



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

**EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ACEPÇÕES E POSSIBILIDADES SOBRE A EDUCAÇÃO E A SAÚDE
NO BRASIL**

GEORGE MAIA DE ALBUQUERQUE

**Brasília
2018**

GEORGE MAIA DE ALBUQUERQUE

**EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ACEPÇÕES E POSSIBILIDADES SOBRE A EDUCAÇÃO E A SAÚDE
NO BRASIL**

Monografia apresentada no âmbito da Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Daniel Augusto Diniz Vila-Nova.

**Brasília
2018**

AAL345e

Albuquerque, George Maia de
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ACEPÇÕES E POSSIBILIDADES SOBRE A
EDUCAÇÃO E A SAÚDE NO BRASIL / George Maia de
Albuquerque; orientador Daniel Augusto Diniz Vila-Nova.
-- Brasília, 2018.
132 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2018.

1. Direitos fundamentais. 2. Efetividade jurídica. 3.
Efetividade social. 4. Direito à saúde. 5. Direito à educação.
I. Vila-Nova, Daniel Augusto Diniz, orient. II. Título.

GEORGE MAIA DE ALBUQUERQUE

**EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ACEPÇÕES E POSSIBILIDADES SOBRE A EDUCAÇÃO E A SAÚDE NO BRASIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Daniel Augusto Diniz Vila-Nova
Professor e Orientador

Janaína Lima Penalva da Silva
Doutora

Ramiro Nóbrega Sant’Ana
Doutor

José Eudes Pereira Pessoa
Especialista

Dedico este trabalho a Deus, provedor de discernimento e iluminação, e à minha família, que me proporciona equilíbrio, incentivo e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, especialmente aos mais próximos, Larissa, querida esposa, e Giulia, amada filha, fonte de inspiração e entusiasmo para que sempre seja encontrada a força necessária para superar qualquer adversidade, e fonte de alegria e de amor incessante, mesmo nos dias mais conturbados.

Também agradeço à minha querida mãe, Dulce, cujos ensinamentos são fundamento do ser que sou hoje, e aos meus irmãos, Ranieri e Livia, que sempre ofereceram companheirismo e carinho, mesmo diante da distância física imposta. Aos parentes, em especial aos primos-irmãos, tenho muita honra pela grande família da qual participo. À família Bezerra de Andrade, em nome do Sr. José Cleiber e Dona Socorro, sinto muita gratidão pelo afeto e respeito sempre desprendidos.

Aos grandes e escolhidos amigos, distantes e presentes, obrigado pela compreensão, paciência e, principalmente, pelo estímulo. Que momentos de pequenas felicidades possam ocorrer com mais frequência, com mais risadas, brindes e boas histórias compartilhadas. Bom sentir que, mesmo quando desconectado do mundo, havia intenções pela vitória vindo daqueles que, costumeiramente, acreditam até mais do que eu no meu sucesso.

Agradeço também à Agência Nacional de Aviação Civil, Anac, por todo ambiente inspirador e pela oportunidade diante do desafio para a conclusão deste curso, aos colegas e, especialmente, aos amigos que acompanharam de perto o desafio desta graduação.

A todos os amigos, colegas e profissionais que fizeram parte dessa jornada na Universidade de Brasília, UnB, especialmente ao professor Daniel Vila-Nova, que acreditou desde o primeiro dia neste projeto e foi um parceiro para a conclusão deste trabalho, meu muito obrigado.

Por fim, a todas as pessoas que, de alguma forma, fizeram parte do meu percurso, eu agradeço com todo meu coração.

*Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo
o nosso dever de cidadãos do mundo.*

Mahatma Gandhi

RESUMO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 normatiza diversos direitos, entre eles alguns caracterizados como fundamentais, mas a vivência demonstra que muitos desses direitos não são concretizados. Isso ocorre devido à ausência de efetividade, que pode ser do tipo jurídica, caracterizada quando o direito é positivado, detém validade, é eficaz, e supera o campo do “*dever-ser*” e atinge o “*ser*”, sendo capaz de produzir efeitos no mundo fático. A efetividade também pode ser do tipo social, quando, além de deter as características da efetividade jurídica, produz os resultados esperados atribuídos pela norma, podendo transformar de maneira significativa a sociedade. A efetividade pode ser restringida, preservada ou até excluída por meio de teorias, como a teoria do mínimo existencial, a cláusula de reserva do financeiramente possível, ou ainda o princípio da proibição ao retrocesso. É possível analisar como se comporta a concretização de um direito a partir da análise de sua efetividade jurídica e social, tendo sido adotado o direito à educação como parâmetro, com a identificação de falta de efetividade jurídica, quanto ao acesso à educação no nível superior, e ausência de efetividade social, quanto à qualidade e os resultados obtidos na educação básica. Sobre as restrições da efetividade dos direitos, foram apresentados julgados do Supremo Tribunal Federal em que era pleiteada a efetividade do direito à saúde, com a apresentação de parâmetros utilizados para a definição de meios assecuratórios ou até impeditivos para a prestação dos serviços de saúde.

Palavras-chave: Direito à educação; Direito à saúde; Direitos fundamentais; Efetividade jurídica; Efetividade social.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 regulates several rights, including some characterized as fundamental, but experience shows that many of these rights are not fulfilled. This is due to the lack of effectiveness, which can be of the legal type, characterized when the law is positive, holds valid, is effective, and surpasses the idea of "being-ought" and reaches the "being", being able to produce effects in the factual reality. Effectiveness can also be of the social type, when, in addition to having the characteristics of legal effectiveness, it produces the expected results attributed by the norm, and can significantly transform society. Effectiveness can be constrained, preserved, or even excluded through theories, such as the Existential Minimum Theory, the Financially Possible Reserve Clause, or the Prohibition of Retraction Principle. It is possible to analyze how the realization of a right from the analysis on its legal and social effectiveness behaves, having adopted the right to education as a parameter, with the identification of lack of legal effectiveness, regarding access to education at the higher level, and lack of social effectiveness, regarding the quality and results obtained in basic education. Regarding the restrictions of the effectiveness of the rights, they were submitted to the Federal Supreme Court in which the right to health was sought, with the presentation of parameters used for the definition of measures to ensure or even impeding means for the provision of health services.

Keywords: Fundamental rights; Legal effectiveness; Social effectiveness; Right to education; Right to health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. Efetividade dos direitos fundamentais.....	17
1.1 Efetividade jurídica.....	21
1.2 Efetividade social	24
1.3 Restrições atribuídas à efetividade dos direitos fundamentais	28
2. Análise da efetividade do direito à educação	45
2.1 Educação como direito fundamental	47
2.2 Efetividade jurídica do direito à educação	51
2.3 Efetividade social do direito à educação	65
3. Análise de restrições aplicáveis à efetividade do direito à saúde	77
3.1 Saúde como direito fundamental	78
3.2 Julgados do STF entre 2006 e 2008.....	83
3.3 Julgados do STF a partir de 2009	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto de curiosidade pessoal e até de uma certa desconfiança da Carta Constitucional que, aos trinta anos, segue a prometer tantos direitos, muitos prestacionais. A constante percepção era de que o seu resultado seria uma ficção, assemelhando a Constituição Federal a uma mera “*folha de papel*”, em harmonia com o pensamento de Lassale¹, mas premente era a crença de que havia uma força emanada pela Carta Magna fundada na pretensão de eficácia, conforme Hesse, que “*procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação à ela*”².

Essa preocupação deu início à pesquisa a respeito das noções sobre eficácia das normas, a ideia de eficácia jurídica e social, conquanto foi identificado que pouco se discutia sobre o impacto que a Constituição Federal deveria trazer e quais os efeitos que tais direitos trouxeram para a sociedade brasileira. Ou seja, existia a compreensão sobre o Direito quanto aos seus princípios, aos meios, aos seus fins, mas pouco quanto às suas consequências, por isso a pesquisa quanto à efetividade dos direitos, tomando os direitos fundamentais como referência, a fim de tentar identificar como e quais os efeitos produz diante dos ditames constitucionais.

O propósito deste trabalho, longe de deslumbrar um caráter utilitarista aos direitos fundamentais, buscou entender o que limitava a exequibilidade da Constituição Federal e de leis que tratavam dos direitos fundamentais, de responsabilidade do Poder Legislativo e Executivo, e a execução de políticas públicas, notadamente de competência deste, tentando ir além do óbvio, já que a resposta padrão era: os recursos são escassos. O estudo abarcou teorias a respeito da efetividade dos direitos, teoria dos custos dos direitos, as teorias que tratam das limitações aplicáveis aos direitos fundamentais, e a compreensão de que o simples acesso a determinado direito não significa que serão observadas as consequências pressupostas.

