

Mínimo existencial na hermenêutica da jurisprudência brasileira referente às políticas públicas relativas ao direito à educação

Minimum existential in the hermeneutics of the Brazilian jurisprudence referring to the public policies concerning the right to education

Alexandre Godoy Dotta¹

Centro Autônomo Universitário do Brasil, Brasil
godoydotta@icloud.com

Rodrigo Maciel Cabral²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
rmacielcabral@gmail.com

Resumo

O presente trabalho tem como foco o estudo do conceito jurídico de “mínimo existencial”, tomando-se como substrato de análise a jurisprudência brasileira na matéria. Estabelece como premissas que: (1) diante da omissão da administração pública brasileira para o desenvolvimento da educação no Brasil, os direitos sociais não estão sendo garantidos de forma igualitária; (2) com a crescente necessidade do acesso ao direito à educação, este direito fundamental social passa a ser questão de constante apreciação pelo Poder Judiciário; e (3) por sua vez, o Judiciário passa a analisar esse direito fixando um parâmetro mínimo necessário para uma vivência digna. A partir dessa realidade, a pesquisa visa analisar o conceito de mínimo existencial em matéria de educação. Foram consideradas a doutrina e a legislação, mas as conclusões reportam-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Conclui com uma reflexão sobre as consequências jurídicas do posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema: a implementação de uma equivocada e reducionista hermenêutica judicial sobre o direito à educação.

Palavras-chave: mínimo existencial, políticas públicas educacionais, direitos à educação, jurisprudência.

¹ Professor pesquisador da Escola de Direito e Humanidades do Centro Autônomo Universitário do Brasil. Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, PR, Brasil.

² Acadêmico de Iniciação Científica Voluntária – PIBIC. Acadêmico do curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Rua Imaculada Conceição, 1155, Prado Velho, 80215-901, Curitiba, PR, Brasil.

Abstract

The present work focuses on the study of the legal concept of “existential minimum”, taking as a substrate of analysis the Brazilian jurisprudence. It establishes as premises: (1) in case of omission of the Brazilian Government for the development of education in Brazil, social rights are not being guaranteed equally; (2) with the growing need for access to the right to education, this fundamental social right happens to be a matter of constant appreciation by the judiciary; and (3) in its turn, the Judiciary starts to analyze this right by fixing a minimum required parameter for a worthy experience. With this reality in mind, this research aims at analyzing the concept of the existential minimum in the field of education. Scholarship and legislation were considered, but the conclusions refer to the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. We reach a conclusion with a reflection on the legal consequences of the positioning of the higher courts on the subject: the implementation of a wrong and reductionist legal hermeneutics of the right to education.

Keywords: existential minimum, public policies of education, rights to education, jurisprudence.

Introdução

A evolução da educação no Brasil ocorreu de forma diferenciada dos países europeus e demais países latinos. O império brasileiro deixou a seguinte herança no âmbito educacional: o ensino superior voltado às elites, o ensino primário jogado às margens e o ensino médio financiado pela iniciativa privada (Oliveira, 2004). Esses fatores contribuíram para que os governantes não levassem adiante um projeto sólido de educação, deixando de promover políticas públicas realmente proveitosas ou serviços públicos de qualidade neste âmbito (Morettini e Schier, 2016).

Com o surgimento do pós-positivismo e do constitucionalismo contemporâneo, emerge o fenômeno da constitucionalização do Direito, pelo qual há a irradiação dos efeitos e valores contidos nas normas constitucionais aos outros ramos do Direito (Silva, 2008). Assim, sendo a Constituição fonte axiológica vigente, o Poder Judiciário passa a ser seu intérprete e aplicador. Neste contexto, vislumbra-se que a via judicial possa ser ao meio para que as minorias alcancem a efetivação dos direitos fundamentais. Com a educação não é diferente: são milhares de ações propostas no Judiciário com o intuito de alcançar sua efetivação. A título ilustrativo cita-se que:

A Defensoria Pública do Estado [de São Paulo] ingressou neste ano com 400 ações judiciais para obrigar a Prefeitura de São José dos Campos a garantir matrícula para crianças em creches e escolas infantis da cidade. Foram, em média, 50 pedidos de liminar por mês. Nem todos foram acolhidos (*O Vale*, 2016).

A política pública educacional e a legislação brasileira fornecem meios para ser conhecido o que é necessário em matéria de educação, assim como o que não é. As decisões judiciais – pelo controle de constitucionalidade por via difusa – fazem o mesmo para cada caso concreto. Os diversos posicionamentos doutrinários também trazem propostas divergentes entre si acerca do mínimo para uma vivência digna. Dessa maneira, a educação passou a ser discutida na medida da possibilidade, e não mais da necessidade.

Desta maneira, parece pertinente e atual ser realizada uma análise sobre o mínimo existencial e, neste sentido, o presente trabalho busca pela perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em decisões proferidas entre os anos de 2010 e 2015, qual é o mínimo existencial em matéria de educação. Os termos pesquisados foram: “Mínimo Existencial”, “Mínimo Existencial Educação”, “Ensino Fundamental”, “Ensino Público”, “Ensino Superior”, “Direito à educação” e “Educação especial”, dentre as decisões colegiadas. Essa análise é também elaborada em cotejo com o posicionamento da doutrina e conteúdo da legislação. Finalmente, é cabível uma reflexão acerca das decisões judiciais fundamentais na matéria, analisando se ela realmente corrobora para a efetivação e garantia do direito à educação constitucionalmente prevista.

Omissão Estatal e judicialização do direito à educação

Um direito fundamental social (que exija prestações positivas do Estado) não demanda somente uma

obrigação imediata de patrocínio Estatal, mas sim um complexo encadeamento de atos governamentais que visem a satisfação da necessidade social. São necessárias, portanto, políticas públicas de implementação. Registre-se o conceito de políticas públicas enquanto “campo de conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)” (Souza, 2006, p. 26).

As políticas públicas passam por um processo de elaboração e efetivação intrincado, com o objetivo de planejar a ação, salvaguardar a segurança jurídica e a produção dos resultados sem desvios de finalidade. Ana Luíza Viana (1996) assevera que qualquer política pública é composta por várias fases. A primeira fase é a construção da agenda, pela qual há a instituição de uma lista de problemas ou assuntos que atraem a atenção do governo e da sociedade. A segunda fase é a formulação de políticas públicas, marcada pela elaboração de alternativas para os problemas inicialmente propostos e escolha de uma delas para executar. A terceira é a implementação, colocada como um processo de encontro de interesses de atores governamentais e não-governamentais, pelo qual há a mobilização de recursos visando a efetivação de objetivos. A última fase é a avaliação das políticas públicas, realizada durante o processo de implementação e também quanto aos efeitos dos resultados da política pública já implementada (Viana, 1996).

