

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Douglas Predo Mateus*

RESUMO

Os direitos humanos vêm sendo construídos ao longo da história humana, mas é inegável que tais direitos sofreram grande impulso no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

O primeiro documento internacional a tratar do assunto foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, posteriormente complementada pelos Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966.

Os mencionados Pactos dividiram os direitos em duas categorias, com naturezas distintas: a dos direitos civis e políticos e a dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Distinguem-se no entanto, essas categorias atribuindo-se aos direitos sociais uma “progressividade no processo de concretização”, enquanto os direitos civis e políticos sempre foram exigíveis de pronto e pacificamente garantidos pela via judicial, se necessário.

O direito à educação é direito social reconhecido pelo Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e atualmente pela Constituição Federal.

Ocorre que por força de Emenda Constitucional que alterou a formula de transferência de recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino, houve uma “opção” por parte dos Executivos Municipais em prestigiar o ensino fundamental em detrimento da educação infantil pré-escolar.

Para garantir o atendimento à população em relação a esse direito fundamental o Ministério Público interveio e foi necessário o acesso à via judicial. Inicialmente a discussão situava-se acerca da intervenção do Judiciário na discricionariedade do Executivo, mas ao longo dos anos os Tribunais Superiores vêm reconhecendo a efetividade deste direito social.

* Advogado, mestrando em Direito Internacional na Universidade Católica de Santos.

Assim, nos parece que o direito à educação é direito fundamental, posto direito social, acolhido pelo nosso ordenamento constitucional como direito público subjetivo, conseqüentemente oponível em juízo frente ao Estado.

PALAVRAS-CHAVE: EDUCAÇÃO – DIREITO SOCIAL - EFETIVIDADE

RESUMEN

Los derechos humanos vienen siendo construídos a lo largo de la história humana, pero es inegable que tales derechos sufrieron gran impulso en el siglo XX, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial.

El primer documento internacional a tratar del asunto fué la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, posteriormente complementada por los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1966.

Los mencionados Pactos dividieron los derechos en dos grandes categorías, con naturalezas distintas: la de los derechos civiles y políticos y la de los derechos sociales, económicos y culturales.

Sin embargo, esas categorías son distintas atribuyéndoseles a los derechos sociales una “progresividad en el proceso de concretización”, en cuanto que los derechos civiles y políticos siempre fueron exigibles de pronto y pacíficamente garantizados por la vía judicial, si necesario fuese.

El derecho a la educación es derecho social reconocido por el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y actualmente por la Constitución Federal brasileña.

Ocurre que por fuerza de la Emenda Constitucional que alteró la fórmula de transferencia de recursos para la manutención y desarrollo de la enseñanza, hubo una “opción” por parte de los Ejecutivos Municipales en prestigiar la enseñanza fundamental en relación a la educación infantil pré-escolar.

Para garantizar el atendimento a la población en relación a ese derecho fundamental, el Ministério Público intervino y fué necesario el acceso a la vía judicial. Inicialmente la discusión se refería acerca de la intervención del Judiciário en la discricionariedad del Ejecutivo, pero a lo largo de los años, los Tribunales Superiores vienen reconociendo la efectividad de ese derecho social.

Assí, parece que el derecho a la educación es un derecho fundamental, puesto derecho social, inserido en el ordenamiento constitucional como derecho público subjetivo y, por consecuencia, oponible frente al Estado.

PALABRAS-CLAVE: EDUCACIÓN - DERECHO SOCIAL - EFECTIVIDAD

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a origem histórica dos direitos humanos e dentro deles os direitos sociais e mais especificamente o direito à educação. No desenvolvimento analisaremos a questão da judicialização dos direitos sociais, destacando julgados recentes dos Tribunais Superiores.

Os denominados direitos humanos vêm sendo construídos ao longo da história da raça humana. Em alguns momentos podemos dizer que tais direitos são “arquitetados”, em uma colocação suave e até poética, mas em muitos outros são “forjados” a ferro e fogo, conformados pelo embate entre os vários segmentos envolvidos, ao custo de muitas vidas até a efetiva concretização desses direitos.

