitos de primeira geração se mostraram insuficientes para garantir dignidade às pessoas que, no decorrer do século XIX, estavam experimentando os impactos da industrialização, aliados aos graves problemas socioeconômicos e à influência das doutrinas socialistas. A Revolução Industrial introduziu no mundo uma nova necessidade de direitos a serem implementados e que para tanto, exigiriam do Estado um comportamento ativo na realização da Justiça Social.

Tais direitos podem ser denominados de direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais propriamente ditos. Esses direitos buscam a implementação material da igualdade garantida tão somente no aspecto formal pelos direitos fundamentais de primeira geração. Assim, os direitos sociais se caracterizam por outorgarem aos indivíduos prestações positivas do Estado, e entre eles encontram-se a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, etc. São diferentes dos direitos de primeira geração que necessitam para serem implementados apenas de uma abstenção do Estado, pois para serem concretizados os direitos sociais necessitam de uma ação Estatal, constituindo-se em verdadeiras obrigações de fazer com a necessidade de recursos financeiros para tanto. Isso faz com que muitos doutrinadores os considerem normas programáticas e outros entendam que eles possuem eficácia.

De acordo com Canela Junior (2011, p. 51):

No Estado Social, conquanto o direito à liberdade tenha permanecido íntegro, a relevância do direito à igualdade foi substancialmente acentuada, de tal sorte que o seu conceito passou a ter um sentido material, e não mais meramente formal. A garantia de igualdade no Estado social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir desigualdades socioeconômicas, mediante a distribuição equitativa de recursos...De fato, a igualdade substancial pressupõe condições materiais adequadas ao desenvolvimento do homem como cidadão, legítimo partícipe das decisões políticas.

Após a segunda guerra mundial, as Constituições passaram a positivizar esses novos direitos fundamentais. Além disso, no âmbito internacional, os direitos de segunda geração foram objeto de vários pactos internacionais. Para Sarlet (2018, p. 48) os direitos fundamentais de segunda geração não são limitados aos que exigem prestações positivas do Estado, abrangendo também as liberdades sociais, como o direito à greve, sindicalização, entre outros.

É necessário compreender que apesar da designação dos direitos de segunda geração serem direitos sociais, estes não contemplam a coletividade como um todo, se reportando apenas à pessoa individual. Os direitos de terceira dimensão que abrangem a coletividade.

3 OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO PODEM SER INTERPRETADOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

O art. 5º da Constituição assegura em síntese o direito à igualdade de todos perante a lei, com garantia de direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, e o § 2º dispõe que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem os que decorrem dos princípios adotados na Constituição e os dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

O art. 5º da Lei Maior está inserido no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, no Capítulo I, que discorre sobre os direitos e deveres individuais e coletivos. Compreende-se a partir da leitura do § 2º, do art. 5º da Constituição, que o rol dos direitos

fundamentais previsto no art. 5º, apesar de extenso não é taxativo e existem outros direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

De acordo com Sarlet (2018, p. 83):

É inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido tanto da expressão literal da norma, quanto da sua localização no texto. Que a citada norma abrange igualmente os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas, pode ser inferido basicamente das seguintes constatações. Em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5º, § 2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar, (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar).

Os direitos sociais não estão previstos taxativamente no texto constitucional, sendo o rol exemplificativo. O art. 6º da CF enuncia os direitos sociais básicos (educação, saúde, trabalho, etc), o art. 7º e seus incisos prevê os direitos sociais dos trabalhadores, os arts. 194, 196, 205 e 215 do texto constitucional dispõem sobre outros direitos sociais. Porém, podem ser encontrados outros direitos de segunda geração em normas espalhadas na Constituição, bem como direitos que não estão expressos no texto constitucional.

Em ralação ao questionamento anteriormente feito a respeito dos direitos sociais, se eles são fundamentais, Sarlet (2018, p. 83), em relata que:

Está virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que- a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas – ambos os “grupos” de direitos se encontram revestidos pelo manto da “fundamentalidade”. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo.

É interessante mencionar que o art. 5º, parágrafo § 1º da CF afirma que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Entretanto, por necessitarem de implementação material por parte do Estado e de dinheiro para tanto, os direitos sociais não são aplicados imediatamente, mas muitas vezes programaticamente. A impossibilidade de aplicabilidade imediata dos direitos sociais gera inúmeras demandas judiciais com tal objetivo.