Enquanto provedor máximo, o Estado deve agir de forma a conciliar os investimentos e gastos públicos, pautando-se na previsão constitucional e legal dos direitos sociais. O artigo 208 da Constituição Federal que versa sobre a efetivação do direito à educação é claro ao estabelecer que não se trata de uma possibilidade, mas sim de um dever estatal e, portanto, não há de se invocar quaisquer obstáculos como forma de barrar a ordem constitucional no acesso à educação, não tendo o administrador público qualquer discricionariedade para cumprir ou não a ordem constitucional (Pessoa *et al.*, 2015).

Porém, não é o que se encontra na realidade brasileira: tendo em vista a presença constante do des-caso político em resolver os anseios sociais, é de se concluir que a omissão estatal – quando o Estado tem o dever de agir, especialmente na garantia dos direitos fundamentais, mas não o faz – não respeita também o dever estatal contido no dispositivo constitucional supracitado. Isto posto, constata-se a existência uma enorme deficiência do poder público e uma crescente busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais no âmbito jurisdicional.

Neste rol, deve-se destacar um dos grandes precursores do desenvolvimento social: o direito à educação. Cabe ressaltar que a noção contemporânea de desenvolvimento não abrange somente o aspecto econômico, mas sim um direito formado por múltiplas dimensões (Taveira, 2014; Hachem, 2013b). Trata-se, neste momento, de um direito a ser propagado à sociedade, almejando a construção de uma nação cada vez mais avançada. Uma vez que este direito não é concedido diretamente pelas vias administrativas de acesso ao poder público (negativa de disponibilização de vaga em escola pública, por exemplo), isso faz com que a população comece a procurar cada vez mais o Poder Judiciário, e logo começa a emergir o fenômeno da judicialização do direito à educação (Gervasoni e Leal, 2013).

Deve-se levar em consideração algumas características sobre as ações judiciais que dizem respeito a este fenômeno. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que se trata no geral de processos judiciais que têm por objetivo a disponibilização de vaga em creches ou pré-escolas municipais (Wang, 2008). Raras vezes se encontra dentre os julgados de vários tribunais ações concernentes à educação que se referem a outro nível de ensino (ensino fundamental, ensino médio) – estas, em sua maioria não são ações que tratam sobre o acesso à educação, mas sim ações relativas a cobranças de débitos, regularização de série de ensino, dentre outras (exemplos são a Ag.Inst. 1.511.886-8/TJPR e a Ap. 1.432.365-2/TJPR).

Em segundo lugar, vê-se que na maior parte das decisões pesquisadas, o pedido é realizado por intermédio de mandado de segurança e ações ordinárias individuais, tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto (as duas decisões utilizadas para análise desta pesquisa, por exemplo, são ações individuais). Considerando que a omissão estatal torna-se ato ilegal, entende-se também que a indisponibilidade de vaga em creches da rede pública é ato abusivo de autoridade, impedindo o alcance de direito líquido e certo, ensejando impetração de mandado de segurança, previsto no artigo 5º, LXIX, da Constituição:

[...] conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (Brasil, 1988).

Desta maneira, estas ações judiciais, em sua maioria, são mandados de segurança impetrados por advogado particular ou ainda ações ordinárias ajuizadas pela Defensoria Pública (O Vale, 2016), o que demonstra

a preferência pela individualização de cada caso. Outra característica proveniente destas ações judiciais é a banalização do direito à educação propriamente dito. É banalizado *lato sensu*, desde a formulação e elaboração de uma tese jurídica pelos advogados até na fundamentação da sentença ou acórdão, pelo órgão julgador. Como os direitos fundamentais devem ser estendidos ao maior número de pessoas possível, a fundamentação realizada por todos os componentes da relação jurídica processual também é a mais ampla o possível, o que acaba por muitas vezes desqualificando o próprio direito. Inegavelmente, são vários os fatores que contribuem para a intensificação do fenômeno da judicialização do direito à educação. A omissão estatal é o que interliga todos os outros fatores, sendo também o propulsor deste fenômeno. Feitas tais considerações, torna-se relevante questionar o que em matéria de direitos sociais pode ser exigido em face do Estado, ou ainda qual seria um parâmetro mínimo exigível, em se tratando do direito à educação.

Os embasamentos doutrinários e legais sobre o mínimo existencial em matéria de educação

O fenômeno da constitucionalização do Direito trouxe consigo uma carga valorativa muito expressiva, fazendo com que os direitos fundamentais tivessem mais relevância no mundo jurídico. A Constituição passa a centralizar os direitos fundamentais, uma vez que tem como marco filosófico o pós-positivismo (Barroso, 2005), valorizando cada vez mais o ser humano como ser que carece de uma axiologia robusta. Dentro do rol de direitos fundamentais deve-se estabelecer alguns parâmetros, encarregando o Estado de arcar com determinadas prestações necessárias para uma vivência digna independente de sua vontade: o mínimo existencial (Bitencourt Neto, 2010).

Todavia, o mínimo existencial pode muito bem ser utilizado como um argumento constitucional factível, inflexível e sem oposições, assim como pode ser considerado algo maleável no tocante aos princípios e valores vigentes em determinada sociedade (maleável, pois, de acordo com os anseios sociais pode ser modificado). Alguns poderão julgar a educação como fonte de extrema importância para o desenvolvimento, enquanto outros podem entendê-la como um impasse). Portanto, para sua apreciação e estabilização é imprescindível a presença de um lastro substancial que agregue o sistema jurídico à real atuação do Estado e ainda à vida concreta (Gabardo, 2011). Bitencourt Neto (2010) afirma

a ideia do lastro substancial, reconhecendo ser possível a identificação de um conteúdo do mínimo existencial mediante a análise dos preceitos jusfundamentais, os anseios sociais e os padrões razoavelmente estabelecidos por determinada sociedade.

