

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

ANTÔNIO DE MOURA BORGES

DOUGLAS ANTÔNIO ROCHA PINHEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Antônio de Moura Borges; Douglas Antônio Rocha Pinheiro; Janaína Machado Sturza - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-450-1

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cooperativismo. 3. Cotas.

4. Vulnerabilidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O constitucionalismo clássico liberal é a afirmação histórica da luta pela limitação do poder do Estado. Nas revoluções burguesas, diante de um Estado absolutista com poder de vida e morte sobre seus súditos, isso significava restringir a ação do governante. Não se esperava nenhuma prestação do Estado. Lutava-se, apenas, para que o governante não privasse os súditos de sua vida, de sua liberdade e de seus bens. Surgia a clássica ideia de liberdade negativa, liberdade que exigia um dever de abstenção por parte do Estado, um não-fazer. Em alguns países, tal reivindicação significava a efetivação de uma tradição – afinal, na Inglaterra, várias leis esparsas já restringiam a ação do governante ou a subordinava à prévia aprovação do Parlamento desde o século XII. Em outros, como na França, o constitucionalismo significava uma ruptura e a inauguração de uma nova ordem, de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o melhor exemplo.

Ocorre que, na esteira da conquista de liberdades civis e de direitos políticos, a burguesia acabou garantindo, também, uma grande liberdade econômica. Com a reduzida regulação estatal do mercado de trabalho, a Revolução Industrial acabou acentuando os processos de exploração da mão-de-obra e recrudescendo a desigualdade social. Em reação a tal cenário, surgiram duas alternativas ideológicas: uma, defendendo um giro à esquerda com a supressão da propriedade privada, a superação da luta de classes e, até mesmo, com o fim do próprio Estado (comunismo/anarquismo); outra, apontando um giro à direita defendia a restrição das liberdades individuais em prol de um Estado forte cujos interesses, interpretados pelo governante aclamado pelo povo, prevaleceriam em qualquer ocasião (fascismo/nazismo).

Uma terceira alternativa, porém, surgiu no seio do próprio constitucionalismo. Em 1919, a Constituição de Weimar já apontava para um novo papel do Estado. Não bastava mais a proteção das liberdades que exigissem, a princípio, um não-fazer estatal. Para superar as grandes assimetrias sociais causadas pela Revolução Industrial, passava a ser igualmente exigível do Estado um dever de prestação. O Estado liberal daria lugar a um Estado de Bem-Estar Social, um novo desenho estatal em que vários direitos deveriam ser atendidos, como o de acesso à educação, à saúde, à assistência social, ao lazer, à moradia, dentre outros. Tais direitos, afirmados historicamente como reação à exploração gerada pelo liberalismo burguês, tinham um forte caráter equitativo. À liberdade, somava-se a igualdade. Consagrou-se, assim, uma clássica distinção dos direitos entre positivos e negativos, ou seja, direitos que exigiam uma prestação estatal, como os direitos sociais (o direito à saúde, por exemplo), e

direitos que se voltam contra o Estado, limitando-o e pretensamente exigindo sua inação, tais como os direitos civis (a liberdade de ir e vir, por exemplo).

Ocorre, porém, que tal classificação serve apenas para fins metodológicos. Na realidade, levar os direitos a sério corresponde a levar a escassez a sério, na medida em que todos os direitos importam em custos econômicos, ainda que estes correspondam ao ônus exigidos pela garantia correspondente. Por isso, todos os direitos são, em alguma medida, propriamente positivos. Aquele que sofre uma prisão ilegal ou abusiva e é privado de sua liberdade de locomoção maneja o "writ" constitucional do "habeas corpus" que, embora gratuito para quem o impetra, gera para o Estado um custo de manutenção do magistrado e de toda a estrutura judiciária que lhe serve de suporte para que o paciente possa ver-se solto.

O direito de propriedade, que também costuma ser classificado como negativo, igualmente envolve custos em sua proteção: afinal, não devem ser contabilizados na conta da garantia deste direito a manutenção de um sistema criterioso de registros de imóveis que torna a sua transferência confiável, ou da estrutura judiciária capaz de decidir e cumprir os pedidos de reintegração de posse ou das Forças Armadas com poderes e equipamentos para reprimir as pretensões de conquistas territoriais dos demais Estados?