Bonavides (2007) entende que a cláusula prevista no art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição Federal se aplica também aos direitos sociais. Ele também compreende que os direitos de segunda geração são direitos e garantias fundamentais, pois entende que a

observância prática e a defesa desses direitos formam atualmente o pressuposto mais importante para a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Bonavides (2007, p. 642) afirma ainda que “Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais a Sociedade livre, justa e solidária, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º)”.

Bonavides (2007, p. 642) conclui o seguinte:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias fundamentais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável –, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias fundamentais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.

No plano internacional, após a Segunda Guerra Mundial surgiu em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi baseada nos três princípios da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Para Piovesan (2006, p. 12), houveram duas consequências da concepção do Direito Internacional, que foram “um processo de relativização da soberania absoluta dos Estados e a concepção do indivíduo como sujeito de direitos na órbita internacional”.

De acordo com Alexy (1999, p. 57), na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

O artigo 25 dá a cada homem o direito a um nível de vida que garanta saúde e bem-estar seu e de sua família, inclusive a alimentação, vestuário, moradia, a assistência médica e as prestações necessárias da assistência social, o artigo 26 estabelece o direito à educação... Com isso, os direitos do homem sociais – muitas vezes, também, chamados direitos do homem de segunda geração – encontraram aceitação plenamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No dia 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Tal Pacto está em vigor desde 3 de janeiro de 1976, e complementa os princípios adotados na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Para Alexy (1999, p.67) “os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivos no plano internacional pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 19 de dezembro de 1966”.

Percebe desse modo, que os direitos sociais estão elencados não só como direitos fundamentais nas constituições dos Países porque eles foram elevados à categoria de direitos

humanos. Pelo fato de serem indispensáveis à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, tais direitos devem se tornar eficazes.

4 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO ESTADO PARA JUSTIFICAR A FALTA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são nitidamente prestacionais e para serem concretizados necessitam de prestações positivas do Estado e de recursos financeiros para custear tais prestações. A forma natural disso acontecer é através de políticas públicas que objetivam concretizar direitos individuais ou coletivos para reduzir as desigualdades sociais e assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, o Estado dispõe de capacidade econômica limitada para tornar eficaz os direitos sociais previstos constitucionalmente. Fala-se então em reserva do possível. De acordo com Sarlet (2018, p. 296):

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativa e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Assim, o Estado precisa ter verba orçamentária suficiente para poder custear os direitos sociais garantidos constitucionalmente. Como o dinheiro público é limitado, o Estado costuma alegar que só pode implementar os direitos sociais na medida de sua capacidade econômica utilizando o argumento da reserva do possível.

Sarlet (2018, p.296) aduz que:

Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Sobre a reserva do possível, Canela Júnior (2011) entende que o fenômeno econômico que envolve a prestação dos direitos sociais tem sido invocado como fator impeditivo da concretização deles pelo Poder Judiciário e entende que o Brasil tem objetivos constitucionais

a pôr em prática, de maneira que o orçamento público deve servir como instrumento para realização de tais objetivos, e não como obstáculo. (Canela Junior, 2018, p. 102).

A jurisprudência entende que a mera alegação de impossibilidade econômico-financeira por parte do Estado para implementação dos direitos sociais não o exime de concretizá-los. É necessário provar a insuficiência financeira do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou nesse sentido em trecho de voto proferido no RE 627411 SE.¹

Outro argumento utilizado pelo Estado para justificar a falta de implementação dos direitos sociais é o fato de existir uma variedade de possibilidades para aplicação de recursos materiais para concretização dos direitos sociais. E ao mesmo tempo, a Constituição Federal não elenca qual deles deve ser priorizado. Logo, a Fazenda Pública costuma alegar que os atos administrativos que implementam os direitos sociais são discricionários, sendo uma questão de política pública que deve ser executada pelo Poder Executivo, e que o Poder Judiciário não pode interferir nisso, sob pena de violação ao princípio da Separação dos Poderes.

Em razão da impossibilidade de realização de todos os direitos sociais, eles ficam com sua eficácia diminuída, razão pela qual alguns autores afirmam que os direitos fundamentais de segunda geração são normas constitucionais de eficácia programática e assim, não podem ser imediatamente concretizados.

Não se pode afirmar que as normas definidoras dos direitos sociais são pura e simplesmente programáticas e que dependem da discricionariedade do Administrador Público para serem implementadas. Conforme já foi observado, os direitos sociais também são direitos fundamentais e possuem aplicabilidade imediata. Assim, a omissão na sua concretização, caso lesione algum direito subjetivo, é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade em relação a finalidade a ser atingida.