O mínimo existencial pode ser analisado por dois prismas: o negativo, pelo qual é utilizado como defesa do indivíduo contra intervenções estatais que retirem direitos essenciais para sua sobrevivência digna; o positivo, que trata da necessidade de prestações positivas do Estado, destinadas a garantir a vivência digna do cidadão, propiciando condições materiais (Hachem, 2013b). Analisa-se, neste primeiro momento, o mínimo existencial pela óptica positiva, a fim de saber o que é exigível em face do Estado, ou seja, o conteúdo do núcleo do mínimo existencial. Neste sentido, surgem algumas teorias acerca do conteúdo do mínimo existencial. Ingo Sarlet (2012) caracteriza este conteúdo de modo exemplificativo, colocando neste núcleo do mínimo existencial a saúde, educação, moradia, alimentação, direito a uma renda mínima, direitos essenciais inerentes ao trabalho, fornecimento de serviços básicos tais como água, saneamento, energia elétrica, transporte, além do direito a uma renda mínima. Outrossim, Barcellos (2008) coloca o mínimo existencial escorado em quatro pilares: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Por sua vez, Bitencourt Neto (2010) afirma que fazem parte do rol de direitos fundamentais para uma existência digna os direitos à alimentação, moradia, ensino fundamental, saúde básica, vestuário e acesso à justiça.

Vê-se que os posicionamentos dos autores em questão trazem, cada um, diferente rol de direitos que compõem o núcleo do mínimo existencial. Porém, apesar destas divergências, é ponto convergente o entendimento de que o direito à educação integra o mínimo para uma existência digna. Isso ocorre pois o direito à educação não pode ser considerado somente um direito social que exige uma prestação positiva estatal, mas sim um direito intrínseco ao ser humano, parte de sua vida (Martins, 2004). Partindo de tais considerações, parece razoável que se busque dentro do próprio direito à educação um núcleo essencial identificador do mínimo existencial.

Primeiramente, cabe analisar o que é proporcionado para os estudantes em cada etapa que constitui a educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), do ponto de vista do próprio Estado (Portal do Brasil, 2012). O Ministério da Educação entende a educação infantil como desenvolvimento físico, psicológico, intelectual e social da criança e diz ainda

ser um trabalho complementar àquele realizado pelas famílias. Na verdade, o dever da família com a educação trazido pelo art. 205 da Constituição Federal, deve ser entendido como o dever que os pais têm “de escolher o gênero de educação a dar a seus filhos e como o dever, propriamente, de assegurar a educação a eles”, ou seja, dever de garantir o acesso à educação (Maliska, 2001). Em verdade, trata-se de desenvolvimento cognitivo motor, fase esta em que se busca cada vez mais incentivar a criatividade e o raciocínio da criança. No que tange o ensino fundamental, a Governo Federal afirma que ao completar o ensino fundamental o aluno deve ter domínio da leitura, escrita e cálculo, chegando a afirmar que esta etapa corresponde “a formação mínima que deve ser garantida a todos os brasileiros, de qualquer idade” (Portal do Brasil, 2012). O Poder Executivo Federal, através do Ministério da Educação, traz a primeira noção do mínimo existencial educacional: para este ente federativo, este mínimo está pautado no fornecimento do ensino fundamental a todos. Por sua vez, o ensino médio é atribuído aos Estados e tem como objetivos a preparação para o trabalho e para a vida em sociedade, além da formação de pensamento crítico.

Passando para a análise do posicionamento doutrinário, Barcellos (2008) propõe o mínimo existencial em matéria de educação a ser fixado na educação fundamental, ou seja, da primeira à nona série do primeiro grau, pautada no artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/1996):

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social (Brasil, 1996).

A autora ainda elenca algumas das possíveis críticas a este mínimo, haja vista que pode ser considerado ínfimo se relacionado à crescente necessidade de níveis mais altos de educação exigidos pelo mercado de trabalho. Em contrapartida à esta crítica, a autora levanta índices que demonstram que os brasileiros possuem um nível de escolaridade ainda menor. De modo geral, afir-

ma que este mínimo provavelmente não assegurará projetos e capacidades de algumas pessoas, porém garante um lucro para muitos outros. A ideia aqui trazida pela autora é que o mínimo existencial não precisa garantir o esgotamento de todas as fases de educação, uma vez que se deve levar em conta a situação fática a ser enfrentada pelo administrador público.

Apesar das críticas que podem ser formuladas, o posicionamento defendido acima tem respaldo enraizado na legislação. Explorando o que foi trazido pelo artigo 32 da LDB, vê-se que o artigo específico não prevê somente uma formação escolar, mas também um aprendizado capaz de propiciar um desenvolvimento sociocultural que prepara a criança e o adolescente para a vida em sociedade, fortalecendo “os laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social”. Destarte, o legislador coloca no ensino fundamental a importância dos valores sociais para uma vivência harmoniosa e saudável. Por outro viés, não se pode colocar a situação fática a ser enfrentada pelo administrador público como fundamento do não provimento da educação em todas as suas etapas, sob pena de ser realizada uma interpretação arbitrária. Refere-se aqui a um dos direitos fundamentais que servem de alicerce à toda sociedade e, portanto, deve ser garantido de forma ampla e eficaz, capaz de garantir a plenitude de uma vida digna. Não se trata de obrigar o Estado para que este garanta o esgotamento de toda a fase educacional nas escolas, mas sim de uma obrigação com o próprio desenvolvimento do país, imposta pela legislação constitucional e infraconstitucional, ou seja, a situação fática a ser encarada pela sociedade.

Outro posicionamento sobre este assunto é estabelecido por Daniel Wunder Hachem (2013a), que postula um mínimo existencial em matéria de educação composto por educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, abrangendo desde os anos iniciais escolares até a conclusão do ensino, excluindo, então, o acesso ao ensino superior (destacando, porém, que este está incluído no direito fundamental social à educação). Vale ressaltar que ambos os posicionamentos doutrinários não são contrários, mas sim complementares entre si, tendo em vista que a provisão do ensino básico completo engloba, por óbvio, o ensino fundamental. Todavia, a hipótese trazida pelo autor é a mais coerente com a realidade e com a necessidade social, estando perfeitamente de acordo com os preceitos Constitucionais e legais. Vale também enaltecer a importância do artigo 35 da LDB, que regulamenta o ensino médio no Brasil e é deveras importante no tocante às finalidades ali elencadas. Destaque-se, neste artigo, que uma das finalidades

atribuídas aos três anos que compõem o ensino médio é a preparação básica para o trabalho e a cidadania, bem como o desenvolvimento do pensamento crítico e a consolidação e aprofundamento dos conhecimentos obtidos nos anos anteriores (Gorczewski, 2005; Hachem, 2013a). Note-se, ainda, que a regulamentação constitucional do ensino médio se dá pela “progressiva universalização”, o que não desqualifica a importância deste nível de ensino. Em verdade, mostra que o ensino médio é tão importante quanto aos anos que o antecedem e, portanto, deve-se cada vez mais progredir e desenvolver um sistema educacional apto a garanti-lo.