Sob o aspecto da norma, aborda-se a forma como ela é aplicada no mundo jurídico e fático, sendo indicadas algumas das diversas teorias a respeito de sua utilização e, claro, quanto à sua eficácia, seus efeitos, classificações e a maneira como a doutrina e a jurisprudência distinguem e aplicam essas hipóteses.

¹ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2001, pp. 17-18.

² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991, pp. 19-20.

Para tanto, são muito utilizadas as ideias de José Afonso da Silva, que discorrem sobre a classificação das normas quanto à eficácia e aplicação, dividindo-as em normas de eficácia plena, contida e limitada. Mas, antes disso, o referido autor já trazia concepção relativa à diferença entre a positividade, a vigência, e a eficácia do Direito, alertando que essa última expressão abarca dois sentidos, podendo ser analisada sob a ótica da eficácia jurídica, que “*designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos*”, bem como da eficácia social, que “*designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma, refere-se ao fato de que a norma é obedecida e aplicada*”³.

Também é aludida a noção de direitos fundamentais e a sua importância no cenário jurídico, suas sucessivas dimensões, desde a sua concepção histórica até o seu emprego atual, especialmente quanto aos direitos elencados na Constituição Federal de 1988 e seus efeitos relacionados ao sistema jurídico, jurisprudência e o impacto na sociedade brasileira. Ocorre que se trata de eficácia sob a égide das normas, mas o objeto deste estudo, em verdade, são os direitos fundamentais, adotando-se a visão de Robert Alexy, quanto aos direitos fundamentais sociais: “*Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do particular perante o Estado a algo que o particular, dispusesse ele somente de meios financeiros suficientes e encontrasse-se no mercado uma oferta suficiente, também de privados poderia ganhar*”⁴.

Como premissa, é delineado que a norma não é o fundamento do direito, mas ao contrário, principalmente porque se entende que o rol de direitos fundamentais não se limita ao que está redigido no texto constitucional. Nesse íterim, a Constituição Federal ressalva em seu texto que “*os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*”⁵.

É possível tecer uma correlação entre normas e direitos fundamentais, sendo esses o fundamento para aquelas, ou seja, a norma positiva os direitos fundamentais, por meio de regras e princípios dispostos na Constituição Federal, que exerce o papel de um sistema de normas jurídicas. Para o presente trabalho, será recorrente tratar de eficácia e efetividade de direitos a partir de uma perspectiva que vai além da mera avaliação da norma, incidindo na premissa de que os direitos fundamentais não se confundem com a norma que os expressam.

³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, pp.65-82.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.499.

⁵ Art. 5º, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Ademais, acredita-se que pouca atenção é dada aos aspectos da efetividade da norma e, conseqüentemente, aos direitos que ali estejam assegurados. De acordo com José Afonso da Silva, “*o alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade*”⁶, de tal forma que este trabalho propõe demonstrar que, além da eficácia, os direitos fundamentais, respaldados pelas normas que os positivam, possuem (ou deveriam possuir) efetividade, essencial para a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente dispostos.

Nesse sentido, será demonstrada a noção de eficácia, sob o critério social, também denominada de efetividade. Quanto a isso, pretende-se discutir a efetividade dos direitos fundamentais, ressaltando que a abordagem poderia ser mais abrangente, sob a ótica da efetividade da norma propriamente dita. No entanto, pressupõe-se que a ideia de um escopo mais restrito, elencando apenas o rol dos direitos fundamentais, poderia trazer uma visão um tanto quanto menos teórica, à medida que diversas disputas jurídicas podem ser discutidas considerando os efeitos práticos da aplicação desses direitos.

Isso ocorre especialmente por estarmos em um processo de evolução social entre a positivação jurídica de determinado direito, fruto de uma disputa travada na formulação da Constituição Federal, quando passa a apresentar eficácia jurídica, para que, a seguir, o texto constitucional seja (ao menos parcialmente) aplicado, quando é verificado o acesso aos direitos ali elencados e é possível avaliar o aspecto da sua efetividade.

Outrossim, vislumbra-se que, em disputas judiciais nas quais se discute a aplicação dos direitos fundamentais, muitos fatores deveriam ser levados em consideração, notadamente baseados em teorias a respeito de maneiras como esses direitos podem ser restringidos ou minimamente assegurados.

Ou seja, além da maneira como se comporta a efetividade do direito, também compõe o objeto deste estudo as formas como se tenciona balizar o caráter de eficácia plena dos direitos fundamentais, ainda que, conforme premissa econômica, financeiramente limitado. Esse tema é de notória preocupação da doutrina e jurisprudência, tendo em vista que existe uma tentativa de se definir um ponto de equilíbrio entre o direito assegurado e a capacidade financeira do Estado para provê-lo.

Para tanto, este trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro trata das bases teóricas sobre a noção de efetividade dos direitos fundamentais e a forma como ocorrem

⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 66.

limitações, restrições ou a preservação mínima desses direitos, dando ênfase às teorias aplicáveis a esses casos. O segundo capítulo busca demonstrar como é aplicada a hipótese de efetividade sob o aspecto do direito à educação, discutindo políticas públicas aplicadas e resultados observados. Ressalte-se que tal direito foi escolhido devido à existência de uma interessante base de dados confiáveis para tratar dos efeitos da política pública relacionada à educação no Brasil. Finalmente, o terceiro capítulo pretende demonstrar como são aplicadas as diversas teorias relativas a limitações, restrições ou a preservação mínima dos direitos fundamentais nos tribunais brasileiros, notadamente no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao direito à saúde, novamente utilizando como critério de escolha a base de dados disponível na doutrina e na jurisprudência, ressalvando o entendimento de que tais teorias poderiam ser aplicáveis a qualquer direito fundamental de cunho prestacional⁷.

Com isso, o objetivo é discorrer sobre a noção de efetividade dos direitos fundamentais e sua aplicação, bem como maneiras como essa efetividade pode ser limitada, a fim de se compreender a relação entre a promessa constitucional, os meios como o Poder Público busca aplicar os ditames constitucionais e os resultados observados na sociedade, principal interessada na execução desses direitos.

A intenção é trazer uma outra perspectiva a esses direitos, indo além do seu ponto de partida, qual seja, a norma constitucional, no sentido defendido por Canotilho a respeito de “*direito subjetivo prima facie*”, sob o aspecto de existirem normas que se caracterizam como fundamento para justificar o direito a prestações⁸, mas almejando aproximar-se dos fins ali dispostos, ao analisar a importância dos resultados práticos obtidos pelas ações governamentais, de acordo com suas políticas públicas e em respeito às decisões judiciais que as resguardam ou as restringem.

⁷ Busca-se demonstrar como decidem os referidos Tribunais quanto aos pleitos relacionados ao direito à saúde, a fim de identificar os argumentos utilizados e sua evolução, bem como as restrições atribuídas a esse direito pelos Ministros.

⁸ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1991, p. 1840-1841.

1. Efetividade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são respaldados por sua aplicação imediata prevista constitucionalmente⁹ e possuem um núcleo essencial que deve ser observado irrestritamente, tanto pela visão da garantia em si, quanto da progressividade de seu cumprimento. Essa prerrogativa deve ser observada não apenas sob a perspectiva de acesso aos direitos, mas além, sendo necessária, para o real acatamento dos ditames constitucionais. Assim, pretende-se analisar a relação entre a eficácia que a norma constitucional possui e seus efeitos na sociedade, formulando a noção de efetividade e seus desdobramentos, bem como demonstrar as teorias que buscam garantir que esses direitos sejam observados, e ainda os fundamentos utilizados para a restrição parcial ou até integral desses direitos.

No sentido de interpretação das normas, Branco¹⁰ destaca uma correlação indicando que o princípio da força normativa da Constituição está contido no princípio da máxima efetividade. O princípio da força normativa da Constituição pretende que seja observada primazia “*aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual*”, a fim de obter a máxima eficácia de acordo com o caso concreto.

Sob o ponto de vista da efetividade dos direitos aqui estudado, o entendimento não se limita ao utilizado para a interpretação e valoração das normas constitucionais, que justifica a prevalência da Constituição quando em conflito com outras normas inferiores. Traduzido pelo princípio da máxima efetividade das normas, segundo Canotilho “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*”, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (“*no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais*”)¹¹.