5 MÍNIMO EXISTENCIAL E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Fala-se em mínimo existencial para se referir a um conjunto menor, um conteúdo mínimo de direitos sociais indispensáveis à preservação de uma vida humana digna. As políticas

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 627411 SE. Relatora: Ministra Rosa Weber. 19 de setembro de 2012. Publicação: DJe-193 DIVULG 01-10-2012... Com efeito, considerando que no presente caso os entes políticos não comprovaram satisfatoriamente a impossibilidade financeira em relação à concessão do medicamento solicitado pela parte autora, não se pode afastar o dever de fornecê-lo (art. 196 da CF/1988). Não houve demonstração inequívoca da inexistência de recursos para a outorga do fármaco. A simples alegação de insuficiência orçamentária não tem o condão de inviabilizar a pretensão da parte autora, já que incumbe aos réus o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333,II, do CPC)

públicas, formas naturais de concretização dos direitos sociais, devem ser executadas para atender pelo menos o mínimo existencial do ser humano, para lhe assegurar uma vida digna.

Pereira (2015, p. 2097) conceitua mínimo existencial da seguinte forma:

No plano mais geral, a ideia de mínimo existencial relaciona-se ao entendimento dos direitos sociais como fórmulas para atender necessidades humanas básicas, visando a garantir a autonomia existencial e a dignidade do indivíduo. Assim como em relação aos direitos sociais genericamente considerados, variadas posições filosóficas podem ser empregadas para fundamentar a noção de um mínimo vital exigível do Estado. Sob o ângulo instrumental, ele é justificado a partir da noção de que uma rede de proteção existencial mínima é pressuposto para a fruição da autonomia e para a participação política. Sob um viés substantivo, ele se ampara na ideia de que o valor inerente à pessoa humana é uma exigência independente que justifica sua proteção. Em sociedades plurais e heterogêneas, como a brasileira, a adoção de uma linha de fundamentação do mínimo vital não precisa nem deve excluir as demais. Considerando a natureza compromissória e o hibridismo ideológico da Constituição de 1988, que coloca em patamares equivalentes o valor da pessoa, a liberdade e a democracia, penso que a melhor opção é conjugar as fundamentações funcionais e as substantivas, estruturando uma fundação mista para lastrear o direito ao mínimo existencial no direito brasileiro.

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, inc. III da Constituição). Além disso, o caput do art. 170 do texto constitucional dispõe entre outras coisas que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna.

Os direitos sociais objetivam preservar a dignidade da vida humana não apenas no aspecto material de garantir a mera subsistência, mas também no sentido de garantir que o indivíduo sobreviva de forma digna. O mínimo existencial não se confunde com o mínimo vital, mas abrange também o mínimo sociocultural (Sarlet, 2018).

A jurisprudência brasileira já se consolidou no sentido de que o mínimo existencial não é somente o mínimo vital, mas também abrange aspectos socioculturais. Nesse sentido segue o seguinte trecho do voto do Resp 1653652 DF:

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, por meio da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público, em que se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela

qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade.²

Nesse sentido, observa-se que também há o direito ao mínimo existencial no que se refere ao direito à educação. A proibição do retrocesso dos direitos sociais está intimamente associada ao princípio da segurança jurídica que é inerente ao Estado Democrático de Direito. A título de exemplo, também estão associados ao princípio da segurança jurídica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada. O fato é que outros direitos também gozam da proibição do retrocesso social além dos direitos sociais, como os direitos adquiridos em geral (Sarlet, 2018).

Segundo Barroso (2001, p. 158-159):

mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando a uma situação de omissão (inconstitucional como poderíamos acrescentar) anterior.

O legislador não pode simplesmente revogar as normas que deram concretude aos direitos sociais já efetivados, pois o princípio da segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito. Também não é possível alegar que a Separação de Poderes permite que os Poderes Legislativo e Executivo procedam de outra forma em relação à concretização de Direitos Sociais anteriormente implementados porque devem ser respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana, o da máxima efetividade das normas definidores de direitos fundamentais e o da proteção da confiança.

Barroso (2001) entende que apesar de o princípio da proibição do retrocesso social não ser expresso, ele decorre do próprio sistema jurídico-constitucional brasileiro. Assim, quando uma lei institui determinado direito previsto constitucionalmente, ele é incorporado ao patrimônio jurídico dos cidadãos e tal fato impede sua supressão.

6 ARGUMENTOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Muitos doutrinadores questionam se há a possibilidade de o indivíduo ou a coletividade ingressar com ação judicial postulando a prestação material de direito social diante da omissão do Estado. Há doutrinadores que afirmam ser possível a judicialização dos direitos sociais, e outros entendem ser incabível.

