

27 DIREITO À EDUCAÇÃO E MÍNIMO EXISTENCIAL: A NECESSIDADE DA EXEQUIBILIDADE DO NÚCLEO ESSENCIAL

Natascha Alexandrino¹

(Aluna do Curso de Mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora)

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira²

(Aluna do Curso de Mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora)

Cláudia Toledo

Professora Associada da UFJF

(Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela UFMG; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela UFSC; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Christian-Albrechts Universität zu Kiel, Alemanha)

Os direitos fundamentais sociais surgiram da necessidade do Estado fornecer prestações positivas aos indivíduos, em prol da igualdade substancial. Entretanto, não é rara a inocuidade dessas previsões, sobretudo pela ausência ou insuficiência de políticas públicas concretizadoras das mesmas.

Para solucionar a citada inocuidade, surge a proposta de Robert Alexy (1985), na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, com base na qual se delimita o *mínimo existencial* que, por sua vez, abrange mais do que a mera sobrevivência física. O *mínimo existencial* sobrepõe-se ao *mínimo vital*, que se refere apenas à garantia da vida humana, sem necessariamente tratar das condições de vida digna (SARLET, 2007).

No contexto brasileiro, entende-se que compõem o mínimo existencial os direitos fundamentais sociais à educação e à saúde. A despeito da relevância do direito à saúde, nesse resumo abordaremos o núcleo essencial do direito à educação, que *diferencia o mínimo existencial do mínimo vital*, ao acrescentar uma dimensão social, cultural e integradora ao aspecto meramente biológico.

Os direitos fundamentais sociais carecem, muitas vezes, de exequibilidade por parte do Poder Público e acabam sendo alvos de demandas judiciais por aqueles que deles necessitam. Nenhum país possui recursos financeiros bastantes para atender, ilimitadamente, às exigências de todos, necessitando-se escolher quais direitos devem ser os efetivados e em que medida (NUNES; SCAFF, 2011). Esses limites orçamentários conectam-se ao *argumento da reserva do possível*, resposta frequente dos entes federados nas demandas em que figuram no polo passivo e cujos objetos são prestações positivas fáticas.

¹ Título da dissertação: Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México.

² Título da dissertação: A justiciabilidade do mínimo existencial conforme o pensamento de Robert Alexy: uma análise comparativa entre Brasil e Argentina.

Segundo a construção teórica da reserva do possível, devem-se observar dois elementos: (i) o *binômio interesse individual versus interesse coletivo* e (ii) a disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, salientando-se que tais argumentos não podem ser invocados quando se tratar de prestações que compõem o mínimo existencial.

Alexy (1985) define o mínimo existencial como direito subjetivo definitivo *a priori* que, como tal, não pode ser mais objeto de ponderação. Respeitosamente discordamos do eminente jusfilósofo alemão, pois entendemos que *direitos definitivos a priori não são possíveis*. Ainda que o conteúdo do mínimo existencial mude lentamente, guardando maior delimitação prévia por ter sido definido em consonância com as condições econômicas e sociais de cada país, em cada momento histórico, ele não é definitivo, pois todo direito fundamental é *prima facie*, por ser declarado em princípio. A diferença do mínimo existencial em relação aos demais direitos fundamentais sociais é que, em uma ponderação, terá peso abstrato sempre mais elevado, em virtude de sua essencialidade.

Para a compreensão do mínimo existencial é imprescindível definir o núcleo essencial dos direitos sociais que dele fazem parte. E para tal definição há duas teorias: a absoluta e a relativa. Conforme a primeira, aquele é demarcado *a priori* e sobre ele não caberá qualquer juízo de ponderação. Já para a segunda o referido núcleo será identificado a partir da ponderação dos princípios e interesses em colisão em um dado caso concreto.

O artigo 208 da CF/88 prevê ser a *educação básica* obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade *um direito subjetivo público*, cujo não oferecimento ou oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. Educação básica se divide em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. Mesmo diante da previsão constitucional, faz-se necessário delimitar o núcleo essencial do direito à educação contextualizando-o na própria realidade social brasileira, a fim de conhecer a sua real exequibilidade e evitar retóricas políticas.