O que se pretende não é discutir hierarquia de normas ou hipóteses de colisão de regras ou sopesar princípios, mas analisar a capacidade que os direitos fundamentais no Brasil possuem para alterar a realidade de quem os pleiteia. Essa vertente não exclui ou diminui a importância do princípio da máxima efetividade, mas, como pretende-se demonstrar, quando a

⁹ Art. 5º, §1º da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina. 2012, p. 1208.

avaliação está relacionada aos direitos fundamentais, não deve ocorrer uma limitação quanto à sua efetivação simplesmente sob uma alegação utilitarista atrelada à análise de custos, em busca de uma melhor eficiência de gastos ou alcance de políticas públicas.

Para tanto, cabe retomar a ideia de eficácia das normas (consequentemente, a eficácia dos direitos que eventualmente sejam assegurados por tais normas), que podem ser classificadas em eficácia jurídica e eficácia social. A eficácia jurídica trata da aplicabilidade das normas, ou seja, diz respeito à existência normativa de um regramento que pode produzir efeitos no mundo jurídico. Em contrapartida, a eficácia social está relacionada à efetividade dessas normas, ou seja, reside na ideia de consubstanciar uma norma do Direito, pois o mundo jurídico é distinto do mundo real. Ou seja, a eficácia jurídica é o meio para que se concretize eventual direito, e essa concretização é exatamente o que se chama de eficácia social, ou efetividade.

Essa visão encontra respaldo no pensamento de José Afonso da Silva¹², que ensina que *“uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social”*, ressaltando que a efetividade está vinculada ao alcance dos objetivos da norma.

A eficácia social, ou efetividade, pode ser analisada sob o enfoque dos direitos ali assegurados. Nesse sentido, Barroso¹³ afirma que a efetividade significa *“a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”*, representando a materialização fática dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Para Sarlet¹⁴, a eficácia jurídica atua na esfera do dever-ser, enquanto que a efetividade se rege no plano do ser, ou seja, *“da realização concreta, no mundo fático, dos efeitos das normas jurídico-constitucionais”*.

Logo, ainda que uma norma se torne aplicável e apta a gerar efeitos, não resulta necessariamente que seja aplicada e, por consequência, que eventual direito seja concretizado. E tal materialização das normas é o que se denomina efetividade, resultando que, segundo Sarlet, *“uma abordagem da problemática da efetividade das normas constitucionais não dispensa a perspectiva da eficácia jurídica”*, afinal de contas, as dimensões eficácia e

¹² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p.66.

¹³ BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.79.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.191.

efetividade não apenas guardam relação entre si, como são complementares e, de certa maneira, se condicionam, visto que a definição a respeito de quais os efeitos potenciais de uma norma constitucional — no plano da eficácia jurídica — e a medida de sua aplicabilidade influencia a decisão quanto ao “*se*” e ao “*como*” da efetiva aplicação do programa normativo e, portanto, de sua efetivação¹⁵.

A noção de efetividade, para Barroso, está atrelada à atuação prática da norma e, no caso dos direitos fundamentais, trata-se da realização das disposições constitucionais que devem ser “*imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma*”. Assim, entende que não apenas o Direito Constitucional e o escopo de direitos por ele protegido, mas a ciência jurídica como um todo, existe para ser realizada, ou seja, visa a tornar-se efetiva, que nada mais é a eficácia social da norma. A efetividade trata da “*atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os interesses por ela tutelados*”, expressando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Portanto, sob o ponto de vista do sujeito, a norma constitucional efetiva é a que possibilita “*a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado*”¹⁶.

A ideia de efetividade está vinculada aos efeitos que a norma ou, sob outro aspecto, o direito propriamente dito, exercem no mundo real. Considerando a premissa de que direitos fundamentais não precisam estar expressos na Constituição Federal, é resgatada a proposta referente ao direito à Paz, apresentado como um direito fundamental de quinta geração, mesmo sem a sua inclusão no texto da Constituição Federal de 1988¹⁷.

Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento¹⁸, atualmente, tende a ser superada a ideia de pressupostos positivistas para fundamentar as ideias de efetividade atreladas à Constituição (constitucionalismo da efetividade ou doutrina da efetividade), enfatizando a fundamentação filosófica dos preceitos constitucionais, que está inserida, inclusive, no campo da atividade judicial. Atualmente, é possível entender que o plano da efetividade e o plano da fundamentação devem ser complementares e inter-relacionados, gerando a tendência ao

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191.

¹⁶ BARROSO, **Eficácia e efetividade do direito à Liberdade**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 2, n. 2, 2001, p. 103.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Direitos Fundamentais & Justiça Vol. 3, Porto Alegre: HS Editora, 2008, pp. 82/93.

¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 175.

estabelecimento de critérios materiais — e não só formais — para a afirmação da efetividade da Constituição.

Outro ponto de vista que pode ser abordado trata da concepção de efetividade adotado pelo Direito Administrativo, em que a eficiência¹⁹ não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. Entende-se que a visão adotada pelo Direito Administrativo é importante para indicar um espectro mais amplo do entendimento a respeito da efetividade, menos atrelada a ideias de eficácia e aplicabilidade das normas, e mais subordinado à ciência da Administração, sob o âmbito público e privado, que pretende estudar os resultados de determinados processos, em conformidade com o que se pretende avaliar neste trabalho.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, a eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa, enquanto que a eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração, ou seja, o sentido é tipicamente instrumental. Por fim, *“a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; destacando-se, nesse sentido, a positividade dos objetivos”*.

Para o autor, é desejável que essas qualificações sejam aplicáveis de forma simultânea, no entanto, é possível assumir que existam condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. Da mesma forma, a conduta poderia não ser muito eficiente, mas, em função da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Seria possível reconhecer condutas eficientes e eficazes que não alcancem os resultados desejados, ou seja, destituídas de efetividade²⁰.

Tais concepções, apesar de compatíveis entre si, não são interdependentes, visto que há ações eficientes que não são eficazes, ou que detenham efetividade sem apresentar eficiência. Essa visão de efetividade é dependente tanto da garantia jurídica do direito (que ocorre por meio da existência da norma), quanto da eficácia jurídica dessa norma, a fim de que produza os desejados efeitos práticos a que se pretende.

Essa perspectiva auxilia o entendimento do que se chama de concretização dos direitos fundamentais, à medida que a compreensão de efetividade aplicada vai além da simples execução de ações para garantir esses direitos, mas trata também da análise do seu alcance,

¹⁹ Princípio constitucional elencado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 37.

tendo em vista um controle que vai além da apreciação dos meios aplicados, denominada eficácia jurídica, mas dos fins a que se almeja, conceituada como eficácia social ou efetividade.

É a noção de efetividade e seus desdobramentos que se pretende analisar adiante, inicialmente sob o ponto de vista da eficácia social em si, chamada simplesmente de efetividade. No entanto, é defendido, neste trabalho, que a eficácia social se trata da ideia de efetividade jurídica, que será apropriadamente diferenciada da concepção de efetividade social, conforme a seguir²¹.

1.1 Efetividade jurídica

A simples configuração de positivação de um direito que detenha eficácia jurídica não assegura que os resultados esperados sejam atingidos. Para a realização dos direitos fundamentais (que caracteriza o ideal fático e jurídico), seja de forma espontânea ou impositiva, em que pese existirem normas que tratam de direitos fundamentais que possuam alta densidade normativa, a maioria desses direitos carece da intervenção do legislador para a necessária produção de efeitos. Da mesma forma, dependem da ação do Poder Público, no caso dos chamados direitos positivos, a fim de estabelecerem políticas públicas para que prestações materiais atreladas a determinado direito sejam executadas. E mais: além de executadas, atinjam o objetivo desejado.

Assim, existe uma correlação entre a eficácia das normas e os direitos por elas assegurados, especialmente quando existe a necessidade de regulamentação legal ou infralegal, quando se mostra necessária a observância, por parte dos Poderes que compõem Estado, de sua ação em prol da efetividade da norma e, conseqüentemente, dos direitos então estabelecidos.

A efetividade das normas jurídicas, segundo Barroso, requer a prévia eficácia jurídica e resulta, comumente, do seu cumprimento espontâneo, mas há casos em que os efeitos jurídicos pretendidos pela norma são irrealizáveis, ou ainda quando a norma cai em desuso por contrariar “*tendências prevaletentes da sociedade*”, inexistindo nesses casos efetividade possível.