Alguns autores consideram a Magna Carta de 1215 como o primeiro documento referente aos direitos humanos, outros, retrocedem um pouco mais na história¹. Mas é inegável que tais direitos sofreram um grande impulso no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

O primeiro documento internacional tratando do assunto foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, posteriormente complementada pelos Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966.²

O desmembramento desses textos deve-se ao bipolarismo político vigente à época, na Comissão e na Assembléia Geral da ONU. O início da vigência internacional dos Pactos,

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.44: “(...) na Península Ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a *Magna Carta* de 1215. No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade.”

² ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 24

no entanto, foi muito mais demorado, tendo em vista a força obrigatória desses atos, que exigem a assinatura e ratificação dos Estados³.

Os mencionados Pactos dividiram os direitos em duas categorias, com naturezas distintas: a dos direitos civis e políticos e a dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Para PIOVESAN, “os direitos fundamentais – sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais – são acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância.”⁴ Assim, não se justificaria a diferença de categorias. Ademais porque, segundo a concepção atual introduzida pela Declaração Universal de 1948 e repetida na Declaração de Viena (1993), os direitos humanos são universais, interdependentes e indivisíveis.

Distinguem-se no entanto, essas categorias atribuindo-se aos direitos sociais uma “progressividade no processo de concretização”, enquanto os direitos civis e políticos sempre foram exigíveis de pronto e pacificamente garantidos pela via judicial, se necessário.

Segundo TRINDADE, especialmente após a Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1968 (Teerã) que proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, ficou aberta a possibilidade de uma “reconsideração geral da dicotomia entre os direitos econômicos, sociais e culturais, e os direitos civis e políticos.”⁵ Essa evolução permite concluir, como TRINDADE, que “entre as duas ‘categorias’ de direitos – individuais e sociais ou coletivos – não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia.”⁶

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Enfrentando o termo “Educação”, MUNIZ⁷ discorre:

O conceito de educação, na sua etimologia, sempre foi afetado por uma dupla influência: ou entendiam-no como desenvolvimento das possibilidades interiores do homem, onde o educador apenas as exteriorizava (nativismo), ou consideravam-no como conhecimento humano adquirido pela experiência (empirismo). Os dois vocábulos

³ Idem, p. 25.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 96.

⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 359.

⁶ Idem, p. 360.

⁷ MUNIZ, Regina Maria F. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

latinos *educare* e *educere*, origem etimológica do verbo educar, encerram esta dupla concepção. O termo *educare* compreende um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano em geral, visando sua melhor integração individual e social. Neste contexto, tal verbo significa criar, alimentar, subministrar o necessário para o desenvolvimento da personalidade. *Educere* possui o sentido etimológico inclinando-se por uma educação em que o mais importante é a capacidade interior do educando, cujo desenvolvimento só será decisivo se houver um dinamismo interno.

Mais adiante, resume a citada autora⁸:

A educação engloba a instrução, mas é muito mais ampla. Sua finalidade é tornar os homens mais íntegros, a fim de que possam usar da técnica que receberam com sabedoria, aplicando-a disciplinadamente. Instrução e educação, embora possam ser entendidas como duas linhas paralelas com finalidades diferentes, necessariamente devem caminhar juntas e integrar-se.

Diz o artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu parágrafo 1º, que os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa à educação e concordam em que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. A educação deverá capacitar ainda, todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover a paz.

No Brasil, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394, de 26 de dezembro de 1996, em seu artigo 2º, define educação como: “dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”, tendo por finalidade “o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. O art. 1º, explicita que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

⁸ Idem, p. 9.

Já entendia PONTES DE MIRANDA,⁹ em 1933, que, para o pleno exercício do direito à educação, é mister a instituição da “escola única” dar a todos as mesmas possibilidades, dar a todos alimentação suficiente, uniforme e material escolar, ou seja, a gratuidade absoluta.

Tocantemente ao direito à educação, afirma o mesmo autor:

Nas constituições é preciso e basta que se diga: “A escola é única. Os cursos primário e profissional serão gratuitos e obrigatórios; o secundário e o superior gratuitos e facultativos. A frequência é livre. Todo material escolar e meios de frequência para o alumno são gratuitos. A lei regulará os processos de seleção, que hão de ser entre todos. A escola única acaba os collegios particulares. A escola primaria vae, pelo menos, até os 14 annos”.