Assim, a distinção entre direitos civis ou de primeira dimensão e os direitos sociais ou de segunda dimensão não reside propriamente na natureza dos mesmos – se negativos ou positivos –, mas sim, relaciona-se ao grau de planejamento estatal necessário para sua implementação. No Brasil, as condições para sua efetivação se mostraram mais propícias após 1988, com impacto repercussivo na forma como o Judiciário passou a apreciar tais questões. A passagem do "government by law" para o "government by policies" exige das funções do poder uma outra forma de governança que ainda tem sido fruto de reflexões acadêmicas e de gestão.

Neste caderno, estão várias delas. Que os leitores possam aproveitar de suas reflexões para fazer avançar no país a superação das desigualdades com participação popular e responsabilidade de planejamento financeiro-orçamentário.

Organizadores:

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges - UCB/UnB

Prof. Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro - UnB

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza - UNIJUI

**POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETRO CONSTITUCIONAL E CRITÉRIOS DE
ESCOLHA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

**PUBLIC POLICIES: CONSTITUTIONAL PARAMETER AND CHOICE CRITERIA
FOR THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS**

**Rodrigo Batista Coelho
José Antonio Remédio**

Resumo

A eleição das políticas públicas estatais, bem como sua respectiva execução, deve pautar-se pela irrestrita concretização dos valores sociais encampados pela ordem constitucional inaugurada em 1988. Com isso, a atuação estatal não poderá se furtar à realização dos direitos fundamentais sociais, sobretudo quando o comprometimento orçamentário for resultante de escolhas inadequadas e muitas vezes irresponsáveis por parte do Estado. Nesse sentido, revela-se imperioso o fortalecimento do processo democrático para a melhoria das escolhas e do acompanhamento das ações estatais voltadas à realização da justiça social, tendo a educação importante papel na busca desses objetivos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direitos fundamentais sociais, Políticas públicas, Direito à educação, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The election of state public policies, as well as their implementation, should be guided by the unrestricted realization of social values under the constitutional order inaugurated in 1988. Thus, state action cannot escape the realization of fundamental social rights, especially when budgetary commitment is the result of inadequate and often irresponsible choices on the part of the state. In this sense, it is imperative to strengthen the democratic process to improve the choices and follow-up of state actions aimed at achieving social justice, with education having an important role in the pursuit of these goals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Fundamental social rights, Public policy, Right to education, Democracy

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o Brasil é conhecido como um país altamente desigual, sendo esta constatação um consenso do cotidiano, do qual poucos ousam duvidar discordar.

Entretanto, conquanto inúmeros estudiosos, dentre eles cientistas políticos e historiadores, busquem justificar nosso atual contexto social, à luz do nosso processo de formação e das relações estabelecidas entre o Estado e os particulares, impõe reconhecer que o atual momento político e socioeconômico tem revelado que a expectativa por dias mais promissores e de maior justiça social cada vez mais parece diante de nosso olhar, deixando a sensação de desalento e apatia frente aos sucessivos escândalos políticos, à total ausência de prioridades na eleição de políticas públicas e ao desdém em relação à concretização dos direitos fundamentais sociais, que se encontram ameaçados pela onda reformista que se instalou no país a pretexto de salvaguardar a economia e de enxugar o Estado brasileiro.

Ocorre que os direitos sociais, assim como as liberdades públicas, devem ser tomados a sério, mesmo em cenários de crises econômicas, as quais, a propósito, curiosamente se instalam em nosso país de tempos em tempos, mas sem que isso resulte no empobrecimento de todo o povo brasileiro. Ao contrário: há tempos o esfacelamento do Estado, a ampliação do endividamento público (fomentado em parte por inúmeras renúncias fiscais¹, pela corrupção e pelo aparelhamento da máquina estatal por grupos políticos), bem ainda a promiscuidade na relação entre alguns setores empresariais e o aparelho estatal, têm propiciado o enriquecimento de uma minoria e o empobrecimento (ou, no mínimo, a estagnação) da maior parte do povo brasileiro, que tem sido prejudicada pela falta de oportunidades de ascensão social e econômica.