Partindo da premissa da estatalidade do direito, é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, isto é, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios. Não se quer referir, aqui, apenas à vigência da regra, mas também, e sobretudo, à

²¹ Para tanto, também adota essa classificação Santos: SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional**. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/602/r147-01.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 29 set. 2018.

“capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação”, isoladamente ou conjugada com outras normas. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível. Mas essa seria uma situação anômala em que o direito, como criação racional e lógica, usualmente não incorreria²².

Usando essa referência, pode-se afirmar que o encadeamento, a fim de observar a pretendida efetividade de um direito, seria positivá-lo em uma norma. Ou seja, a norma passa a existir, detém validade e é eficaz, sob o ponto de vista jurídico. Em seguida, será alcançada a compreensão de eficácia social, também denominado genericamente de efetividade, que avalia se determinado direito supera o campo do “*dever-ser*” e atinge o “*ser*”, deixando de ser apenas um direito positivado para tornar-se um direito assegurado.

No entanto, a avaliação da efetividade pode ser ampliada quando imposta como critério, em sua apreciação, o alcance dos resultados desejados. Logo, em um manifesto paralelo à concepção de eficácia jurídica e eficácia social, adota-se a ideia de efetividade jurídica, baseada na capacidade de geração de efeitos no mundo real dos direitos, e efetividade social, atrelada à qualidade de atingir seus pretensos objetivos.

A efetividade jurídica, no caso, diz respeito às normas que, além de existentes, válidas e eficazes, produzem efeitos no mundo fático, associando-se, portanto, com a concepção de eficácia social. A efetividade não ocorre exclusivamente no plano formal, mas no mundo dos fatos. Segundo Teori Zavascki, a efetividade jurídica “*representa a concretização da vocação prospectiva e transformadora da norma do direito*”, ou em termos práticos, trata-se de um direito que “*saiu do papel*” e transforma a realidade²³.

Enfatizando a distinção entre a eficácia jurídica e o que se propõe como efetividade jurídica, Ana Paula Barcelos²⁴ ensina que a eficácia jurídica trata de algo que “*é possível exigir judicialmente como fundamento da norma*”, ou seja, trata de uma ideia assentada no plano jurídico, “*ainda que elementos da realidade sejam relevantes e devam ser considerados da discussão hermenêutica*”. Para a autora, circunstâncias variadas podem impedir que uma norma detenha efetividade jurídica, elencando que seu comando pode ter sido superado pela sociedade (como no caso do antigo dispositivo que criminalizava o adultério); as pessoas desconhecem o comando da norma; não há meios práticos para exigir a aplicação da norma ou de sanção por seu descumprimento (como no caso de ausência, na localidade, do Poder Judiciário); o Poder

²² BARROSO, **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. Saraiva, 2012, p. 255

²³ ZAVASCKI, Teori Albino, **Eficácia social da prestação jurisdicional**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 08, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 107-113.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Forense. 2018, p. 69.

Judiciário pode ser dispendioso demais para que seja demandado, ou adota uma interpretação da norma em sua decisão que esvazia o comando intencionado.

Sob o aspecto dos Direitos Fundamentais, cabe evidenciar que aqueles direitos elencados no rol da Constituição Federal detêm eficácia jurídica, mas não necessariamente apresentam como característica a efetividade jurídica. Não basta a Constituição Federal assegurar a “*aplicabilidade imediata*” das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais em seu art. 5º, §1º.

Nesse caso, conforme Valéria Dutra²⁵, não seria possível defender a tese que prevê uma efetividade dos Direitos Fundamentais baseada em sua previsão de aplicabilidade, pois a efetividade está estabelecida e materializada como fato social. Em que pese a norma constitucional apresentar um maior grau de generalidade e abstração que o contexto infraconstitucional, a ineficácia dos direitos fundamentais são o retrato da desigualdade social e regional, mostrando-se necessário “*concretizá-los no cotidiano dos afetados por intermédio de leis eficientes e eficazes*”. Para a autora, a falta de efetividade jurídica dos direitos fundamentais vai além de “*um problema puramente jurídico, mas sim pré-jurídico e sociocultural*”.

Longe de tentar adentrar na seara da ciência da sociologia ou até da ciência política, entende-se que essa visão parece coerente com o que se experimenta atualmente na sociedade brasileira em termos de efetividade de direitos, mesmo em relação àqueles inseridos no texto constitucional e adjetivados como “*fundamentais*”, quando ganha relevo a percepção de que o Direito, como ciência jurídica, muitas vezes se mostra incapaz de ultrapassar a barreira do “*dever-ser*”, atingindo o “*ser*”.

Portanto, entende-se compatível com o entendimento de efetividade de um direito observar se ele gera efeitos na sociedade e ainda se estão de acordo com o que se espera. Esse resultado esperado é aquele adequado ao contexto da sociedade de acordo com seu respectivo nível de riqueza, evolução tecnológica e cultural, intimamente atrelado ao que aquele povo compreende como exigível do Estado, seja por meio de direitos positivos ou negativos.

Desse modo, harmonizável a visão de que a efetividade jurídica dos direitos fundamentais necessita de participação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com

²⁵ DUTRA, Valéria de Souza Arruda. **A questão da legitimidade e da eficácia social dos direitos fundamentais e a influência da legística**. Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Vol. 15. 2012, pp. 5968-5970.

ações que permitam a concretização dos preceitos constitucionais, bem como da sociedade em seus diversos estratos, por meio de pleitos políticos ou jurídicos exigindo que seus direitos “*saíam do papel*”. Apesar disso, é objeto desse estudo não apenas identificar a hipótese de efetividade sob o aspecto da sua aplicação no mundo fático, mas também existe a leitura quanto aos resultados obtidos, denominada de efetividade social.

1.2 Efetividade social

O termo efetividade pode ser entendido em sentido amplo, como gênero das espécies efetividade jurídica ou social. A efetividade social está relacionada ao alcance dos resultados pretendidos, fundamentados na relação entre os resultados de uma conduta quanto a seus efeitos sobre a população (impactos observados) e os objetivos pretendidos (impactos esperados).

A efetividade (em sentido amplo) dos direitos fundamentais passa por um processo de evolução dos próprios direitos fundamentais, que inicialmente são pleiteados e garantidos por meio da positivação do direito, que garante sua existência jurídica, permitindo que se converta do plano de existência para o plano de eficácia, quando passa a gerar efeitos no mundo fático e, finalmente, gerando repercussão sob o ponto de vista social. Além da garantia de determinado direito, pretende-se que a ele seja dado o alcance máximo, sob o ponto de vista de eficiência e eficácia das ações, a fim de se atingir o que se denomina efetividade social.

Corroborando com tal entendimento a abordagem da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, ao pactuar que, entre os Estados-partes, haja o empenho a fim de empregarem meios, de forma progressiva, para atingirem a plena efetividade dos direitos decorrentes de “*normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos*”, que dá fundamento, inclusive, à cláusula de proibição ao retrocesso.

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (Capítulo III - Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — Artigo 26 — Desenvolvimento Progressivo — Pacto de São José da Costa Rica)²⁶.

²⁶ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.

Para tanto, dada a existência de norma jurídica de âmbito constitucional que afiança direitos fundamentais como os prestacionais, bem como a regulação de políticas públicas para assegurar-los, faz-se necessária a execução de ações a fim de garantir sua implementação. Essa articulação ocorre de acordo com o momento histórico-econômico da sociedade que permitiria um incremento de prestações de acordo com a evolução de técnicas, necessidades e, principalmente, empatia do legislador com determinado problema social pelo qual, por seu relevo, é priorizado na agenda política, e ainda da percepção e perícia do formulador de políticas públicas, usando como parâmetro a prosperidade da sociedade em termos de riqueza produzida e seu respectivo avanço social.

Essa riqueza denota a capacidade econômica da sociedade e estipula escolhas políticas em função da óbvia escassez de recursos financeiros, por serem incontestavelmente limitados. Assim, cabe ao regulador²⁷ estabelecer critérios para a alocação ideal dos recursos públicos, a fim de assegurar que, no caso de direitos prestacionais: os direitos elencados na Constituição Federal sejam garantidos no mundo fático (análise em relação à efetividade jurídica); a prestação de bens ou serviços públicos possa propiciar que tais direitos sejam executados com a máxima efetividade (análise em relação à efetividade social); seja observado o grau de evolução da aplicação dos direitos, proibindo um retrocesso social (análise da evolução social); a utilização dos recursos financeiros seja efetuada da forma mais racional possível (análise em relação ao custo); e o maior número de postulantes seja atendido (análise em relação ao benefício).