Doutrinariamente, costuma-se falar que há normas de eficácia plena, contida e limitada. E além disso, há as normas programáticas. Apesar de muitos estudiosos entenderem

² BRASIL. Supremo Tribunal federal (2. Turma). REsp: 1653652 DF. Relator: Min. Herman Benjamin, 18 de abril de 2017, Data de Publicação: DJe 02/05/2017..

que os direitos sociais são normas programáticas, sobre o tema, relata Sarlet (2018, p. 302) o seguinte:

Independente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente programático (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa. Em verdade, como já esperamos ter demonstrado e aqui repisamos para espantar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão “programática” dos direitos fundamentais. Importa frisar, como se verá a seguir, que admitir que no âmbito dos direitos sociais se possa sustentar a existência de uma “dimensão programática”, na esfera dos efeitos especialmente vinculados à dimensão jurídico-objetiva e impositiva de deveres de proteção e promoção vinculativos (mas possíveis de subjetivação, como igualmente se pretende deixar evidenciado), dimensão esta que não exclui necessariamente a condição dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, não equivale (a depender da linha argumentativa trilhada) a aceitar que os direitos fundamentais sociais sejam, correspondam, na sua condição de direitos, a normas programáticas.

Um grupo de estudiosos que concordam com a judicialização dos direitos sociais, segundo Sarlet (2018, p. 314) aduzem entre outras coisas, o seguinte:

a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação.

Entre os estudiosos que concordam com a judicialização dos direitos sociais encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello que entende que mesmo quando as normas instituidoras de direitos sociais apenas expressem uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem indicar os meios a serem adotados para alcançá-la, elas não são irrelevantes e são passíveis de judicialização (Mello, 1981).

Assim, há quem expresse que os direitos sociais em razão do disposto no art. 5º, § 1º da CF, são autênticos direitos subjetivos, aliado ao fato de que o inc. XXXV do art. 5º da Constituição traz o princípio da inafastabilidade do poder Judiciário.

Um segundo grupo de doutrinadores se posiciona a favor da judicialização dos direitos sociais, desde que a norma reguladora de tais direitos preveja suficientemente o conteúdo da prestação e que o procedimento para realização da prestação esteja expressamente ou implicitamente regulado na Constituição (Sarlet, 2018).

Há, no entanto, doutrinadores que se posicionam contra a judicialização dos direitos sociais. Eles entendem que não existe a possibilidade de se exigir algo quando o preceito constitucional expressar apenas uma finalidade a ser cumprida de forma obrigatória pelo Poder Público, sem explanar os meios a serem adotados para que a finalidade seja atingida (Sarlet, 2018).

Outra argumentação feita por doutrinadores que é contrária a judicialização dos direitos subjetivos a prestações narra em síntese que há o limite da reserva do possível e que a concretização dos direitos sociais constitui tarefa de competência do legislador ordinário que deve decidir sobre a destinação dos recursos financeiros e sobre quais seriam as prioridades na implementação de políticas públicas. Para eles o Judiciário não interferir nas políticas públicas sob pena de invadir a competência legislativa e infringir o princípio da Separação dos Poderes (Sarlet, 2018).

Pereira (2015) sintetiza as posições doutrinárias sobre a possibilidade de judicialização dos direitos sociais em três: a tese da máxima efetividade; a abordagem minimalista; direitos sociais como normas vinculantes *prima facie*.

A abordagem minimalista é composta por teses que rejeitam ou limitam a intervenção do Judiciário na implementação dos direitos sociais a patamares mínimos. Entende-se que não é atribuição dos Juízes a promoção da efetivação dos direitos sociais e que são obstáculos a judicialização desses direitos: O fato de as normas que contemplam direitos sociais terem textura aberta e ser atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo definir os meios de concretização de tais direitos; O fato de a implementação dos direitos sociais gerar gastos financeiros consideráveis que compromete o orçamento e essa abordagem entende que cabe ao povo por meio de seus representantes decidir a forma como se deve distribuir o dinheiro público, e que o Judiciário só pode comprometer o orçamento em situações que houvesse a necessidade de garantir o mínimo existencial; A circunstância de que o Judiciário não pode interferir nas políticas públicas pois devem haver leis que convertam os direitos sociais constitucionalizados e forma vaga em direitos subjetivos públicos (Pereira, 2015).