Nesse sentido, o atual momento impõe a adoção de maior prudência por parte dos governantes, para que o açodo na busca por soluções imediatas para se estancar a crise econômica não resulte em retrocesso social e no esvaziamento do espírito solidarístico encampado pela ordem constitucional de 1988.

¹ As renúncias fiscais da União, somente nos anos de 2017, representaram 284,84 bilhões de reais, quase 20% da arrecadação tributária, segundo estudo técnico promovido pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Aludidas renúncias, segundo o Consultor Legislativo de Direito Tributário e Tributação Adilson Nunes de Lima (2017, p. 27), “reduzem o orçamento da seguridade social, o que acaba por diminuir os recursos disponíveis para os direitos sociais de todos os brasileiros, como educação, saúde, assistência e previdência social. Favorecem os setores mais organizados da economia, com maior poder de lobby, e podem contribuir para o aparecimento de brechas que facilitam fraudes tributárias e dificultam e fragilizam a fiscalização e a arrecadação tributária.”

Portanto, a despeito de ser possível reconhecer a importância de se promover, por exemplo, a alguns ajustes na legislação trabalhista e previdenciária, para que possam se aprimorar e refletir as relações estabelecidas na atual sociedade, nem de longe isso poderá representar diminuição dos patamares mínimos já alcançados em relação aos direitos sociais.

A bem da verdade, antes mesmo de se perquirir sobre aludidas reformas, que atingem diretamente as classes menos favorecidas da sociedade brasileiras, revela-se muito mais prioritária a realização das reformas tributária e política, sem as quais o Estado Democrático e Social de Direito não terá chance de se materializar de modo efetivo, tal como idealizado em na Constituição Federal de 1988.

À luz dessas premissas, e partindo da perspectiva de que os direitos econômicos sociais e culturais realizam-se por meio de políticas públicas ou programas governamentais, o presente trabalho, calcado em pesquisa analítica e descritiva, pretende demonstrar que a garantia desses direitos, de caráter prestacional, somente se faz possível com a melhoria da participação popular na eleição das prioridades constitucionalmente estabelecidas (COMPARATO, 2010, p. 353), o que, por sua vez, reforça o argumento do fortalecimento da democracia participativa, cuja realização estará a depender da inclusão do direito à educação na lista das prioridades absolutas do Estado, sem o que fica prejudicada a ampliação do conceito de cidadania e de aprimoramento da ordem democrática.

1 CORRELACIONANDO POLÍTICA, POLÍTICA PÚBLICA E DIREITO

É cediço que os direitos fundamentais sociais, conhecidos como direitos fundamentais de 2ª geração (ou dimensão) demandam prestações materiais a cargo do Estado. Este caráter prestacional, ínsito aos direitos sociais, visa ao estabelecimento da igualdade material (ou fática) e que, portanto, “não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida” (BASTOS, 2010, p. 247).

Em resumo, os direitos sociais “constituem obrigações de prestação ‘positivas’ cuja satisfação consiste num ‘facere’, uma ‘ação positiva’ a cargo dos poderes públicos” (QUEIROZ, 2006, p. 25).

Nessa perspectiva é que a noção de “políticas públicas” ganha relevância na concretização dos direitos sociais, seja por ocasião de suas escolhas (que devem observar a determinados critérios), seja em relação à sua execução (quase sempre insuficiente ao atendimento das demandas sociais).

Assim, é imperioso reconhecer que o estudo das “políticas públicas” e sua correlação com o Direito é de tamanha relevância, tanto, que, em Portugal, há algum tempo o tema já ocupa a pauta das Faculdades de Direito, com vistas à inclusão de disciplinas curriculares específicas, a exemplo da apresentada pela Professora Maria da Glória F. P. D. Garcia, denominada “Direito das Políticas Públicas”, cujo propósito é oferecer resposta jurídica e política ao estágio do Estado atual, à luz dos direitos do indivíduo e de princípios jurídicos fundamentais, bem ainda na exigência política de aprofundamento do processo democrático (GARCIA, 2009, p. 255).