Infere-se que é inerente ao processo de alocação de recursos públicos a identificação quanto à necessidade de normatizar o direito (planejamento); realizar a análise para determinar ações prioritárias para alcançar sua efetividade (execução); examinar os resultados obtidos (verificação); e, finalmente, ajustar as ações e reiniciar as ações²⁸.

A fim de assegurar efetividade aos direitos fundamentais, especialmente relacionada àqueles que exigem prestações materiais, abordando bens (como medicamentos) ou serviços (educação, por exemplo), o regulador possui amplo espectro de possibilidade de atuações, com razoável autonomia para definir, de acordo com intenção do legislador constitucional (que

²⁷ O termo regulador é utilizado no sentido de englobar tanto o legislador infraconstitucional quanto o formulador de políticas públicas, notadamente por meio de normativos infralegais, que possui como principal incumbência apresentar meios para que os direitos constitucionalmente elencados possuam efetividade.

²⁸ Em proposital aplicação do Ciclo PDCA: “As letras que formam o nome do método, PDCA, significam em seu idioma de origem: PLAN, DO, CHECK, ACT, o que significa, PLANEJAR, EXECUTAR, VERIFICAR, ATUAR”. ANDRADE, F. F. de. **O método de melhorias PDCA**. Dissertação de Mestrado, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 10.

pretende fazer com que o direito seja concretizado), mas de acordo com a conveniência e oportunidade relacionada à definição de políticas públicas.

O ditame constitucional mostra-se mais regulado à medida que fica evidenciada a necessidade da população para a prestação de determinada ação do Poder Público, afastando-se dessa característica quando certas carências são supridas ou superadas. Exemplifica-se, como hipótese de afastamento de normatização, casos de tratamento de doenças já erradicadas, que deixam de fazer parte das regulamentações relacionadas a políticas públicas, dando espaço para o combate a novas enfermidades, retornando aos protocolos caso voltem a ameaçar a sociedade.

Dessa forma, a efetividade social está atrelada à efetividade jurídica, mas produzindo efeitos que vão além da simples constatação da execução de políticas que assegurem determinado direito, observando as consequências a partir dos resultados que tais políticas públicas propuseram.

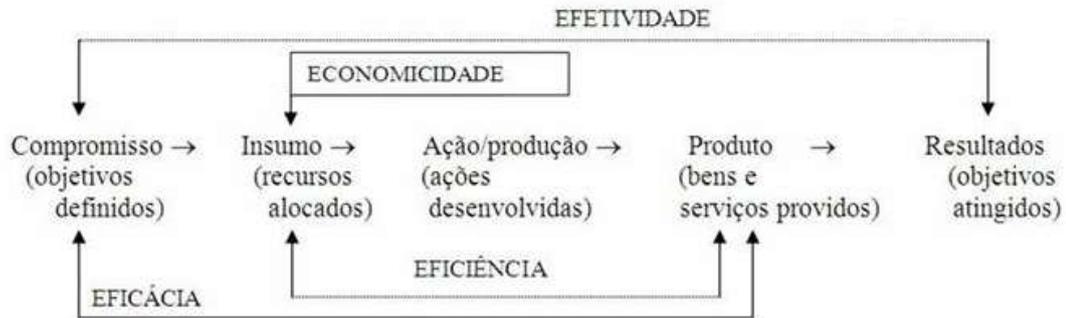
Esse conceito mostra-se em plena conformidade com a definição aplicada pelo Tribunal de Contas da União, TCU, em seu Manual de Auditoria Operacional, quando define as dimensões de desempenho da Auditoria Operacional por ele praticada.

Portanto, ao examinar a efetividade de uma intervenção governamental, pretende-se ir além do cumprimento de objetivos imediatos ou específicos, em geral consubstanciados em metas de produção ou de atendimento (exame da eficácia da gestão). Trata-se de verificar se os resultados observados foram realmente causados pelas ações desenvolvidas e não por outros fatores (ISSAI 3000/1.5, 2004). A avaliação da efetividade pressupõe que bens e/ou serviços foram ofertados de acordo com o previsto. O exame da efetividade ou avaliação de impacto requer tratamento metodológico específico que busca estabelecer a relação de causalidade entre as variáveis do programa e os efeitos observados, comparando-os com uma estimativa do que aconteceria caso o programa não existisse (ISSAI 3000/1.7, 2004)²⁹.

Aproxima-se a ideia de efetividade adotada para a Auditoria Operacional do TCU com aquela utilizada pelo Direito Administrativo, com destaque dado ao controle de resultados das ações governamentais, ou seja, em conformidade com o que se compreende com os impactos sob o ponto de vista da efetividade social. O diagrama de insumo-produto ilustra as dimensões e inter-relações adotadas pela Auditoria Operacional.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3.ed. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBAC9EC7B5EF9>>. Acesso em: 06 nov. 2018, p.12.

Figura 01: Diagrama de insumo-produto



Fonte: Tribunal de Contas da União³⁰.

Logo, é possível identificar uma característica da análise da efetividade social: ela é acompanhada, preponderantemente, pelo órgão de controle externo vinculado ao Poder Legislativo — Tribunal de Contas da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sob o fundamento da fiscalização operacional (art. 70, *caput*, da Constituição Federal), por meio de inspeções ou auditorias de natureza operacional (art. 70, IV, da Constituição Federal). Além disso, também ocorre a avaliação de resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal (ou estadual e distrital).

O controle da efetividade social, portanto, possui fundamento jurídico direto da Constituição Federal, que também exige que o controle interno de cada Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) avalie os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, conforme art. 74, II, do texto constitucional. Essa análise de resultado quanto à eficácia e eficiência é compatível com o que se denomina efetividade social.

No entanto, apesar dos direitos previstos, as ferramentas para sua efetivação e o controle exigido, percebe-se que a Constituição Federal é constantemente questionada quanto à concretização de seus preceitos, visto que comumente é requerido, junto ao Poder Judiciário, que seja dada concretude a algum direito, principalmente quando se trata de direitos prestacionais. Ressalte-se que tal situação também ocorre diretamente junto ao Poder Executivo, como responsável pela viabilização da Política Pública, ou ao Poder Legislativo,

³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Avaliação de programas de governo**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/comunidades/avaliacao-de-programas-de-governo/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

quando assume seu papel de legislador infraconstitucional, regulamentando a Constituição Federal.

Quando o pleito é apresentado diante do Poder Judiciário, geralmente a disputa nos outros Poderes, de cunho política, não obteve a resposta desejada. Assim, a decisão jurídica ganha contorno de última instância para essa concretização de direitos. Porém, apreende-se que para a avaliação da aplicação dos direitos fundamentais são utilizadas teorias que reforçam, asseguram, limitam ou até excluem a efetividade constitucional. Por isso, mostra-se de grande importância o estudo dessas teorias alinhadas com meios de limitações ou restrições exercidas quanto à efetividade, *latu senso*, de direitos sociais.

1.3 Restrições atribuídas à efetividade dos direitos fundamentais

A lacuna entre a exigência constitucional e a ação do Poder Público não permite um comportamento omissivo do regulador, muito menos uma atuação descompromissada com a utilização de recursos financeiros. São também adotados critérios de restrição ou limitação para balizarem o regulador ao formular políticas públicas, a fim de proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais, visto que, consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto³¹, na medida em que encontram limites nos demais direitos e garantias igualmente previstos no texto constitucional³².

No âmbito dos direitos fundamentais, é possível identificar, pelo menos, dois enfoques quanto aos seus limites ou restrições, por meio da teoria externa e teoria interna de Alexy³³. A teoria externa está vinculada à restrição a um direito a partir da existência do próprio direito, que a princípio não teria limites, e sua restrição, que impõe esse limite, ou seja, não existe uma relação necessária entre a ideia de direito e de restrição. Já a teoria interna afirma que não há duas situações, o direito e sua restrição, existindo apenas o direito e o conceito de limite. Ou seja, segundo Virgílio Afonso da Silva, ao contrário da teoria interna, que pressupõe a

³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Mandado de Segurança MS 23.452/RJ**, rel. min. Celso de Mello, julgado em 16-9-1999, Tribunal Pleno, DJ de 12-5-2000.