A inclusão do ensino médio no mínimo existencial educacional se justifica também pelo fato de que o ensino médio não significa somente o fim de uma fase da educação, uma vez que compactua com maior probabilidade de inserção dos jovens no mercado de trabalho. Mesmo antes das últimas alterações realizadas na LDB, uma das finalidades do Ensino Médio já era a preparação para o mercado de trabalho (art. 35, inciso II da Lei nº 9.394/1996). A educação é imprescindível para inserção do indivíduo no mercado de trabalho, “ainda mais nos dias atuais, em que o preparo intelectual razoável do trabalhador é julgado como elemento indispensável até mesmo na realização de tarefas consideradas, em princípio, como trabalho não intelectual” (Maliska, 2001, p. 161).

Ainda quanto à legislação vigente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) tem importante atuação no direito à educação, pois diferentemente dos outros diplomas legais, em seus artigos 53 a 59 ele traz à tona maior proteção dos direitos do estudante e, assim, junto à LDB e à Constituição, corrobora para a efetivação e garantia do direito à educação como um todo. Este diploma não deixa que ocorra somente o provisionamento de qualquer direito à educação, mas sim de um direito que é obrigado a acautelar os apontamentos trazidos em relação à proteção e aos direitos do menor infante (direito de ser respeitado pelos educadores, igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, entre outros previstos no rol do artigo 53).

Infelizmente, apesar de toda esta construção legal e doutrinária, a efetivação dos direitos ali elencados ainda não é satisfatória, em boa parte em razão de uma Administração Pública ineficiente (Bucci, 2002). De todo modo, independentemente das questões concernentes à gestão pública, na medida em que inércia e omissão estatais sejam ilegais e inconstitucionais, há necessidade do acesso à educação por meio de ações judiciais. Logo, sem prejudicar a apreciação feita pela lei e pela doutrina, é imprescindível um cotejo analítico

jurisprudencial, a fim de descobrir qual é o mínimo existencial em matéria de educação do ponto de vista dos órgãos julgadores, em posição de intérpretes privilegiados da Constituição Federal.

A educação como direito subjetivo público

A Constituição da República elenca o acesso à educação como direito público subjetivo (art. 208, §1º), “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, sendo tal dispositivo comprovado pelas decisões estudadas. O problema que se encontra na transformação pura do direito à educação em direito subjetivo é a forma e por quem ele é utilizado, sendo tais deturpações fontes de desconstrução do direito à educação propriamente dito, senão vejamos.

O direito subjetivo, como dito, é aquele em que o possuidor deste direito tem a faculdade de agir, sendo tal faculdade trazida por um direito objetivo (positivado). Em se tratando de direito fundamental de segunda geração, “la titularidad sobre estos derechos reside en la colectividad como un todo, o bien en aquellos grupos de personas cuyos integrantes comparten alguna calidad en común” (Solís, 2010, p. 155). Assim, sendo direito subjetivo público, vê-se que o art. 208, §1º traz a possibilidade (faculdade) de buscar o acesso à educação por meio de uma exigência (judicial ou extrajudicial) em face do poder público. É a positivação da judicialização da educação.

Quando ajuizada uma ação em face do poder público visando a disponibilização de vagas em creches e pré-escolas, a legitimidade ativa é do infante absolutamente incapaz, sendo representado pelos seus genitores. A fim de alcançar o mínimo existencial trazido pela jurisprudência, vê-se que em um primeiro momento, não se trata de direito à educação pelo simples fato de que não se busca um desenvolvimento completo do menor infante. Em um segundo momento, percebe-se que o que se pretende com essa ação é o alcance de um direito dos próprios representantes legais. Em outras palavras, quando se judicializa a educação a fim de alcançar esse mínimo para uma vivência digna não se enseja o direito à educação, em verdade se busca um direito que os representantes legais têm em buscar um lugar para deixar seus descendentes, possibilitando, por exemplo, o exercício de suas atividades laborais, entre outras. Há clara deturpação da titularidade subjetiva do direito e do próprio direito.

O direito subjetivo a que a Constituição Federal se refere no tocante à educação é o de que qualquer um pode exigir em face do poder público uma prestação positiva a fim de efetivar o direito social em questão, porém, no caso concreto a subjetividade é utilizada para alcançar um direito do representante legal, não mais a educação do infante, caracterizando a deturpação. O direito à educação deveria ser idealizado por um interesse no desenvolvimento do menor (acesso à educação, propriamente dito) e não de interesse subjetivo de seus representantes (forma de assistência).

A jurisprudência enfraquece o direito subjetivo público, confundindo o direito à educação com os direitos dos trabalhadores trazidos pelo art. 7º da Constituição. Este artigo, em seu inciso XXV, elenca como direito do trabalhador a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”. Portanto, a subjetividade aqui envolvida garante o acesso “à educação” como, na realidade, um direito assistencial aos pais que não têm onde deixar seus filhos quando vão trabalhar. Consequentemente, direciona-se a outra característica do direito à educação conforme este mínimo construído pela jurisprudência: se, em caráter primeiro visa-se alcançar o direito do representante, o direito à educação não é o objetivo maior das ações que buscam o acesso à vaga em creches e pré-escolas, mas sim um direito secundário.

Importante também é a discussão acerca da subsidiariedade do mínimo existencial aqui envolvido. Um dos argumentos trazidos nos próprios acórdãos anteriormente analisados (contatando-se a contradição em firmar o mínimo existencial em um patamar ínfimo) é o de que os direitos fundamentais devem ser tomados como prioritários pelo poder público, principalmente no momento da efetivação do mínimo necessário para uma vida digna. Diante desta alegação, vê-se que o mínimo existencial deve prevalecer sobre todas as outras prioridades do poder público, tomando lugar de destaque na agenda dos administradores públicos. A prioridade com que deve ser tratado mostra o papel primário e principal do mínimo existencial, devendo o Estado garantir o direito fundamental em sua totalidade.