Na tentativa de diferenciar as expressões “política” e “política pública”, esclarece a aludida autora Maria Garcia (2009, p. 127):

Política como luta pelo poder, seu exercício e manutenção. O poder estadual e os poderes sócio-políticos. Os partidos políticos e a proliferação de centros de poder, particularmente de natureza econômica, sindical, corporativa, que pretendem controlar o exercício do poder político, direta ou indiretamente. Exemplificação.

As políticas públicas como concretas formas de agir em razão dos interesses da comunidade, de modo a alcançar a justiça social, a segurança e o desenvolvimento econômico e social ambientalmente sustentável. Políticas públicas e a luta por integrar o grupo que detém o poder de definição de uma determinada política ou por alcançar o poder estatal e garantia da manutenção desse poder, exercendo-o. Exemplificação.

Com isso, se, por um lado, possa parecer que a reflexão sobre “políticas públicas” caiba tradicionalmente às Ciências Políticas, resta inegável, por outro lado, notadamente a partir do neoconstitucionalismo (que têm propiciado a repactuação do pensamento jurídico, à luz da chamada “constitucionalização do direito”), que a temática merece especial atenção também da Ciência do Direito, diante do estabelecimento de vínculo com o sistema das instituições políticas e com o das instituições administrativas, “bem como com as facetas de inter-relação existentes entre elas” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 109).

Relativamente aos direitos fundamentais sociais, a implementação de políticas públicas pelo Estado ganha relevância inegável. Isso impõe ao Estado a obrigatoriedade de proceder a escolhas adequadas ao atendimento do bem comum, pois, se concebidas as políticas públicas como programas ou quadro de ação governamental, consubstanciadas em um conjunto de medidas articuladas ou coordenadas, cuja fim é “movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito” (BUCCI, 2006, p. 14), seus elementos devem estar bem definidos, tais

como fins, objetivos, princípios diretrizes, instrumentos e sistema, sem o que fica inviabilizado o controle das opções estatais na realização dos direitos sociais e atenta contra o princípio democrático, que é essencialmente inerente à ideia de Estado Social.

Nessa perspectiva, as tomadas de decisão relativas às políticas públicas sociais não podem esquivar-se do processo democrático e das escolhas fundamentais de cada sociedade, o que implica reconhecer que alterações em regras trabalhistas e em regimes de previdências devem ser altamente discutidas com toda a sociedade, de forma transparente e a propiciar um autêntico debate e a apropriação sobre todas as questões que circundam o tema.

Não é crível conceber, portanto, dentro da margem discricionária das escolhas legislativas, que a opção encampada pelo Estado resulte em redução de padrões mínimos de bem estar da população, notadamente quando as opções políticas voltadas a outros setores demonstram contradição na atuação do Estado.

No caso brasileiro, tem-se que a reforma da Previdência Social e a reforma da legislação trabalhista, retomadas com veemência no contexto de uma grave crise econômica, transfere aos menos favorecidos os erros perpetrados pelo Estado, em grande medida resultantes das escolhas inadequadas (e muitas vezes questionáveis) de políticas públicas dirigidas a determinados grupos, a exemplo das renúncias fiscais e da concessão de empréstimos de recursos públicos a grandes empresários, sem se observar, por outro lado, o esvaziamento que essas ações provocaram (e continuam a provocar) aos cofres públicos, fragilizando, por óbvio, a capacidade do Estado em realizar os direitos prestacionais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS X ESVAZIAMENTO DO ESTADO

Para a realização de direitos sociais é preciso que haja recursos para tanto.

Ocorre, todavia, que a tendência atual de enxugamento do Estado tem colocado em risco a concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais.