Segundo a tese da máxima efetividade, entende-se que é possível a judicialização dos direitos sociais. Tal linha de entendimento objetiva superar a concepção que confere aos direitos fundamentais de segunda geração o caráter de meras normas programáticas, que dependem de legislação ulterior para a produção de efeitos jurídicos, porque se o direito social está elencado na Constituição, ele é passível de judicialização para ser aplicado ao caso concreto (Pereira, 2015).

A terceira abordagem sobre a judicialização dos direitos sociais entende que tais direitos são normas vinculantes *prima facie*. Compreende-se que para se aferir o nível de exigibilidade dos direitos sociais há a necessidade de realizar-se uma ponderação entre as normas constitucionais que deve ser orientada pelo princípio da

proporcionalidade. Argumenta-se que a vantagem da ponderação entre as normas constitucionais é que tal fato permite o equilíbrio entre as escolhas democráticas feitas pelo Legislativo e Executivo e a vinculatividade das normas constitucionais enunciadoras dos direitos sociais (Pereira, 2015).

O posicionamento de Alexy (1999) sobre os direitos sociais é que não se pode afirmar que tais direitos são normas meramente programáticas. Para resolver o problema de colisão entre direitos fundamentais, Alexy usa a teoria dos princípios para guiar-se pela ponderação dos mesmos e levar a constituição com seriedade sem contudo, exigir-se que seja feito o impossível uma vez que existe a reserva do possível e o particular só pode exigir o que for razoável da sociedade.

Os direitos sociais devem ser implementados para atender pelo menos o mínimo existencial. Segundo Sarlet (2018, p. 365), “o princípio da dignidade pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar padrão mínimo na esfera dos direitos sociais³”.

Não se pode, contudo, desconsiderar o impacto da reserva do possível. Mas esse argumento por si só não é capaz de evitar a concretização dos direitos sociais pela via judicial. Na jurisprudência, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 627411 SE que aduz que cabe ao órgão estatal a prova efetiva da lesão ao erário público, devendo o Poder Público comprovar satisfatoriamente a impossibilidade financeira de implementar o direito social. concessão do medicamento em demanda individual. Esta Jurisprudência está consolidada no Supremo Tribunal Federal, em trecho de voto no RE 627411 SE ⁴.

7 DIREITO À EDUCAÇÃO

A Constituição Federal estabelece diretrizes gerais em relação à educação na seção I do Capítulo III em seus artigos. 205 ao art. 214. Sendo ela um direito de todos e dever do Estado e da família que deverá ser incentivada baseando-se nas seguintes metas segundo

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário: 627411. Relatora: Min. Rosa Weber, 18 de setembro de 2012, Data de Publicação: 02-10-2012.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 627411 SE. Relatora: Ministra Rosa Weber. 19 de setembro de 2012. Publicação: DJe-193 DIVULG 01-10-2012... Com efeito, considerando que no presente caso os entes políticos não comprovaram satisfatoriamente a impossibilidade financeira em relação à concessão do medicamento solicitado pela parte autora, não se pode afastar o dever de fornecê-lo (art. 196 da CF/1988). *Não houve demonstração inequívoca da inexistência de recursos para a outorga do fármaco. A simples alegação de insuficiência orçamentária não tem o condão de inviabilizar a pretensão da parte autora, já que incumbe aos réus o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor* (art. 333,II, do CPC).

Novelino; Cunha Júnior (2019, p. 925) que são “ (I) pleno desenvolvimento da pessoa; (II) preparo para o exercício da cidadania; e, (III) qualificação para o trabalho”

A educação é um direito social e para ser implementado, como todos os direitos sociais, precisa de recursos financeiros. A implementação desse direito social é fator de extrema importância pois confere dignidade à pessoa humana. Há jurisprudência consolidada no STF no sentido de que há o direito ao mínimo existencial à educação, segundo o Resp 1653652 DF, já transcrito no presente artigo.

Segundo o art. 208, incs. I, VII, §§ 1º e 2º da Constituição federal, a educação básica dos 4 aos 17 anos é de fornecimento gratuito obrigatório pelo Poder Público, consistindo um direito público subjetivo, e seu não fornecimento ou oferta irregular gera a responsabilidade civil da autoridade competente. O ensino, por sua vez, deverá ser ministrado lastreando-se nos princípios fixados no art. 206 do texto constitucional que são os princípios da universalidade, da igualdade de condições, da liberdade de ensino, do pluralismo do ensino, da gratuidade do ensino público, da valorização dos profissionais, da gestão democrática do ensino público e da garantia do padrão de qualidade (Novelino; Cunha Júnior, 2019).