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Habeas Corpus HC 103.236/ES**, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 14-6-2010, 2ª Turma, DJE de 3-9-2010.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277-278.

existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições³⁴.

Diante do exposto, há a aquiescência com o que dispõe Sarlet³⁵, ao entender que a teoria externa acaba se mostrando mais apta por possibilitar uma reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, considerando a necessária “*imposição de limites a tais direitos, a fim de assegurar a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social*”.

Diante das disposições a respeito dos termos “*limitação*” (aplicável pela teoria interna) e “*restrição*” (da teoria externa), na pesquisa para este trabalho foi constatado que não há uma utilização rigorosa dessas concepções, frequentemente adotados como sinônimos.

De toda sorte, a restrição mais decisiva aos direitos fundamentais trata do limite de recursos financeiros a serem aplicados pelo Poder Público, à medida que, por mais que haja um esforço governamental para atender a demandas da população, aplica-se a premissa econômica que assevera que os recursos são limitados, enquanto que as necessidades são ilimitadas³⁶.

Ademais, a concepção de custos atrelados a direitos superou a ideia restrita a oferta de bens ou serviços pelo Poder Público, sendo dramaticamente ampliada com a contribuição de Cass R. Sunstein e Stephen Holmes³⁷ na obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, em que os autores extrapolam a característica entre direitos negativos e direitos positivos, argumentando que “*os direitos sempre seriam positivos, independentemente de sua geração, pois sempre exigiriam do Estado uma atitude comissiva de proteção e/ou concreção do direito*”³⁸.

Ou seja, os autores sustentam que, além dos direitos prestacionais, também os direitos de defesa (liberdade), para que sejam realizados, geram custos aos cofres públicos. Assim,

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 403.

³⁶ Toda sociedade possui necessidades a serem satisfeitas e os recursos para provê-las. No entanto, enquanto as necessidades são ilimitadas e renováveis, os recursos são limitados (ALBERGONI, L. **Economia**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2008, p. 11).

³⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

³⁸ ROSA, Alexandre Moraes; MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica**. In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional v. 1, n. 1. Curitiba. 2009, p. 12.

*“todos os direitos são positivos e dependem de algum tipo de prestação estatal para sua efetivação, fato que implica despesas ao erário público”*³⁹.

O Ministro Gilmar Mendes, do STF, adotou as contribuições de Holmes e Sunstein na decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE⁴⁰, de 17 de março de 2010, enfatizando a importância do tema quanto aos custos públicos como fundamento para o reconhecimento de direitos.

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.). Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis⁴¹.

Corroborando com essa hipótese, Galdino⁴² afirma que todo direito possui um custo e a opção pela sua efetivação independe de sua caracterização como direito individual ou direito social. Ana Carolina Olsen⁴³ alerta que a questão da escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua eficácia, para ser considerada como elemento intrínseco. Dessa feita, a questão econômica foi trazida para o próprio âmago da existência dos direitos: sem recursos, eles deixam de existir.

As restrições aos direitos fundamentais indicam um balizamento a respeito da forma como um direito pode ser assegurado, especialmente quando se tratar de um direito prestacional, definindo um parâmetro mínimo (por meio da Teoria do Mínimo Existencial) ou

³⁹ JABORANDY, C. C. M.; OLIVEIRA, L. P. S. O. **A dimensão econômica dos direitos humanos e a tutela de direitos mínimos no Brasil em tempos de crise: estado de coisas inconstitucional?** REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, v. 4, n. 2, p. 521–537, 2017, p. 4.

⁴⁰ Agravo Regimental interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão liminar proferida pelo então Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim. A decisão do STF obrigou o Município de Petrolina, solidariamente com o Estado de Pernambuco e com a União, que realizassem providências administrativas, a fim de promover a melhoria do atendimento proporcionado aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) pelo Hospital Dom Malan, antes do final do trâmite da ação civil pública que deu origem ao processo.

⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AGRAVO REGIMENTAL Ag. Reg. na Suspensão de Liminar 47/PE**, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 17-3-2010 Tribunal Pleno, DJE de 29-4-2010.

⁴² GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In Paulo Lobo Torres (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 210.

⁴³ OLSEN, Ana Carolina. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação (Mestrado) — UFPR, 2006. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/3084>>. Acesso em: 06 out 2018, p. 196.

uma espécie de teto, que estaria delimitado de acordo com a disponibilidade de recursos (Cláusula de Reserva do Financeiramente Possível), ou ainda quanto ao processo (progressivo) de efetivação (Princípio da Proibição ao Retrocesso).

Quando o pleito extrapolar o rol atrelado à garantia de determinado direito fundamental ou, ainda que previsto constitucionalmente, exceder a capacidade econômica do Estado e estiver fundamentada a Cláusula de Reserva do Financeiramente Possível, depreende-se que seria configurada a hipótese de restrição de eventual aplicação de um direito fundamental. Existem ainda outras hipóteses de restrições aos direitos fundamentais, como o caso da teoria dos “*limites dos limites*”, ou ainda relacionados à colisão de princípios e direitos fundamentais.

Por exemplo, quando se requer uma cirurgia meramente estética alegando o direito à saúde, essa prestação poderia ser perfeitamente identificada como assegurada em uma realidade econômica de um país rico, vinculada inclusive ao princípio da dignidade humana. No entanto, em um país pobre com pessoas falecendo por falta de atendimento básico, o princípio da razoabilidade deve ser invocado pelo pleiteante e aplicado pelo jurista (ou pelo próprio executor da política pública), visto que eventual prestação, à primeira vista, se mostraria incompatível com a realidade social.

A cláusula de reserva do financeiramente possível está intimamente atrelada à capacidade econômica do Estado e, conseqüentemente, à escassez dos recursos públicos, tendo em vista que essa dimensão econômica traz como consequência, inevitavelmente, a alocação desses recursos por meio de escolhas que envolvem determinações constitucionais e políticas públicas, notadamente quanto à execução de ações relacionadas a direitos prestacionais (como o direito à saúde ou à educação). Dessa forma, dado que a escassez é inequívoca, há a defesa de que a prestação material de direitos fundamentais, especialmente os sociais, por exigirem dispêndios financeiros, depende da capacidade do Estado em suportar tais desembolsos.

Cabe destacar que tal noção teve fundamento em caso paradigmático discutido no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com a decisão BVerfGE 33, 303 - *numerus clausus*⁴⁴, proferida em 18 de julho de 1972, que tratava do direito de acesso ao ensino superior e o número de vagas nas universidades alemãs, que comprometia a liberdade de escolha de

⁴⁴ ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA. **Decisão Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 33, 303 – numerus clausus I**. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv033303>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

profissão, visto que não eram garantidas as condições fáticas para a fruição de direitos fundamentais.

O referido Tribunal reconheceu que uma vez criadas instituições estatais de ensino, especialmente em casos de monopólio estatal de prestação de serviços que influenciam decisivamente a liberdade de escolha de profissão, estaria garantido um direito de acesso ao ensino superior àqueles que preenchem os requisitos necessários⁴⁵. No entanto, Mendes e Gonet explicam que o entendimento final foi no sentido de que “*pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível, enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais*”⁴⁶.

Para essa análise podem ser identificadas normas que tratam de direitos fundamentais do tipo “*subjetivo definitivo*” que, segundo Canotilho, fornecem fundamento imediato para uma norma individual de decisão – como o direito à vida – e ainda aquelas normas que fundamentam um “*direito subjetivo prima facie*”, ou seja, uma norma que possui o fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não necessariamente resulta em uma decisão individual. Assim, deve ser singularizado o direito sob o aspecto negativo, atrelado ao exercício de liberdade do indivíduo, e o positivo, caracterizado pela prestação material ou de serviços que assegurem o exercício de direitos fundamentais. De acordo com Canotilho, a respeito do texto constitucional lusitano:

Ressalte-se que a Constituição Portuguesa, além de efetuar a distinção entre um direito à educação (art. 73) e um direito ao ensino (art. 74), trata destes direitos fundamentais em diversos dispositivos no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, que não gozam do mesmo regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias do Título II. Aliás, tendo em vista esta distinção quanto ao regime jurídico, o Constituinte lusitano optou por incluir as liberdades de ensinar e aprender (art. 43/1 e 3), assim como o direito de criação de escolas particulares (art. 43/4), no Título II, assegurando-lhes, portanto, o regime pleno da fundamentalidade material e formal reforçada. Esta distinção, entre direito à educação e direito ao ensino, por sua vez, não foi adotada na Constituição Espanhola, que cuida apenas do primeiro, outorgando-lhe, contudo, uma dimensão ampla⁴⁷.