Não há de ser falar, portanto, em subsidiariedade presente na previsão constitucional do direito à educação. Exemplos são os artigos 209, 213 e 227 da Constituição, que tratam sobre a educação, vê-se que “estes artigos muito mais possibilitam uma atuação concertada entre o Estado e a sociedade civil, mediante o exercício da participação popular, do que propriamente estabelecem um caráter “secundário” ou “acessório” da atuação

estatal” (Gabardo, 2009), a contrário senso do posicionamento firmado pelo Ministério da Educação supracitado no referente à atuação estatal como continuidade do dever da família.

Não menos importante, as decisões analisadas oferecem um grande impulso para a depreciação da educação, sendo tal depreciação ofertada pelos três vértices de uma relação jurídica processual, quer sejam autor, réu e juiz. Pelo autor, ocorre como acima explicitado, visando a obtenção de vantagem para o representante, e não objetivando o direito constitucionalmente previsto do menor (Souza, 2010). Pelo réu, geralmente autoridades públicas que possuem competência para tomar decisões, ocorre em mais de um momento: (a) quando de sua omissão ou inércia que ensejou o ajuizamento da ação, mostrando desrespeito ao direito à educação; inclusive, o administrador público deveria tomar as decisões quanto à destinação do erário com maior participação popular, garantindo a transparência e eficiência do Poder Público na destinação de recursos para a efetivação dos direitos sociais (cf. Balestero, 2011). (b) quando utiliza-se de qualquer argumento (em sua defesa processual) simplesmente com o intuito de excusar-se de sua obrigação legal. Veja-se, por exemplo, a reiteração da tentativa de argumentar sobre a reserva do possível nos acórdãos analisados, assim como da tentativa de argumentar sobre a separação de poderes (Apelações Cíveis e Reexames Necessários nº 1.648.281-2, 1.642.424-3, 1.570.986-7, 1.570.043-7, entre outros recursos julgados no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná), tendo por objetivo excusar-se da obrigação Constitucionalmente prevista.

O papel do juiz enquanto colaborador desta banalização fica claro. Cabe aos juízes a interpretação e aplicação da norma Constitucional no caso concreto. Porém, como restou demonstrado anteriormente, há grave problema na hermenêutica constitucional no que tange à conceituação do próprio direito à educação. Deste modo, tendo em vista que é função da Jurisdição Constitucional a delimitação do conteúdo do mínimo existencial (Sarlet e Zockun, 2016), a equivocada interpretação acaba por comprometer a tutela jurisdicional da educação quando fixado o mínimo existencial em parâmetro incluso no rol de direitos do trabalhador, e não do direito à educação em si. O juiz tem de enfrentar a maior dificuldade do processo de interpretação e concretização dos direitos fundamentais: definir uma concretização adequada a estes direitos (Conselvan, 2009). Como consequência, se não há a interpretação adequada da norma, compromete-se a concretização dos direitos fundamentais em desrespeito à ordem Constitucional vigente.

Análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Não é fácil descobrir a específica posição da jurisprudência brasileira em um contexto de forte volatilidade hermenêutica do Poder Judiciário. Esta dificuldade se intensifica em se tratando de direitos fundamentais de alta complexidade de implementação. Todavia, do ponto de vista investigativo é possível estabelecer alguns recortes metodológicos na tentativa de realização da investigação proposta. Um deles pode ser a restrição da pesquisa do ponto de vista temporal (determinado período) e orgânico (específicos tribunais a serem considerados).

Esta análise baseia-se, portanto, em um estudo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2010 e 2015. Os termos pesquisados foram: “Mínimo Existencial”, “Mínimo Existencial Educação”, “Ensino Fundamental”, “Ensino Público”, “Ensino Superior”, “Direito à educação” e “Educação especial”. Ainda, cabe ressaltar que foram analisadas apenas as decisões colegiadas, tendo em vista a busca por entendimento enraizado destas Cortes. A intenção da pesquisa foi atingir o maior número de julgados possíveis que tratassem sobre o mínimo existencial em matéria de educação. Tal escopo não foi fácil de atingir, considerando que a jurisprudência não enfrenta a matéria tão adequadamente quanto se poderia esperar.

Reforçam-se aqui as observações realizadas quando abordada a omissão estatal e o fenômeno da judicialização da educação: as ações tratam sobre a disponibilização de vagas em creches e pré-escolas, por meio de Mandados de Segurança ou Ações Ordinárias e muitas vezes o direito à educação é banalizado. A jurisprudência não entende o tema em questão de forma sólida. E isto é comprovado pelo fato de que, por mais que se busque nos julgados dos Tribunais em questão por meio de vários termos e critérios de pesquisa, existem apenas um julgado do Supremo Tribunal Federal e um julgado do Superior Tribunal de Justiça que efetivamente se utilizaram do mínimo existencial em matéria de educação (dentro do período pesquisado), fixando um parâmetro mínimo. Ambos são provenientes do critério de pesquisa “mínimo existencial educação”.

O Supremo Tribunal Federal traz à tona o mínimo existencial educacional por meio do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, caso este em que o Ministério Público do Estado de São Paulo visa a disponibilização de

vaga em creche para infante de até cinco anos de idade, em face do Município de São Paulo. O julgamento foi presidido pelo Ministro Celso de Mello (Relator) e na votação todos foram unânimes. O Relator começa sua argumentação afirmando que a educação infantil representa uma prerrogativa constitucional indisponível que impõe ao Estado a efetivação do acesso às creches e pré-escolas, tendo como consequência uma omissão estatal inaceitável.

O ministro alega que existe uma limitação à discricionariedade do administrador público em se tratando da efetivação deste direito social. A argumentação, em se tratando de descumprimento das políticas públicas previstas pela Constituição, se encerra afirmando que a inércia estatal “traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição”, e não existe “nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente”. A ideia que o relator traz é a de que uma vez prevista na Constituição norma que exija prestações positivas do Estado, não se pode opor nenhum tipo de obstáculo a ensejar sua não efetivação, sob pena de recair em inconstitucionalidade.