Não se esta, com isso, a defender o agigantamento da máquina pública, que infelizmente quase sempre se confunde, ao menos em nosso país, com a burocratização e o aparelhamento estatal para atendimento de interesses de alguns grupos, em detrimento do interesse coletivo, retratando, com isso, a atual conjuntura política brasileira, visivelmente oligárquica na acepção aristotélica do termo: “o governo de alguns para alguns”. Ao contrário disso, a efetivação dos direitos sociais demanda do Estado, antes mesmo de promover a execução de políticas públicas destinadas à realização dos direitos sociais, a adoção de

escolhas que estejam em plena sintonia com o Texto Constitucional, fruto da vontade do povo, de modo que não poderá haver ofensa à opção pelo Estado Democrático e Social de Direito feita em 1988, o que impõe a existência de recursos para atendimento desse desiderato, notadamente no que se refere ao mínimo existencial.

Inegavelmente a tendência de esvaziamento do Estado e da substituição dos espaços públicos por interesses predominantemente privados, no contexto da lógica do neoliberalismo, tem produzido efeitos danosos à efetividade e preservação do Estado de Bem-Estar Social.

José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 247) retrata bem essa constatação:

Aparentemente, o recurso à dignidade da pessoa humana como princípio ontofenomenológico fundante da *dignidade social* da pessoa humana nada teria de problemático. O desenvolvimento da personalidade ancorado na dignidade da pessoa humana ainda é o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado. Mas, o “teste dóxico” de jurisprudência constitucional portuguesa aponta para o “esvaziamento solidarístico” desta estratégia discursiva do Tribunal Português.

Ocorre que a tendência do argumento da “reserva do possível”, consistente na escusa ao cumprimento de direitos fundamentais sociais em razão da ausência de recursos financeiros, por vezes esconde o descompromisso estatal de levar a sério os direitos prestacionais, tão essenciais à concretização da própria democracia.

Assim, não pode o indivíduo ser privado do direito à “progressiva realização dos direitos sociais”, muitas vezes causadas pelas equivocadas escolhas estatais no campo das políticas públicas.

Não é por outra razão que o Superior Tribunal de Justiça, tomando a “reserva do possível” como argumento consistente na escassez de recursos públicos em contraposição ao amplo espectro de responsabilidades estatais a serem atendidas, entende que o argumento não isenta o administrador de cumprir as promessas vinculadas constitucionalmente aos direitos fundamentais prestacionais, sobretudo se considerada a notória destinação de recursos públicos para áreas que, a despeito se estarem inseridas na zona de ação pública (margem de ação estatal), são menos prioritárias e relevantes que a atuação destinada a cumprir valores básicos da sociedade brasileira, representados pelos direitos fundamentais (BRASIL, 2007).

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal, na seara do controle judicial de políticas públicas que visem à realização de direitos sociais, fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas,

quando os órgãos estatais competentes omitirem-se do encargo político-jurídico de sua responsabilidade, vindo a prejudicar a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que previstos em cláusulas de conteúdo programático (BRASIL, 2010).

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais sociais merecem ainda maior atenção, porquanto estão vinculados à realização do chamado “mínimo existencial” ou “mínimo de existência condigna” do indivíduo, cujo conteúdo está intimamente atrelado à dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil – Art. 1º, III, CF), podendo-se afirmar, portanto, que o “mínimo existencial” visa a reconhecer a indispensabilidade de se garantir bens necessários à manutenção de uma vida digna, o que compreende condições de acesso a prestações materiais do Estado, que permitam a fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança, conforme preceitua a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV) – (BRASIL, 2011).

Cumpra, aqui, o ênfase ao direito social à educação.

No direito brasileiro a palavra educação “refere-se a todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho” (RANIERI, 2013, p. 75).

De acordo com Lélío Maximino Lellis (2011, p. 225), “sem a implementação da educação escolar e do ensino normatizados constitucionalmente não se pode falar serem fundamentos do Estado a cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, CF/88)”.