A concepção adotada no Brasil será demonstrada e analisada no capítulo seguinte, que trata da análise da Efetividade aplicável ao Direito à Educação, mas é possível adiantar que a Constituição Federal brasileira também adota a ideia de um direito negativo, no sentido de

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 693.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 666.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1991, p. 1840-1841.

liberdade para o exercício do direito à educação, e o positivo, no sentido de que é direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205 da Constituição Federal).

A identificação de direitos fundamentais positivos e negativos é corroborada por Clève⁴⁸, que diferencia os direitos fundamentais em direitos de defesa (também chamados de clássicos) e em direitos prestacionais, sendo estes últimos caracterizados como aqueles que exigem uma atuação positiva do Poder Público, em particular porque “*o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado*”. Ademais, alega que tais direitos são insuscetíveis de realização integral, pois a sua implementação importa uma progressividade “*sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos*”. Por fim, para que tais direitos sejam assegurados, pressupõe-se uma previsão orçamentária meticulosa, permitindo que o Estado maneje os recursos públicos de acordo com as prioridades elencadas.

Outrossim, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo entendem que a reserva do possível não compõe o núcleo essencial que integra os direitos fundamentais, mas trata-se de uma espécie de limitação negativa à sua eficácia, quando interdita que determinado direito seja assegurado, ou de limitação positiva, caracterizada pelo necessário deferimento da aplicação do direito prestacional, dado que, em conflito de direitos, seja observada a proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial⁴⁹.

Destaca-se, no entanto, que Alexy entende de forma mais ampla, alegando que a análise para o cumprimento ou não de determinado direito não deve ser restrito ao aspecto financeiro (reserva do financeiramente possível), mas deve adotar a ponderação dos princípios aplicáveis a determinado direito, indicando a razoabilidade como critério para aferir, em caso de colisão de direitos (ou de princípios), qual a escolha a ser tomada.

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a ser tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre vinculação e

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006, p. 3.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.18.

flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade⁵⁰.

Alexy afirma que em uma constituição como a brasileira, que reconhece numerosos direitos fundamentais, inclusive direitos sociais generosos, existe a inclinação para declarar essas “*normas não plenamente cumpríveis*”, identificadas como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. Sua teoria dos princípios pode “*levar a sério a constituição sem exigir o impossível*”, ao defender que essas normas são como princípios, ou seja, quando em colisão com outros, devem ser ponderados e, dessa forma, estão sob uma “*reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade*”.

A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “*reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade*”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação⁵¹.

Sob esse aspecto, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo apontam os fundamentos para a cláusula de reserva do possível, indicando uma interdependência de três dimensões que englobam o aspecto relacionado à disponibilidade de recursos financeiros, que, além disso, devem ser previstos, arrecadados e alocados devidamente a fim de assegurar a adequada prestação da política pública, e ainda observar a proporcionalidade da prestação, que guarda relação com a razoabilidade, ou seja, não basta existirem os recursos e esses estarem alocados em um programa de prestação de bem ou serviço público, deve ser observado, também, se o que se requer está em harmonia com o sistema, a fim de não o subverter.

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

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.69.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.69.

em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade⁵².

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em voto de julgado da 2ª Turma, em 23 de agosto de 2011, que tratou de atendimento em creches e em pré-escola a crianças de até cinco anos de idade, alerta quanto à impossibilidade de utilização, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do financeiramente possível para se esquivar de suas obrigações constitucionais, devendo respeitar, em consonância com o princípio da dignidade humana, a garantia constitucional do mínimo existencial.

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana⁵³.

À vista disso, entende-se que a cláusula de reserva do financeiramente possível afeta diretamente a efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista que limita o acesso e a concretização de tais direitos, em função da já destacada escassez de recursos que é inerente ao sistema econômico, resultando, nesses casos de inaplicabilidade do direito por insuficiência de recursos financeiros, até na absoluta “*inefetividade social*” dos direitos fundamentais. Para resguardar que tais direitos não sejam subvertidos sob o argumento de indisponibilidade de recursos, aplica-se a teoria do mínimo existencial.

Já a noção de mínimo existencial, esclarece Ricardo Lobo Torres, não tem dicção constitucional própria, devendo ser fundamentada na ideia de liberdade e nos princípios constitucionais de igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁴ e nas imunidades e privilégios do cidadão. Abrangendo qualquer direito (ainda que originariamente não-fundamental), assume papel de fundamento para propor condições para o exercício da liberdade (real ou positiva), proteção da pobreza absoluta — em patente respeito à dignidade humana —, postulando, como condição dessa liberdade, prestações positivas, por parte do Poder Público, de natureza assistencial;

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário com Agravo ARE 639.337/SP Agravo Regimental AgR-SP**. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 14/09/2011. Por unanimidade de votos, não foi conhecido do agravo regimental, nos termos do voto do relator.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

também requer prestações gratuitas de serviços públicos, subvenções e auxílios financeiros, imunidades de taxas e tributos, ou até a entrega de bens (roupas, medicamentos, etc.).

O autor entende que o Poder Judiciário tem papel de examinador de eventual violação da aplicação do mínimo existencial, ressaltando que, para sua aplicação, resta desnecessária eventual formalização legal, em discrepância dos direitos econômicos e sociais, que exigem sua inclusão ao mundo jurídico.

Releva acrescentar que o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja, ou não, lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional.

Eis aí outra distinção básica entre o mínimo existencial e os direitos sociais: estes, ao contrário daquele, necessitam da lei formal, ainda que orçamentária, para que possam ser protegidos pelo Executivo. Não obstante a crescente importância dos direitos econômicos e sociais, com a conseqüente proliferação dos órgãos administrativos e a diversificação das políticas públicas, vincula-se a sua proteção à existência da lei específica⁵⁵.

Entende-se que o mínimo existencial está vinculado à noção de direitos fundamentais, mas deles se diferenciando, à medida que para seu acolhimento mostra-se prescindível a observância de limitações como a relacionada à reserva do possível, baseada na argumentação dos custos dos direitos. O mínimo existencial seria uma garantia básica e elementar da pessoa humana, que carece de proteção do Estado, que deve preservá-la.

Sarlet expõe que a garantia do mínimo existencial é fundamento para decisões judiciais que tratam de pedidos de prestações materiais pelo Poder Público, especialmente quando a lide demanda a proteção do direito à vida e a aplicação do mínimo existencial, visto que “*não podem prevalecer as objeções habituais da reserva do possível, bem como da separação dos poderes, tudo a demonstrar que o direito à vida e o mínimo existencial assumem a condição de critério material de ponderação*”. Isso ocorre, mesmo que nem a doutrina ou a jurisprudência tenham definido toda a extensão de mínimo existencial, carecendo de uma “*resposta unívoca*” e não tenha resolvido, ao menos parcialmente, “*as dificuldades que se verificam quando se trata de exigir pela via judicial a satisfação dos direitos sociais e mesmo do mínimo existencial*”⁵⁶.

Ainda que se busque reduzir ao máximo os efeitos de um direito social, aplicando a teoria do mínimo existencial, sob o fundamento da reserva do possível, devem observar que,

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 01 out. 2018, p.1.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

em consonância com as ideias de Robert Alexy, o mínimo existencial pode acarretar altos investimentos de recursos públicos, ou seja, a escassez dos recursos resultaria que garantir para uns poderia fazer faltar para outros. Além disso, deve ser preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que não se confunde com o mínimo essencial. Há, também, a preocupação quanto a quem detém a competência para definir o que seria mínimo existencial e o papel do Poder Judiciário.

Mesmo que se restrinja a exigibilidade dos direitos sociais a um mínimo existencial, mediante o argumento de que nesses casos, estando em causa a vida e a dignidade humana, as objeções fundadas no argumento da distribuição de competências e da reserva do possível, entre outros, teriam de ceder, prevalecendo a posição jurídica do indivíduo, tal solução, que pode ser reconduzida à obra de Robert Alexy (quando este fala em um direito definitivo a prestações), não afasta, contudo, pelo menos três questões a merecerem maior atenção. A primeira diz respeito ao fato – notado pelo próprio Alexy – de que mesmo prestações na esfera de um mínimo existencial podem implicar alto investimento público e afetar outras posições dos cidadãos. A segunda guarda relação com os riscos que decorrem de uma superposição do núcleo essencial dos direitos sociais e do mínimo existencial, especialmente quando se leva em conta o amplo leque de direitos sociais positivados na Constituição Federal. Outro aspecto problemático envolve a própria definição do conteúdo do mínimo existencial, que remete novamente ao problema da distribuição das competências, visto que também na esfera de um mínimo existencial se coloca o problema de qual o papel reservado aos órgãos judiciais⁵⁷.