No tocante ao mínimo existencial, o Relator levanta um antigo embate entre este instituto e a reserva do possível. Primeiramente, coloca que diante da insuficiência de recursos, a administração pública está sujeita a realizar “escolhas trágicas”, cujo parâmetro deve trazer o aspecto da intangibilidade do mínimo existencial, a fim de alcançar a efetivação das normas programáticas. Em segundo lugar, afirma que o mínimo existencial é uma construção resultante do art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana) e art. 3º, III (prevê a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais) da Constituição Federal, sendo apto a garantir certas “condições adequadas de existência digna”. Em terceiro lugar, o julgador traz um posicionamento diferente e mais amplo do mínimo existencial, pautado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana de 1948 (Organização das Nações Unidas, 1948, art. 25º):

Artigo 25º: (1) Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (2) A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social

O artigo em questão é mais abrangente do que o conteúdo trazido por Barcellos (2008), uma vez que inclui direito à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e à segurança. Concluindo, aborda o princípio da proibição do retrocesso, alegando que não se pode negar o acesso a níveis já concretizados de prerrogativas constitucionais, salvo a presença de políticas compensatórias (Marques e Dotta, 2017).

Da análise da decisão proferida no Recurso nº 639.337, vê-se que o Ministro relator utiliza-se do instituto do mínimo existencial e da inoponibilidade de obstáculos contra a sua efetivação para garantir o acesso à vaga em creche. Traduz-se então, a colocação do mínimo existencial em matéria de educação no acesso à educação infantil, para crianças de até cinco anos de idade (art. 208, IV da Constituição). Não obstante a mera citação do instituto, Celso de Mello ainda afirma que independentemente de quais sejam os obstáculos a serem enfrentados pela administração pública, deve-se prover o direito pleiteado neste caso, uma vez que esta omissão implica em “vulneração” do próprio direito à educação, “cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário”.

Este acórdão não firma o entendimento sobre o mínimo existencial, de tal sorte que aumenta a incerteza sobre este tema. O Supremo Tribunal Federal não só discorda da doutrina e da legislação, mas utiliza-se do princípio da dignidade da pessoa humana e da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948) para diminuir ainda mais o alcance do mínimo existencial, de tal modo que está contribuindo para a inefetividade do direito.

Por sua vez, merece destaque o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.185.474, de relatoria do Ministro Humberto Martins, no qual o recorrente é o Município de Criciúma, que tinha como pedido a disponibilização de vaga em creche e pré-escola para menor infante; o recorrido é o Ministério Público do Estado de Santa Catarina. A decisão, proferida em 2010, foi unânime.

Já no início de seu voto, o Ministro Relator traz novamente a discussão acerca da reserva do possível e passa a analisar a possibilidade da efetivação dos direitos fundamentais por meio de decisão judicial, tendo em vista o impacto orçamentário. Interessante salientar que o Ministro traz o posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão, apresentando a dimensão triplíce do princípio da reserva do possível: dimensões fática, jurídica e quanto à razoabilidade e proporcionalidade

da prestação. A dimensão fática é relativa à real disponibilidade de recursos que serão destinados para a efetivação dos direitos fundamentais; a dimensão jurídica diz respeito à distribuição de receitas e competências tributárias; por fim, a razoabilidade e a proporcionalidade da prestação são trazidas como um “problema” da reserva do possível, sendo aquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade. Afirma ainda que a dimensão fática está inteiramente ligada ao problema da escassez de recursos e cita de forma indireta o problema das *tragic choices* a ser enfrentado pelo administrador público. Não existem, quando do embate entre mínimo existencial e reserva do possível, escolhas trágicas:

Em outros termos, não há uma escolha trágica no embate entre a teoria da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial, já que sequer conflito existe, notadamente, porque o mínimo existencial, por força constitucional, seja em demanda individual, seja por meio da judicialização de matéria afeta a uma política pública, sempre deverá ter seu chamado atendido por parte do Estado, pois – reitera-se propositadamente – o mínimo existencial, no âmbito dos direitos, acaba configurando a parte última da prestação do direito com dignidade humana. O que pode acontecer, nesse âmbito, são efeitos trágicos que restam da falta de opção justamente por não se ter qualquer escolha (Bolesina e Leal, 2013, p. 101).

Como forma de crítica, Humberto Martins dá um exemplo do que ocorre nas escolhas trágicas, afirmando que o gasto com as festividades e propagandas governamentais pode traduzir-se na inexistência de recursos para o provimento de uma educação de qualidade. Quanto à prioridade dos direitos fundamentais, o Relator aduz a ideia de que o administrador não possui discricionariedade quanto à sua efetivação e, portanto, os direitos relacionados às liberdades civis e os direitos “prestacionais essenciais” não podem receber limitação, tendo em vista que a escassez de recursos é resultante das escolhas do administrador público. Salienta-se que o Ministro relator, no tocante ao mínimo existencial, realiza argumentação de suma importância. Primeiramente, alega que esta tese pode ser uma decorrência da reserva do possível, ou seja, justamente pela escassez de recursos que inabilita o Estado para a satisfação total dos direitos fundamentais, tem-se o direito de pleitear um mínimo necessário para uma vida digna, logo, o mínimo existencial não pode ser postergado, devendo ser tomado como prioridade do poder público.

Humberto Martins ainda afirma que no caso concreto, pelo qual pleiteia-se o acesso à educação infantil, “o objeto do litígio está incluído no rol daqueles cuja

observância é imprescindível para a existência digna”. Em outras palavras, entende-se que o direito à educação infantil é o parâmetro da educação dentro do rol dos direitos incluídos e protegidos pelo mínimo existencial. Outrossim, faz importante observação seguindo a mesma linha de raciocínio de Ana Paula de Barcellos, reconhecendo que o mínimo existencial não se resume ao mínimo para se viver, mas visa também assegurar um mínimo de inserção social. A findar o voto, argumenta sobre a essencialidade da educação para desenvolvimento do ser humano, pauta-se no artigo 54, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de negar provimento ao recurso do Município e ainda aborda a adequação da via eleita, tendo em vista a excepcionalidade do Poder Judiciário em atuar na efetivação dos direitos fundamentais. A incongruência aqui é a seguinte: a administração pública deu causa às questões de ordem econômica que fizeram com que os cidadãos ingressassem com ações para garantir seus direitos a serem efetivados, obrigando o poder judiciário a tomar decisões neste sentido, porém, em grande parte das defesas usadas pelo poder público é recorrente a questão da separação de poderes e a impossibilidade de o judiciário tomar decisões que afetem a discricionariedade da administração pública.