No mesmo sentido, o artigo 13, parágrafo 2, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
- c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.¹⁰

Como destaca BONTEMPO,¹¹ em relação aos parâmetros internacionais sobre o direito à educação, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observou, no ponto 1, do Comentário Geral nº 13, que:

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito à educação*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p.102.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

a educação é tanto um direito humano, em si mesmo, quanto é um meio indispensável para a realização dos outros direitos humanos. Como um direito de empoderamento (*empowerment right*), a educação é o veículo primário pelo qual os adultos e crianças econômica e socialmente marginalizados podem combater a pobreza e obter os meios para participar plenamente de suas comunidades.

O ponto 6 do referido Comentário Geral estabelece quatro dimensões essenciais e inter-relacionadas do direito à educação, segundo BONTEMPO:¹²

a) disponibilidade (*availability*), isto é, as instituições e programas educacionais devem ser disponíveis em quantidades suficientes; c) acessibilidade (*accessibility*), o que, por sua vez, envolve três dimensões – o princípio da não-discriminação (a educação deve ser acessível a todos, sem discriminação, especialmente aos grupos mais vulneráveis, de direito e de fato); a acessibilidade física (a educação deve ser disponibilizada em local fisicamente seguro, pela localização geográfica razoável ou pela moderna via tecnológica – programas de “aprendizado a distância”) e a acessibilidade econômica (ainda que a educação primária deva ser disponibilizada “gratuitamente para todos”, os Estados-partes têm a obrigação de, progressivamente, introduzir a educação secundária e superior gratuitas); c) aceitabilidade (*acceptability*), ou seja, a forma e o conteúdo da educação, incluindo o currículo e a metodologia, devem ser culturalmente apropriados e de boa qualidade; e d) adaptabilidade (*adaptability*), isto é, a educação deve ser flexível, passível de ser adaptada às transformações sociais, respondendo às necessidades de diversidade cultural e social.

O ordenamento constitucional vigente, todavia, prevê o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, a progressiva universalização do ensino médio gratuito, mas ainda não garante o acesso ao nível superior, ensejando medidas do Estado para a efetiva implementação do direito à educação.

A implementação, ainda que de forma progressiva, vem expressamente assegurada pelo artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe:

¹¹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 75.

¹² Idem, p. 76.

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

E, de acordo com o artigo 5º, do mesmo Pacto Internacional, é proibido o retrocesso social. Diz o referido dispositivo:

1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.
2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de Leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Por força do que dispõe o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, donde se extrai a natureza materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.¹³ A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, ratificando assim, o entendimento doutrinário sobre a natureza dos tratados.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, reconhece a educação como direito social:

¹³ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 92.

São direitos sociais a educação, (...), na forma desta Constituição.

A Constituição esclarece em seu art. 205:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Na seqüência, o artigo 208 especifica:

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I- Ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

(...)

IV- Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

(...)

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Complementa o art. 211:

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

(...)

§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Como já dito, apesar de se tratar de direito incontestável, contra o qual ninguém teria coragem de insurgir-se, o direito à educação, com amplo acesso àqueles que tenham interesse, ou estejam em idade escolar ainda carece de efetividade.

Apesar de inquestionável a idéia de que a educação, ou melhor, o acesso à educação é um direito fundamental ao qual todos devem ter acesso, a fruição efetiva deste direito

fundamental ainda encontra alguns obstáculos, como o fato do Administrador Público não reconhecer este direito como uma prioridade, apesar do tratamento constitucional. Neste sentido, DUARTE¹⁴:

É evidente que se as condições de efetividade dos direitos sociais dependem de ações estatais concretas, sem as quais o programa social neles contido não se realiza, isso significa que a sua plena satisfação extrapola o nível da satisfação individual do direito.

A DISCUSSÃO JUDICIAL

A interpretação dos artigos constitucionais retro citados, inicialmente não gerou nenhuma repercussão de destaque. Em 1990, ainda sob os auspícios da Constituição Cidadã, foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que no tocante à educação somente inovou na exigência de que a “escola pública e gratuita” fosse “próxima de sua residência”.

Até este momento, ainda estavam os Estados e Municípios se adequando à nova realidade, no tocante a esta divisão de responsabilidades e à garantia do direito social à educação.

Em 1996, surge a Emenda Constitucional nº 14 e logo depois, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A Emenda Constitucional nº 14, criou o Fundef, que significou a retenção de 15% dos impostos de transferência, os quais seriam devolvidos na proporção de alunos matriculados no ensino fundamental; e a LDB determinou que a educação pré escolar, vale dizer, as creches, fazem parte do processo educacional, compondo entre outras coisas, os gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino..