A respeito da implementação do direito à educação, assevera Nina Beatriz Stocco Ranieri (2013, p. 55) que:

O direito à Educação, no direito internacional e no brasileiro, apresenta características jurídicas que o diferenciam em relação aos demais direitos fundamentais, embora todos tenham a natureza jurídica de direitos subjetivos. É direito fundamental social, é direito individual e também é direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito de dignidade humana. É igualmente dever fundamental. Os seus titulares e os seus sujeitos passivos são, simultaneamente, uma coisa e outra. Comporta obrigações de fazer e não fazer, por parte de titulares e sujeitos passivos, que não se exaurem e exigem diferentes atendimentos, algumas vezes sob a reserva do possível. Seu regime jurídico, portanto, é complexo: envolve diferentes poderes e

capacidades de exercício, com a inerente sujeição ao regime jurídico específico dos direitos fundamentais, mesmo dependendo de prestações materiais e de recursos financeiros.

E, nessa perspectiva, impõe reconhecer que os direitos sociais, inclusive os educacionais, devem ser tomados como autênticos “direitos-meio”, porque detém a vocação de viabilizarem tantos outros direitos, em especial aqueles ligados às liberdades públicas, de modo a assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração, o que propicia o exercício da liberdade fática (BUCCI, 2006).

Em outras palavras, não há como se cogitar do pleno gozo do direito à liberdade se não houver a realização da justiça social, do que se extrai a intrínseca relação entre direitos fundamentais sociais e a Democracia, que será tanto mais aprimorada quanto concretude for dada ao direito à educação.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DEMOCRACIA: A IMPRESCINDIBILIDADE DA EDUCAÇÃO

Partindo da premissa que os direitos fundamentais sociais propiciam a efetivação plena dos direitos fundamentais de 1ª geração (ligados ao valor liberdade), porquanto funcionam como direitos-meio, não há dúvidas de que a realização dos direitos sociais, a partir dessa característica, também serve de fomento e aprimoramento da Democracia.

A democracia, em suas variadas formas, é atualmente adotada pela maioria dos Estados que integram o planeta. A base originária do conceito de democracia é a noção de governo do povo.

Há três pontos fundamentais que podem ser apontados como exigências da democracia, síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados originários do séc. XVIII: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos (DALLARI, 2005, p. 151).

Consoante Walber de Moura Agra (2006, p. 108), existe uma intrínseca ligação entre os direitos fundamentais e o regime democrático, pois é indubitável que em uma democracia as prerrogativas dos cidadãos tendem a ser mais respeitadas, considerando os valores que amparam tal regime político.

A democracia, de acordo com Paulo César Carbonari (2001, p. 107), deve ser vista não apenas como um mecanismo de legitimação pelo voto dos representantes incumbidos de

compor a burocracia pública, mas também como mediação histórica de criação de condições para a efetivação da dignidade humana.

Em outras palavras, a democracia é “meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduz basicamente nos direitos fundamentais do homem”. Desse modo, importa considerar que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história” (SILVA, 2002, 125-126).

Para Norberto Bobbio, de forma preponderante, entende-se por democracia “um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam à toda a coletividade” (BOBBIO, 1983, p. 9999).

E, consoante lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 36), a democracia possui seu fundamento centrado no homem, fazendo repousar no homem sua finalidade, constituindo-se a dignidade da pessoa no núcleo central e referencial do próprio regime democrático.

Nessa perspectiva, o direito à educação ganha evidência: enquanto direito fundamental por excelência, a educação é responsável por implementar um autêntico Estado Democrático.

Assim, resta inegável a correlação entre o direito fundamental à educação e o exercício da cidadania, porquanto a educação confere ao indivíduo a faculdade de se aprimorar enquanto pessoa e enquanto ser socialmente integrado com os demais membros da sociedade, oferecendo-lhe maior consciência sobre o mundo que o cerca e sobre os direitos que lhe são inerentes. Conforme aduz Fábio Ramazzini Bechara, “cidadão é participação na formação da vontade estatal; é interferência nas questões e decisões políticas; é luta incessante pela defesa dos seus direitos.” (BECHARA, 1999, p. 65).