Vale ressaltar que o acórdão do Recurso Especial nº 1.185.474 foi citado no informativo de jurisprudência nº 431/2010, que aborda a impossibilidade da reserva do possível em detrimento do mínimo existencial, assim como os casos de insuficiência de recursos, no quais o Estado deverá comprová-la, não podendo utilizar esse argumento como desculpa da omissão estatal quando da inércia que culmina na não efetivação dos direitos fundamentais. O Ministro Humberto Martins traz o mesmo posicionamento adotado por Celso de Mello, porém utilizando diferente fundamentação. Note-se ainda as semelhanças do posicionamento trazido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça com a tese de Ana Paula de Barcellos: ambos argumentam pela fixação de um mínimo que não busca a plenitude do próprio direito fundamental (todos os níveis de ensino). Porém, a divergência destes mesmos posicionamentos é quanto ao nível de ensino a ser colocado como parâmetro mínimo (Humberto Martins adota como mínimo o ensino infantil, enquanto Ana Paula de Barcellos adere a este mínimo no ensino fundamental).

Partindo, ainda, da argumentação acima trazida, chega-se a percepção de que é a própria omissão estatal que justifica a estabilização do mínimo existencial, ou seja, uma vez previsto um direito no rol de direitos fundamentais (sendo este amplamente protegido pela proibição do retrocesso), o Poder Público deve suma-

riamente assegurar seu provimento, pois caso não o faça, estará incumbido de promover o direito da mesma maneira, mediante a invocação do mínimo existencial como bem que se estende à toda sociedade. Vale ressaltar novamente o direito à educação com qualidade: a inclusão de um direito no rol dos direitos fundamentais não significa, muitas vezes, a provisão imediata deste direito. Portanto, a provisão desse direito também não pode significar qualquer provisão, mas sim uma provisão de natureza satisfativa, a fim de alcançar as finalidades propostas pela LDB. Veja-se, por exemplo, as políticas públicas voltadas à avaliação da qualidade no ensino superior (Dotta, 2016; Dotta e Ricardo, 2017).

A inserção social é abordada pelo Ministro como um dos objetivos do mínimo existencial, e de fato o é, mas não no parâmetro em que foi fixada. O fornecimento da educação infantil não é o suficiente para uma inserção social plena, uma vez que é responsável, principalmente, pelo desenvolvimento cognitivo da criança. Somente após a formação completa no ensino básico em seus três níveis é que se atinge maior probabilidade de inserção social, pois prepara o indivíduo de todas as maneiras possíveis (tanto para a vida em sociedade, quanto para o próprio trabalho).

O mínimo existencial educacional trazido pela decisão proferida no Recurso Especial nº 1.185.474 é contraditório, uma vez que a preparação para o trabalho e para a cidadania é finalidade trazida pelo art. 35, II da LDB (finalidade do ensino médio) o que, portanto, justifica a estabilização do mínimo existencial em matéria de educação no provimento do ensino básico completo. Ainda, “a dignidade da pessoa humana e as normas de direitos fundamentais impõem a atuação estatal voltada à sua otimização, proíbem a fragilização e debilidade de sua eficácia, seja comissiva, seja omissivamente” (Netto, 2010), ou seja, sob um prisma da própria dignidade da pessoa humana, exige-se a criação de condições favoráveis para o desenvolvimento da educação, assim ensejando a inclusão do ensino médio no núcleo essencial que compõe o mínimo existencial neste âmbito. Desta maneira, o direito à educação deve ser entendido, a partir da leitura do art. 205 da Constituição:

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 (Brasil, 1988).

Como direito fundamental que visa o desenvolvimento pessoal, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação do indivíduo para o trabalho. Partindo

desta qualificação, vê-se que um dos problemas da conservação de um mínimo existencial tão inferior é o de que não se trata do direito à educação propriamente dito. Constata-se, a partir da análise dos julgados em questão e do posicionamento doutrinário, que há claro problema hermenêutico no entendimento jurisprudencial sobre o que é o direito à educação propriamente dito, pois o que assegura como mínimo existencial é, em realidade, direito previsto no rol de direito dos trabalhadores, constante no art. 7º da Constituição Federal.

O mínimo existencial é garantido de forma prioritária (argumento trazido pelo Ministro do STJ supracitado), motivo pelo qual não pode ser menosprezado. É contra a própria natureza dos direitos sociais que o aprovisionamento destes direitos não busque o desenvolvimento social pleno. O direito à educação proposto pelos Tribunais Superiores não é direito à educação propriamente dito, escapa à sua natureza educacional intrínseca, direcionando-se a tema de Direito do Trabalho.

Considerações finais

Se a inércia da administração pública ocorre, transfere-se indiretamente a responsabilidade de prover os direitos fundamentais ao Poder Judiciário como aplicador da Constituição. Esta realidade enseja por um lado maior tempo para a tomada de decisões importantes na garantia de direitos fundamentais e, por outro, um grande congestionamento processual nos tribunais. Portanto, a falta de políticas públicas efetivas gera também um ônus ao próprio Poder Judiciário. Além deste ônus, inicia-se o fenômeno da judicialização da educação, pelo qual milhares de famílias buscam a efetivação do direito à educação visando a concessão de uma vaga em creche ou pré-escola, tendo em vista a prevalência do interesse público neste caso, sendo exigível para o alcance de uma vida social adequada e para a proteção de um bem comum – o direito à educação (Gabardo, 2011).

Neste contexto, é indispensável a discussão do que é realmente exigível em face do Poder Público, ou ainda, sobre qual seria um parâmetro mínimo cuja obrigatoriedade envolve, inclusive, a responsabilidade do Poder Judiciário enquanto saneador a inércia estatal. O Ministério da Educação, representante do Governo Federal neste âmbito ao qual foi designado, coloca como mínimo existencial em matéria de educação o ensino fundamental, bastando atingir o domínio de leitura, cálculo e escrita.

Por sua vez, a doutrina mais recorrida traz dois posicionamentos diferentes: mínimo existencial como ensino fundamental, seguindo a interpretação da LDB,

afirmando que este nível de ensino já garantirá um grande lucro para muitos – tese defendida por Barcellos (2008); e mínimo existencial como ensino básico completo, englobando educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, com respaldo no próprio texto Constitucional – tese defendida por Hachem (2013a). Cabe ressaltar a importância que o ensino médio tem para a formação do pensamento crítico bem como para a preparação para a o trabalho (inclusive abrindo mais oportunidades em concursos públicos) e para a vida em sociedade. Portanto, conclui-se como a segunda tese a mais correta. Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do julgamento dos recursos nº 639.337 e nº 1.185.474, respectivamente, fixam o mínimo existencial em matéria de educação na educação infantil, para o acesso à creches e pré-escolas para crianças de 0 a 5 anos. Entre os argumentos utilizados, pelos ministros relatores dos processos acima indicados, estão a inoponibilidade de quaisquer obstáculos em detrimento da efetivação dos direitos fundamentais e a limitação da discricionariedade do administrador público.