Relativamente à *educação infantil*, é dever do Estado ofertar creches e pré-escolas aos educandos até os cinco anos de idade, conforme o inciso IV do artigo 208 da CF/88. Diante do exposto no inciso I do referido artigo, infere-se que a obrigatoriedade estatal com a educação infantil é dos quatro aos cinco anos de idade. Essa previsão não abarca as crianças de zero a quatro anos, o que requer uma interpretação lógico-sistemática e em consonância à teoria relativa para que reste configurada a obrigação estatal em prover a educação infantil para as mesmas. Ressalta-se que é constante na jurisprudência pátria o deferimento de vaga em creche ou pré-escola às crianças que não tiveram o seu direito à educação respeitado pelo ente federativo responsável, no caso, o Município.

Na hipótese de se considerar que apenas a educação infantil está contida no núcleo essencial do direito à educação, dependendo as demais fases de políticas públicas, disposição orçamentária e exercício da cidadania, o núcleo essencial do direito à educação não estará adequadamente protegido. A configuração do mínimo existencial requer que o direito à educação seja mais amplo do que o mero acesso à educação infantil.

O artigo 208, §3º, CF/88, positivou o dever do Poder Público de recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência escolar. Ademais, a própria realidade social convalidou essa etapa educacional como um dever estatal e um direito público subjetivo, sendo tal entendimento pacífico. Conclui-se que *o ensino fundamental também integra o núcleo essencial do direito à educação*.

Questão problemática tange ao reconhecimento (ou não) do ensino médio como componente do núcleo essencial do direito ora analisado. A universalização daquele para os alunos em idade regular e para os que não concluíram na idade recomendada está prevista na meta nº 3 do Plano Nacional de Educação (PNE) e, ainda, a Emenda Constitucional nº59/2009 aduz que a determinação da educação básica como obrigatória seja implementada até 2016.

Nas deliberações parlamentares relativas à referida Emenda, considerou-se o ensino médio obrigatório, pois a proposta para a ampliação da obrigatoriedade do ensino para a faixa dos quatro aos dezessete anos *“recupera o espírito do texto constitucional, que mencionava a progressiva extensão da obrigatoriedade do ensino médio – redação alterada pela Emenda n.º 14/96”* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009) e, ainda, *“a ampliação visa associar o financiamento à garantia do direito, que constitui o fundamento da obrigação do Estado de financiar a educação, como reconhecido pelo PNE”* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Apesar da legislação, especialmente o PNE, e dos debates parlamentares favoráveis, a obrigatoriedade do ensino médio não se mostra exequível em nosso atual contexto socioeconômico. Isso porque, se for obrigatório, a oferta do ensino médio é exigível ao Estado por todo cidadão brasileiro, em qualquer espaço do território nacional, pois essa prestação se apresenta como direito subjetivo. Some-se a isso que, igualmente por previsão constitucional (artigo 208), os programas suplementares de educação, o ensino noturno, o atendimento especializado aos portadores de necessidades especiais e o acesso aos níveis mais elevados de ensino são também declarados obrigatórios.

Na verdade, tal previsão trata-se de ostentação da falência jurídica quanto à efetivação do direito à educação, principalmente na delimitação de seu núcleo essencial. Tudo que é declarado como obrigatório pelo Estado é colocado como direito subjetivo e todo direito subjetivo é exigível

judicialmente. Porém, nas nossas condições socioeconômicas, tanto o ensino médio como o ensino especial não são imediatamente demandáveis, uma vez que dependem de políticas públicas e de ponderação. Por isso, não podem integrar o núcleo essencial do direito à educação, a despeito da previsão constitucional.

Embora o direito positivo afirme que o Poder Público tenha a obrigação de prover o ensino médio como parte integrante do direito à educação, a realidade econômica não permite que isso ocorra, o que demanda até mesmo uma interpretação *contra legem* com o objetivo de assegurar a efetividade do núcleo essencial daquele direito fundamental social.

Diante disso e considerando que o Brasil não consegue oferecer, nesse momento, educação infantil e ensino fundamental adequados para todos, conclui-se que inserir o ensino médio no conteúdo do núcleo essencial do direito à educação seria algo imprudente, já que inexecutável. *Assim, compõem o núcleo essencial do direito à educação no Brasil tão somente a educação infantil e o ensino fundamental.*