O art. 212 da Lei Maior fixa percentuais financeiros mínimos a serem aplicados no âmbito da educação ao determinar que a União aplique pelo menos 18% e os demais entes subnacionais 25 % das receitas resultantes de impostos, incluindo a advinda de transferência, no ensino (em sua manutenção e desenvolvimento). Houve preocupação do texto constitucional em resguardar percentuais mínimos a serem aplicados nessa área.

A Constituição também fixou prioridades a serem cumpridas por cada ente federado no cumprimento do direito à educação e determinou também que estes atuarão em regime de colaboração, de acordo com o art. 211, parágrafos 1º ao 4º⁵ da Constituição. A atuação dos entes federados em regime de colaboração é decorrência do próprio federalismo cooperativo instituído no Brasil.

⁵ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996\)](#)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996\)](#)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996\)](#)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de forma a assegurar a universalização, a qualidade e a equidade do ensino obrigatório. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020\)](#)

Também está assegurado pelo texto constitucional, no art. 208, inc. III ⁶ que o atendimento aos portadores de deficiência no âmbito da educação deve ser especializado e preferencialmente na rede regular de ensino.

É importante saber o que significa pessoa com deficiência, e tal conceito encontra-se no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), em seu artigo 2º⁷, que considera a pessoa com deficiência a que tem impedimento de longo prazo, que pode ser física, mental, intelectual ou sensorial que é capaz de obstruir a plena participação da pessoa na sociedade.

O princípio da igualdade insculpido no artigo 5º do texto constitucional, assegura que todos, sem distinção, têm esse direito. Tal princípio na concepção formal surgiu com o constitucionalismo liberal e na concepção material com o constitucionalismo social e está associado ao fato de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, de forma desigual, na medida de suas desigualdades (NOVELINO; CUNHA JÚNIOR, 2019).

O Brasil aderiu à Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, segundo o Decreto 6.949/2009. O artigo 24 da referida, no item 1 e 2, alíneas b,c,d e e da Convenção aduz que os Estados Partes reconhecem o direito à educação das pessoas com deficiência e que será assegurado o sistema educacional inclusivo em todos os níveis, e entre outras coisas que as pessoas com deficiência devem receber o apoio necessário no sistema educacional geral para viabilizar a educação. Além disso, deve haver medidas de apoio individualizadas de acordo com as necessidades individuais, como meta de inclusão.

A partir da leitura desses dispositivos, compreende-se que o Brasil aderiu ao sistema educacional inclusivo e que as pessoas com deficiência devem ter acesso às adaptações no sistema de ensino, desde que sejam razoáveis e necessárias, tendo inclusive o direito de receberem o apoio necessário para que a educação seja viável e busque a efetividade.

Nesse sentido, atualmente a **lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**, assegura a educação inclusiva para as pessoas com deficiência, sendo esse um dever do Estado com a educação pública o atendimento especializado para educandos portadores de deficiência, de acordo com o art. 4º, inc. III da referida Lei.

Em 2010, o Deputado Federal Eduardo Barbosa elaborou o Projeto de Lei nº 8.014/2010 e a Câmara dos Deputados aprovou esse projeto no dia 12 de março de 2014. O

⁶ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

⁷ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

referido projeto seguiu para o Senado Federal e foi distribuído para a CDH e para a Comissão de Educação, Cultura e Esporte, pois de acordo com o artigo 102 – E, VI, do Regimento Interno do Senado, cabe à CDH a emissão de opiniões sobre proposições que são capazes de afetar a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (Câmara dos Deputados, 2010).

No Senado Federal foi emitido o parecer n° 443 de 2016, referente ao Projeto de Lei acima mencionado que foi aprovado pela Câmara dos Deputados (o PL n° 36 de 2014) e ao Projeto de Lei do Senado n° 228, de 2014, que objetivava alterar a Lei de diretrizes e bases da Educação, para que quando houvesse necessidade, fosse assegurado ao educando com deficiência a assistência de cuidador nas Escolas (Senado, 2016).

Ocorre que na data que foi proferido o parecer do Senado, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015) já estava em vigor, com o artigo 3° dispondo sobre a presença de profissional de apoio no ambiente escolar, e o artigo 28 estabelecendo a atribuição do Poder Público da obrigação de assegurar a oferta do cuidador à pessoa com deficiência. Pelo fato de já haver a regulamentação pretendida pelo Senado na Lei n° 13.146/2015, houve a declaração de prejudicialidade do Projeto de Lei do Senado n° 228 de 2014, e em seguida ele foi arquivado (Braga; Silva, 2018).