Resumindo, a partir de 1996, os Municípios perderam receita, que somente retornaria se houvesse alunos no ensino fundamental e tiveram que assumir as creches como educação infantil, que até então eram ligadas à assistência social. Não é necessário muita sabedoria para entender que os Municípios passaram a investir na educação fundamental em detrimento das outras modalidades de ensino, porque aquela representava em curto espaço de tempo mais recursos, ou menor perda deles. Conseqüentemente a educação infantil e pré-escolar ficaram desprestigiadas.

¹⁴ DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas públicas. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em 11/5/2006.

Assim, a imensa maioria dos Municípios simplesmente não possuía escolas com essas modalidades de ensino, causando um transtorno para os pais que trabalham e não tem com quem deixar as crianças, além do flagrante descumprimento da ordem constitucional por mera opção arrecadatória do Executivo.

Houve então um movimento, se é que se pode chamar assim, do Ministério Público para que os Municípios assumissem suas obrigações.

Inicialmente foram Inquéritos Civis, visando a formalização de Termos de Ajustamento de Conduta com o objetivo de regularização da situação e acolhimento da demanda pelos serviços públicos.

Frustrada a conciliação, iniciaram-se demandas judiciais, visando à oferta de vagas sob pena da imposição de multas diárias na hipótese de descumprimento.

Por conta da já citada “progressividade na concretização”, havia um entendimento a época, de que não era possível a discussão judicial destes direitos, posto normas meramente programáticas, a serem cumpridas “com o tempo”.

Acerca da possibilidade de judicialização, fala TRINDADE, citado por PIOVESAN¹⁵:

Não há qualquer impossibilidade lógica ou jurídica para que assim se proceda. Há que garantir a justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais, a começar pelo princípio da não discriminação. Por que motivo em relação aos direitos políticos são há muito condenadas práticas discriminatórias, às quais, em relação aos direitos econômicos e sociais, persistem e parecem ser toleradas como supostas realidades inevitáveis? Há que se submeter à justiciabilidade decisões governamentais e de organismos financeiros internacionais que, à guisa de resolver “problemas econômicos”, condenam ao empobrecimento, ao desemprego e à fome, se não a médio ou longo prazo à miséria e à morte, milhares de seres humanos. Se é certo que a vigência de muitos direitos econômicos e sociais é de “realização progressiva”, também é certo que tal vigência requer medidas imediatas por parte dos Estados, certas obrigações mínimas em relação a um núcleo de direitos de subsistência (direitos à alimentação, à moradia, à saúde, à educação, somados ao direito ao trabalho), quando pouco para neutralizar os efeitos devastadores de políticas recessivas particularmente sobre os segmentos carentes ou vulneráveis da população.

¹⁵ TRINDADE, Antonio A. Caçado. Direitos Econômicos e Sociais. In: TRINDADE, A.A.C. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. Apud. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 105

Podemos citar o caso de dois Municípios no Estado de São Paulo: Santos e Santo André, e o faremos em razão da diferença de tratamento dada pelo Poder Judiciário em situações idênticas.

Em Santos, o Ministério Público não obteve sucesso em ação coletiva objeto da Apelação Cível nº 79.260-0/9-00, decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Entendeu esse Tribunal Estadual pela improcedência da ação visando compelir o Município ao oferecimento de vagas em creche e pré-escola municipal, considerando que não pode o Poder Judiciário substituir o Executivo na execução de atividades de administração, escapando ao controle jurisdicional o exame da conveniência e oportunidade de seus atos, vinculados à previsão orçamentária e ao programa de governo.¹⁶ Em razão disso, adotou a estratégia de ações individuais, nas quais vêm obtendo sucesso.

Em Santo André, o Ministério Público intentou ação civil pública e obteve sucesso em 1ª Instância, sendo derrotado no Tribunal de Justiça.