Há uma relação simbiótica entre democracia e direitos sociais: de um lado, a efetiva concretização de direitos sociais propicia a melhoria da qualidade da democracia, porque se poderá esperar a melhoria das condições de vida e da igualdade de oportunidades; de outro lado, por meio do aprimoramento da democracia, enquanto valor fundamental de uma nação, será possível melhor acompanhar as ações estatais relativas às eleições e execuções das políticas públicas destinadas à realização dos direitos sociais, sobretudo se maior o nível educacional dos cidadãos.

É sob o véu da ignorância do povo que muitas vezes se escondem propósitos estatais escusos. É no campo da ignorância que são cometidas as grandes violações a direitos

fundamentais, muitas das vezes diante dos olhos do indivíduo, que tomado por uma espécie de “anestesia social”, busca não refletir sobre muitas das políticas estatais, seja porque não vislumbra possibilidades de mudança, seja porque adotou irrefletidamente o aquilo que se é veiculado pelos meios de comunicação.

Portanto, a educação e a cidadania “caminham juntas; são indissociáveis, pois quanto mais educados, mais serão capazes de lutar e de exigir seus direitos e de cumprir seus deveres” (CRUANHES, 2000, p. 83).

É por meio da educação que se propicia ao indivíduo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades individuais, preparando melhor para o exercício da cidadania, sendo que “a cidadania plena surge com os direitos sociais” (SIQUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 244).

“O homem ignorante não respeita seu semelhante, está acima da lei e não consegue enxergar nada além de si mesmo. A ignorância, a que se refere, não é apenas a falta de instrução, mas a falta de uma educação solidária, consciente e responsável”, não é por outra razão que “a educação está acima de qualquer outro direito social” (MUNIZ, 2002, p. 231).

A ilustrar a tese ora exposta, correlacionando educação, democracia e direitos fundamentais, é a seguinte ementa do C. STJ (BRASIL, 2015):

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de

dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

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 abstrato, 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. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

10. Porém, é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a

escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Agravo regimental improvido.

No caso brasileiro, a realização do direito à educação ainda precisa compor o catálogo das prioridades do Estado, como único instrumento válido para refletir no aprimoramento da democracia e, assim, na escolha de políticas públicas que reflitam melhor os valores sociais consagrados na Constituição de 1988.

4 CONCLUSÃO

Os direitos humanos, entre os quais se inserem os direitos civis, políticos e sociais, que constam da maioria das Cartas Políticas atuais, são marcados por diversas espécies de direito, entre os quais os direitos civis, políticos e sociais.

O Brasil, historicamente, tem sido marcado por alta desigualdade social. O Estado brasileiro, em desconformidade com os ditames previstos na Constituição Federal de 1988, não realiza na plenitude os ditames constitucionais, principalmente no tocante à implementação dos direitos fundamentais, entre os quais os direitos sociais.

Os direitos fundamentais sociais, conhecidos como direitos de segunda dimensão, demandam prestações materiais a cargo do Estado, objetivando o estabelecimento da igualdade material, ou seja, consubstanciam-se em obrigações positivas a cargos dos poderes públicos constituídos.

As políticas públicas, nessa perspectiva, ganham relevância na concretização dos direitos sociais, donde se conclui que o estudo das políticas públicas e a verificação de sua correção com o Direito assume grande importância.

As políticas públicas são formas concretas de agir objetivando atender aos interesses da coletividade, buscando, entre outros, a realização da justiça social, isso significando que cabe ao Estado proceder a escolhas adequadas à realização do bem comum por meio da

implementação de políticas públicas.

A educação insere-se entre os denominados direitos fundamentais sociais e, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais em geral, não tem sido satisfatoriamente efetivada no Brasil.

Os direitos sociais, da mesma forma que se verifica com as liberdades públicas, não podem ser desconsiderados nem mesmo em cenários de crises estatais econômicas ou políticas, sendo imprescindível sua efetivação, principalmente pela implementação de políticas públicas.

A crise econômica que assola o Brasil na atualidade não pode constituir motivo suficiente para que se deixe de serem implementados os direitos sociais, em particular o direito à educação, assim como não pode implicar em retrocesso social e no desrespeito aos ditames constitucionais relativamente à implementação dos direitos fundamentais.