Então, há legislação no Brasil que dispõe sobre a obrigatoriedade da presença de profissional de apoio em ambiente escolar e sobre a atribuição do Poder Público da incumbência de fornecer cuidador à pessoa com deficiência (artigos 3° e 28° da Lei 13.146/2015)⁸ e por isso é importante averiguar qual o grau de efetividade dessa norma: se ela é cumprida normalmente pelo Poder Público, se ele opõe obstáculos ao cumprimento da lei em questão, e se o argumento da reserva do possível serve de obstáculo à concretização desse direito social.

Para a resolução do presente problema de pesquisa, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que têm entendimento consolidado no sentido de que o aluno com deficiência tem direito a atendimento educacional acompanhado por cuidador e que o Poder Judiciário pode determinar que as políticas públicas previstas na Constituição sejam implementadas. Além disso, o Supremo entende que a mera alegação de limitação orçamentária

⁸ Art. 3° Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

XIII - profissional de apoio escolar: pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades escolares nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas e privadas, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:
XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

não é fator impeditivo da implementação da política pública, pois deve estar acompanhada de demonstração do motivo objetivamente mensurável, conforme dispõe o ARE 1386343 RO⁹.

Para se aferir o grau de efetividade da norma que garante o direito de cuidador à pessoa com deficiência fornecido pelo Poder Público também é importante analisar os pressupostos hermenêutico-constitucionais que, de acordo com Bastos (2014) deve obedecer aos seguintes postulados: Supremacia da Constituição, Unidade da Constituição, maior efetividade possível da norma constitucional.

O postulado da Supremacia da Constituição significa a Constituição está no topo hierárquico do processo interpretativo. Bastos (2014, p. 124) aduz que “o postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei”. Por unidade da Constituição compreende-se que o processo interpretativo do direito Constitucional deve evitar a contradição das normas constitucionais. Já o postulado da maior efetividade possível das normas constitucionais significa que a norma constitucional deve ser interpretada em um sentido que lhe atribua a maior eficácia possível (Bastos, 2014).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o constitucionalismo social surgiu para que o direito à igualdade garantido tão somente no aspecto formal pelo constitucionalismo liberal, fosse resguardado também no aspecto material. Assim, surgiram os direitos sociais que exigem prestações positivas do Poder Público, e que necessitam de recursos financeiros para tanto.

⁹ [STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1386343 RO](#)

Jurisprudência • Acórdão • Data de publicação: 07/03/2023

EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO ANTE A AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TIDO POR VIOLADO. VERBETE N. 284 DA SÚMULA DO SUPREMO. ALUNO COM DEFICIÊNCIA. ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO. ACOMPANHAMENTO POR MONITOR. POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS CONSTITUCIONALMENTE. LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE MOTIVO OBJETIVAMENTE MENSURÁVEL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. ENUNCIADO N. 279 DA SÚMULA DO SUPREMO. 1. É inadmissível o recurso extraordinário quando ausente a indicação do dispositivo constitucional supostamente violado pelo acórdão recorrido. Incidência do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo. 2. O Supremo tem firme entendimento pela possibilidade de o Judiciário determinar ao poder público, ante inadimplência e em situações excepcionais, o implemento de políticas públicas constitucionalmente previstas. 3. O entendimento consolidado no Supremo acerca da limitação orçamentária para o cumprimento da obrigação de fazer é no sentido de que o poder público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais (RE 820.910 AgR, ministro Ricardo Lewandowski). 4. Dissentir da conclusão alcançada pelo Colegiado de origem – quanto à pertinência da adoção de medidas para a matrícula, na rede pública de ensino, de criança com deficiência, providenciando-se cuidador educacional – demandaria o revolvimento de elementos fático-probatórios. Incidência do enunciado n. 279 da Súmula do Supremo. 5. Agravo interno desprovido.

Neste artigo foi demonstrado que as normas constitucionais instituidoras dos direitos sociais são consideradas direitos fundamentais, nacional e internacionalmente. Assim, não é possível afirmar que os direitos de segunda geração são normas programáticas, até porque o art. 5, §1º da Constituição dispõe que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Foi visto que são argumentos da Fazenda Pública contrários à implementação dos direitos sociais: a falta de recursos financeiros para tanto (reserva do possível); a defesa de que cabe ao Poder Legislativo a função de legislar como os recursos financeiros Estatais que serão implementados e ao Executivo a tarefa de executar as políticas públicas, não podendo o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas sob pena de violação ao princípio da Separação de Poderes; as normas que instituíram os direitos sociais são meramente programáticas, e que necessitam de legislação ulterior para possuírem eficácia.