Trazemos à colação as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores no caso do Município de Santo André em que se discutiu o direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos, reproduzido no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Superior Tribunal de Justiça foi dado provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (RESP 575280-SP), por maioria de votos, vencido o relator Ministro José Delgado, que reconhecia a afronta ao princípio da separação dos Poderes e a interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

O Ministro Luiz Fux, por outro lado, exarou voto-vista contrário ao entendimento do Relator e foi acompanhado pelo Ministro Teori Albino Zavascki. Ressaltou aquele Ministro, relator para o acórdão, que embora não se configure a existência de direitos subjetivos imediatamente tuteláveis pelo Poder Judiciário, em face da natureza dos direitos fundamentais sociais, de direitos a prestações do Estado e por isso sujeitos a conformações de natureza política ou administrativa e a disponibilidade de recursos orçamentários, não se

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 079.260.0/9-00. Relator: Des. Mohamed Amaro. São Paulo, 4 de novembro de 2002. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal> Acesso em: 13 mar. 2006.

pode dizer que sejam destituídos de eficácia os preceitos constitucionais garantidores. Nesse sentido conclui o citado Ministro:

Assim, por mais elástico que possa ser o campo da atuação conformadora do Município em matéria de educação, é razoável identificar a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escapa a qualquer poder de discricção administrativa ou política. Há um núcleo mínimo essencial de densidade normativa apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças completamente carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal também acolheu recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (RE 436.996-SP) em face do Município de Santo André, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. Tratou o julgado da questão pertinente à “reserva do possível”, reconhecendo ao Poder Judiciário competência para determinar a implementação de políticas públicas quando definidas pela própria Constituição, sempre que resultar comprometida a eficácia de direitos sociais nela previstos.

Extrai-se do voto do relator:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, então, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da** pessoa **e dos** cidadãos, de condições

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 575.280. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 2 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2006.

materiais **mínimas** de existência (**ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** nº 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível – **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade.¹⁸

Cumpr-nos destacar, que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao recurso de agravo interposto pelo Município de Santo André contra a decisão singular do Ministro Celso de Mello supracitada.

Em recente decisão envolvendo o Município de Santos, o Tribunal de Justiça de São Paulo, modificou o entendimento, uma vez que não se limitou a citar os precedentes das Cortes Superiores, desenvolvendo doutrina própria, como pode ser constatado no voto da lavra do Des. Sidney Romano:

É incontestável o direito da criança à matrícula (sic) creche municipal próxima de sua residência, como determinam os arts. 54, IV e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com o art. 211, par. 2º e 3º da Constituição Federal, com redação que foi dada pela Emenda Constitucional nº 14, devendo ser trazido a lume, ainda, o art. 11, V, da Lei nº 9394/96.

(...)

A questão de vagas não poderia impedir a matrícula, posto que é dever do Poder Público prover todas que se mostrem necessárias, não sendo admissível acolher qualquer afirmação de que se torna necessário adotar planejamento para preenchimento delas, (...) pois o Estatuto da Criança e do Adolescente vige há mais de treze (13) anos, sem que o Poder Público tenha se preparado para, de modo adequado e cabal, observar os ditames constitucionais que erigem os direitos das crianças e adolescentes à categoria de prioritários.

A omissão do Administrador em prover as vagas, em decorrência da debilidade orçamentária, não pode servir de escusa para o descumprimento daqueles direitos e, por outro lado, já tarda demais a interpretação de que as normas que concedem tais direitos não são meramente programáticas, mas sim comandos que impõem deveres ao Poder Público, de modo a serem observados irrestritamente. Não

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 436.996. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2006.

existe discricionariiedade administrativa ou poder de escolha quando o critério de eleição tenha sido objeto de definição constitucional.¹⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, nos parece que conseguimos demonstrar que o direito à educação é direito fundamental, posto direito social, acolhido pelo nosso ordenamento constitucional como direito público subjetivo, conseqüentemente oponível em juízo frente ao Estado. A sua efetivação pelo Poder Judiciário atualmente é admitida tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

REFERÊNCIAS:

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 436.996. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 575.280. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 2 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 079.260.0/9-00. Relator: Dês. Mohamed Amaro. São Paulo, 4 de novembro de 2002. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>. Acesso em: 13 mar. 2006.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 123.676.0/1-00. Relator: Des. Sidney Romano. São Paulo, 5 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>. Acesso em: 13 mar. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 123.676.0/1-00. Relator: Des. Sidney Romano. São Paulo, 5 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>. Acesso em: 13 mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas públicas*. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em 11/5/2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito à educação*. Rio de Janeiro: Alba, 1933.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. Direitos Econômicos e Sociais. In: TRINDADE, A.A.C. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. Apud. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.