O problema é que, com esta interpretação o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acabam por proporcionar a garantia não do direito à educação propriamente dito, mas sim um direito subjetivo à assistência necessária aos pais que não têm onde deixar suas crianças para poderem exercer suas atividades laborais habituais. Deste modo, a garantia mínima para os Tribunais Superiores não visa, de fato, a educação, mas sim um direito subjetivo do trabalhador, instaurado no art. 7º, XXV da Constituição Federal. Não se pode colocar a culpa da má-gestão dos direitos fundamentais somente no Poder Executivo e Legislativo. Por mais que estes sejam seus provedores primários, quando da sua omissão, o Poder Judiciário tem avançado à esfera das políticas públicas para garantir o acesso aos direitos. Paradoxalmente, no caso do mínimo existencial na seara da educação, ele acaba por diminuir a importância da educação como direito fundamental, em um evidente equívoco hermenêutico.

Na visão do STF e do STJ o engendramento do mínimo existencial é voltado para a construção de uma educação superficial, baseada tão somente na educação infantil, contrariando a noção precípua de desenvolvimento como direito fundamental (Gabardo, 2009). Logo, estas decisões são contrárias à Lei nº 9.394/1996, assim como ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que projeta a educação visando a qualidade e o desenvolvimento pessoal das crianças e adolescentes.

Referências

- BALESTERO, G.S. 2011. Direitos Fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 11(46):137-160. <https://doi.org/10.21056/aec.v11i46.203>
- BARCELLOS, A.P. de. 2008. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 396.
- BARROSO, L.R. 2005. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, 240:1-42. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>
- BITENCOURT NETO, E. 2010. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 189 p.
- BOLESINA, I.; LEAL, M.C.H. 2013. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba, Multideia, 146 p.
- BRASIL. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado Federal.
- BRASIL. 1990. Lei nº 8069. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 de julho de 1990.
- BRASIL. 1996. Lei nº 9394. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de dezembro de 1996.
- BRASIL. 2009. Lei nº 12.061. Altera o inciso II do art. 4º e o inciso VI do art. 10 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para assegurar o acesso de todos os interessados ao ensino médio público. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 de outubro de 2009.
- BUCCI, M.P.D. 2002. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo, Saraiva, 298 p.
- CONSELVAN, J.S. 2009. O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 5(5):1-18.
- DOTTA, A.G. 2016. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, 3(3):53-69. <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.49033>
- DOTTA, A.G.; RICARDO, H. 2017. O direito à educação no Brasil e o serviço adequado como garantia fundamental de sua efetivação. In: D. LIBÓRIO; D.E. GUIMARÃES; E. GABARDO (orgs.), *Eficiência e ética no direito administrativo*. Curitiba, Ithala, p. 15-26.
- GABARDO, E. 2009. *Interesse Público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte, Fórum, 429 p.
- GABARDO, E. 2011. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. *Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública*, 394:29-39.
- GERVASONI, T.A.; LEAL, M.C.H. 2013. *Judicialização da Política Pública e Ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba, Multideia, 192 p.
- GORCZEWSKI, C. 2005. Direitos Humanos, educação e cidadania. In: R.G. LEAL; J.R. dos REIS (orgs.), *Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, tomo 5, p. 1279-1304.
- HACHEM, D.W. 2013a. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 13(53):133-168. <https://doi.org/10.21056/aec.v13i53.126>
- HACHEM, D.W. 2013b. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: R.F. BACELLAR FILHO; D.V. HACHEM (coords.). 2013. *Direito Público no Mercosul*. Belo Horizonte, Fórum, 35 p.
- MALISKA, M.A. 2001. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 304 p.
- MARQUES, C.S.P.; DOTTA, A.G. 2017. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. *Revista do Direito*, 3(53):2-22. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.9624>
- MARTINS, R.M.S.F. 2004. *Direito à Educação: aspectos jurídico-constitucionais*. Rio de Janeiro, Letra Legal, 143 p.
- MORETTINI, F.T.R.; SCHIER, A. 2016. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos Direitos Sociais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, 8(3):375-387. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2016.83.10>
- NETTO, L.C.P. 2010. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 242 p.
- OVALE. 2016. Falta de vaga em creches motiva 400 ações Judiciais em São José. Disponível em: <http://www2.ovale.com.br/falta-de-vaga-em-creches-motiva-400-ac-es-judiciais-em-s-o-jose-1.713206>. Acesso em: 11/10/2018.
- OLIVEIRA, M.M. 2004. As origens da educação no Brasil. Da hegemonia católica às primeiras tentativas de organização do ensino. *Ensaio: Avaliação de Políticas Públicas Educacionais*, 12(45):945-957. <https://doi.org/10.1590/S0104-40362004000400003>
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral da ONU, Paris, 217 A III, art. 25. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 11/10/2018.
- PESSOA, F.M.G.; CARDOSO, H.R.; SOUSA, O.A.R. de. 2015. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 15(61):117-144. <https://doi.org/10.21056/aec.v15i61.25>
- PORTAL DO BRASIL. 2012. Etapas do ensino asseguram cidadania para crianças e jovens. Ministério da Educação. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/04/etapas-do-ensino-asseguram-cidadania-para-criancas-e-jovens>. Acesso em: 17/06/2017.
- SARLET, I. 2012. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 512 p. <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>
- SARLET, I.W.; ZOCKUN, C.Z. 2016. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, 3(2):115-141.
- SILVA, V.A. da. 2008. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 191 p.
- SOLÍS, F.V. 2010. Algunos parámetros para la incorporación de los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en la tutela constitucional, legal y judicial del derecho a un ambiente sano en Panamá. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 1(1):149-182. <https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambiental.01.001.AO07>
- SOUZA, C. 2006. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Revista Sociologias*, 16(8):20-45. <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>
- SOUZA, M.C. de. 2010. *Direito Educacional*. São Paulo, Verbatim, 192 p.
- TAVEIRA, A. do V. 2014. O direito à educação e os novos paradigmas do constitucionalismo pós-positivista. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, 6(3):298-309. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2014.63.07>
- VIANA, A.L. 1996. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública (RAP)*, 30(2):5-43.
- WANG, D.W.L. 2008. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, 4(2):539-568. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>

Submetido: 20/06/2017

Aceito: 26/07/2018