Verificou-se que apesar de Sarlet (2018) se referir a uma dimensão “programática” dos direitos fundamentais de segunda geração, compreende que todas as normas consagradas de direitos fundamentais possuem eficácia e esse é o entendimento da doutrina majoritária sobre o tema. A Lei 13.146/2015, em seu artigo 3º dispõe sobre a presença de profissional de apoio no ambiente escolar, e o artigo 28 estabelece que é atribuição do Poder Público da obrigação de assegurar a oferta do cuidador à pessoa com deficiência. Esses artigos estão em consonância com a Constituição, que no art. 208, inc. III garante o atendimento educacional especializado para as pessoas deficientes de maneira que o direito à educação também é passível de judicialização para o fornecimento de Cuidadores pelo Poder Público para alunos portadores de deficiência com base nesses fundamentos jurídicos.

Além disso, a jurisprudência entende que o mínimo existencial não é apenas o mínimo vital, abrangendo também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência e asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social, incluindo-se também o direito ao mínimo existencial da educação. Assim, há a possibilidade de o Poder Judiciário determinar que o Poder Público implemente políticas públicas para assegurar cuidador especial ao aluno com deficiência.

Foi analisado no artigo que o Poder Público não pode simplesmente alegar a falta de recursos financeiros para deixar de cumprir um direito social previsto no texto constitucional. Para que ele se exima de tal responsabilidade, é necessário que ele comprove empiricamente e objetivamente a falta de recursos públicos para tanto.

Para resolver o problema da pesquisa, que é aferir se o fornecimento pelo Poder Público de cuidadores para alunos com deficiência através de ação judicial atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, recorre-se à análise do entendimento jurisprudencial pacificado

no Supremo sobre o tema e à interpretação constitucional que, de acordo com Bastos (2014) deve obedecer aos seguintes postulados: Supremacia da Constituição, Unidade da Constituição, maior efetividade possível da norma constitucional.

No ARE 1386343 RO, o Supremo decidiu que é possível a determinação pelo Poder Judiciário da implementação de políticas públicas pelo poder público para o fornecimento no âmbito da educação de cuidador para aluno com deficiência, pois há previsão constitucional para tanto. Além disso, a limitação orçamentária só serve como argumento capaz de impedir o Estado de cumprir a obrigação constitucional se houver a demonstração de motivo objetivamente mensurável. Verifica-se que a norma Constitucional pode ser cumprida pelo Poder Público, porém, há exceções para tanto. Desse modo, ela não atende ao postulado da maior efetividade possível da norma Constitucional, até porque inúmeras vezes há a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para esse direito ser concretizado pelo fato de o Poder Público não o cumprir espontaneamente.

Desse modo, pode se concluir que o fornecimento pelo Poder Público de cuidadores para alunos com deficiência através de ação judicial não atende ao princípio da dignidade da pessoa humana. A hipótese da pesquisa, que são a de que o fornecimento de cuidador pelo Poder Público para alunos deficientes não atende o princípio da dignidade da pessoa humana, são confirmadas na presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo (RDA). Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. **Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 627411 SE. Relatora: Ministra Rosa Weber. 19 de setembro de 2012. Publicação: DJe-193 DIVULG 01-10-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1386343 RO. Relator: Ministro Nunes Marques. Data de Julgamento: 01 de agosto de 2022. Data de Publicação 08/08/2022.

BARROSO, Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 8014/2010, pelo Deputado Eduardo Barbosa. <https://www.camara.leg.br/fichadetramitacao>. Acesso em: 24 set. 2023.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, n. 57-58, 1981.

MATOS, Érica Gonçalves de, SIMPLÍCIO, Antônia Karina Mota. A contribuição do cuidador escolar na Educação Inclusiva. **Revista Ensino em Perspectivas**, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 1-6, 2022. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/ensinoemperspectivas/>. Acesso em: 15 set. 2023.

BRAGA, Beatriz de Souza; SILVA; Marcelo Rodrigues da. **O Direito Fundamental à Educação e o fornecimento de cuidadores e professores especializados para alunos com deficiência**. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle>, 24-10-2018. Acesso em 13 set. 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à Judicialização dos Direitos Prestacionais. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 3, pp 2080-2114, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e a justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SENADO, Parecer nº 443 de 2016. <https://legis.senado.leg.br/documento>. Acesso em :24 de ago. 2023.

SENADO, Projeto de Lei do Senado nº 228 de 2014. <https://www25.senado.leg.br/web/materias/materia>. Acesso em: 24 set. 2023