A atual iniciativa adotada pelo governo brasileiro em buscar ampla reforma trabalhista e previdenciária, principalmente com o intuito de buscar conter grave crise econômica que o país enfrenta, acaba por transferir aos menos favorecidos os efeitos nefastos da má gestão perpetrada pelo próprio Estado, em grande medida decorrente de escolhas inadequadas de políticas públicas dirigidas a grupos determinados, como as verificadas com a concessão de renúncias fiscais e empréstimos a grandes empresários de recursos públicos com juros subsidiados.

Embora sejam necessários alguns ajustes na legislação trabalhista e previdenciária a fim de que sejam aprimoradas as relações sociais atualmente existentes no país, isso não poderá representar a redução dos patamares mínimos já obtidos pelos indivíduos no tocante aos direitos sociais.

Da mesma forma, o Estado Democrático Social de Direito brasileiro não mais admite que suposta inexistência de recursos estatais constitua motivo para o não atendimento dos direitos sociais, principalmente dos direitos consubstanciados no denominado mínimo existencial.

O Superior Tribunal de Justiça sufraga o entendimento no sentido de que o mínimo existencial deve ser atendido no Estado brasileiro, assim como não se admite, sem motivo plenamente justificado, a aceitação da tese da reserva do possível para que o Estado deixe de cumprir os ditames constitucionais, principalmente em relação à efetivação dos direitos sociais, como o direito à educação.

Da mesma forma, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, relativamente aos

direitos sociais, cabe ao judiciário a função de determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes não se desincumbirem do encargo de sua responsabilidade, vindo a prejudicar a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos.

Na verdade, as reformas trabalhista e previdenciária buscadas pelo governo brasileiro, por implicarem em risco aos direitos sociais, exigiriam, antes de sua discussão e implementação, a efetivação de ampla reforma tributária e política, uma vez que sem tais reformas o Estado Democrático de Direito brasileiro não terá possibilidade de se materializar de forma efetiva, tal como preconizado na Lei Maior de 1988.

Em síntese, a eleição das políticas públicas estatais, bem como sua respectiva execução, deve pautar-se pela irrestrita concretização dos valores sociais encampados pela ordem constitucional instituída em 1988, sendo que, com isso, a atuação estatal não poderá se furtar à realização dos direitos fundamentais sociais, sobretudo quando o comprometimento orçamentário for resultante de escolhas inadequadas e muitas vezes irresponsáveis por parte do Estado, revelando-se imperioso, nesse sentido, o fortalecimento do processo democrático para a melhoria das escolhas e do acompanhamento das ações estatais voltadas à realização da justiça social, tendo a educação importante papel na busca desses objetivos.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. Rev. e Atual. Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Ministério Público, cidadania, direitos humanos e sociedade civil*. Revista da APMP. Ano III, n. 25, fev./mar. 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo? Discussão de uma alternativa*. Trad. Iza de Salles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 25 set. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.608-RS. Ministro Luiz Fux. Brasília: Diário da Justiça, 4 jun. 2007, p. 314.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. AREsp 790767. Ministro Humberto

Martins. Brasília: Diário da Justiça, 4 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 367.432-PR. Ministro Eros Grau. Brasília: DJe, 14 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP. Ministro Celso de Mello. Brasília: DJe, 15 set 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARBONARI, Paulo César. Globalização e direitos humanos: identificando desafios. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). *Direitos humanos internacionais: avanços e desafios no início do século XXI*. [S.l.]: Movimento Nacional de Direitos Humanos – Regional Nordeste, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias (orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 109.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: educação e exclusão social*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

LIMA, Adilson Nunes de. *Renúncias Fiscais da União*. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. Estudo Técnico. Fev/2017. Disponível em <file:///C:/Users/rodri/Downloads/renuncia_fiscal_lima.pdf>. Acesso em 21 maio 2017.

MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In ABMP. Todos Pela Educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55-103.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 36, out./dez. 1999.

SIFUENTES, Mônica. *Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.