Mesmo Alexy entendendo que o direito ao mínimo existencial seja um direito definitivo, não implica que ele possa ser interpretado como algo irrefutável, visto dizer que esse caráter definitivo significa conferir a ele a estrutura de regra⁵⁸.

Portanto, nem todo direito social está abarcado na compreensão de direitos sociais fundamentais mínimos, além disso, conforme seu modelo proposto, as ponderações a serem realizadas em condições diversas podem conduzir a diferentes direitos definitivos e, finalmente, em tempos de crise, parece indispensável uma proteção jusfundamental a posições sociais, por mais mínimas que sejam⁵⁹.

Por conseguinte, em casos de necessidade de ponderação de princípios, a aplicação da teoria de Ronald Dworkin pode ser moderada. Ao entender que, em caso de colisão de princípios, deve ser aplicado aquele que mereça primazia diante do caso concreto, sem que

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

⁵⁸ TREVISAN, L. S. **Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, v. 10 n. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir>>. Acesso em: 05 out. 2018, p. 235.

⁵⁹ FLORES, Gisele M. D. Z. **Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais**. Justiça do Direito. V.21. n.1, p. 74-83, 2007, p. 79.

resulte em invalidade do princípio oposto, Dworkin afirma que deverá ser questionado o peso de cada princípio para a definição de qual seria mais preponderante.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é⁶⁰.

No entanto, ao aplicar-se a ressalva inerente à teoria de mínimo existencial, qual seja, a necessária salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana, em consonância com a proteção do direito à vida, ela estaria atuando como um “*trunfo*” quando sopesado diante de outros direitos, protegendo o pleiteante a fim de assegurar um conjunto de prestações materiais mínimas.

O Ministro Celso de Mello, no já mencionado precedente fixado no ARE 639.337 AgR/SP, também adota a compreensão de mínimo existencial, afirmando que é resultado, implicitamente, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III). Integrase de um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos.

Para o Ministro, a escassez de recursos públicos exige do Poder Público verdadeiras “*escolhas trágicas*”⁶¹ (utilizando a teoria de Calabresi e Bobbit), devendo ser protegido o “*mínimo existencial*”, em função do princípio da dignidade da pessoa humana.

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras 'escolhas trágicas', em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.42.

⁶¹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. The conflicts society confronts in the allocation of scarce resources. New York: Norton, 1978.

em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental⁶².

Sobre o tema, Barroso defende que o Estado Constitucional de Direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal) e da centralidade dos direitos fundamentais (Título II da Constituição Federal). A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos⁶³.

Ingo Sarlet ressalta que a teoria do mínimo existencial não se confunde com os direitos fundamentais sociais, posto que, enquanto aquela trata de uma forma de restrição referente a eventual inaplicabilidade de direitos, resguardando, assim, a pessoa humana, ao garantir que a essência do comando normativo não seja corrompida, os direitos fundamentais extrapolam essa ideia, sendo certo que a preservação por meio do mínimo existencial se apresenta como um meio para assegurar o fim, qual seja, o direito em si.

Dessa forma, corrobora-se com a proposição de que “*os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana)*”, no entanto, as dimensões que tornam a teoria do mínimo existencial mais densa guardam maior ou menor relação com o núcleo essencial de grande parte dos direitos sociais.

Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais. Aliás, aplica-se aqui (embora as peculiaridades dos direitos sociais) linha de argumentação similar a que se utiliza para a relação da dignidade da pessoa humana com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: ambos guardam maior ou menor relação (por vezes nenhuma!), mas não se confundem⁶⁴.

Essa análise indica que a teoria do mínimo existencial deveria assegurar que determinado direito atinja um grau de efetividade social mínimo, atrelando-se seus resultados à consumação mais básica de direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, Branco elenca a teoria do grau mínimo de efetividade dos direitos à prestação material, cuja nomenclatura é utilizada por Canotilho, indicando que essa teoria permitiria que as promessas constitucionais, muitas vezes inevitavelmente decepcionantes, poderiam ser minimamente asseguradas por

⁶² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário com Agravo ARE 639.337/SP Agravo Regimental AgR-SP**. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 14/09/2011.

⁶³ BARROSO. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018, p.10.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13a. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 332.

meio de restrições ao regulador, pela exigência de um mínimo de efetividade da norma constitucional, com notável repúdio à omissão legislativa diante dos direitos fundamentais.

Esse quadro de características dos direitos a prestação material pode desolar o observador animado pela leitura singela das promessas constitucionais e esperançoso de resolver juridicamente carências de ordem econômica. Não por outro motivo, Hesse adverte para o perigo que corre a própria força normativa da Constituição, quando é tensionada com promessas excessivas, que resultam em inescapáveis frustrações de expectativas⁶⁵.

Para Ana Paula de Barcellos, uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em vista a Constituição Federal brasileira, “*deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça*”⁶⁶. Além disso, entende-se que o mínimo existencial pode ser aplicado em função da finalidade do respectivo direito a ser assegurado. Ou seja, sob a ótica da efetividade social, deve ser avaliado, além do acesso à educação básica, se os estudantes obtiveram a formação correspondente ao nível de aprendizagem mínimo, conforme seus objetivos estipulados.

Tal concepção pode ser adotada na saúde pública, sob a forma de aplicação de meios que confirmem, ao menos, o mínimo de qualidade de vida ao paciente, de acordo com os modelos estipulados de tratamento de saúde. No caso do acesso à justiça, tem-se que deve ser aplicável, para garantir o mínimo existencial, entre outras ações, a duração razoável do processo e a aplicação de meios de garantir a justiça gratuita, com a isenção de custas da Defensoria Pública, por exemplo.

Ou seja, a Teoria do Mínimo Existencial não apenas pretenderia assegurar que os direitos fundamentais detenham efetividade jurídica, garantindo que deixem de existir apenas no mundo jurídico e passem a exercer sua função constitucional no mundo fático, mas também poderia ser utilizada para permitir que a efetividade social seja atingida, por meio de um progressivo processo de afirmação e proteção desses direitos na realidade da sociedade.

Sobre essa progressividade, deve ser destacado que, salvo pela dispensabilidade de determinada prestação material em função de ter se tornado prescindível à população, justificada objetivamente, o regulador deve observar que a efetivação de direitos fundamentais deve respeitar o Princípio da Proibição ao Retrocesso.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 162-163.

⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

De acordo com Canotilho, a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode se afirmar sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antissociais, resultando que eventuais modificações de leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais.

O princípio da democracia econômica e social aponta para a **proibição do retrocesso social**.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”. Com isto, quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana⁶⁷.

Canotilho defende que o princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se a partir do núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas que permitam considerá-las constitucionalmente garantidas, sendo inconstitucionais medidas que, sem a criação de ações alternativas ou compensatórias, traduzam-se, na prática, em uma anulação, revogação ou aniquilação do referido núcleo essencial.

Quanto ao seu fundamento jurídico, remete-se novamente à Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁸, que pactua, em sua cláusula 26, que os Estados-partes se comprometem a adotar providências a fim de conseguir, progressivamente, a plena efetividade dos direitos que decorrem de normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos. Portanto, o Brasil, como signatário, deve observar a ideia de progressividade de aplicação dos direitos e a necessária proibição de retrocesso de direitos e garantias fundamentais.

O princípio da proibição ao retrocesso está atrelado, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, ao princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, §1.º, da CF), ao princípio da segurança jurídica (Preâmbulo da Constituição Federal e no *caput* dos arts. 5.º e 6.º), e ao princípio do Estado Democrático de

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina. 2012, p. 339-340.

⁶⁸ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.

Direito (art. 1º da Constituição Federal). Para tanto, Ingo Sarlet identifica a “*proibição jurídico-constitucional de retrocesso*” como mecanismo de controle para coibir e/ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais⁶⁹.

Também chamada de vedação ao retrocesso social, Lopes assevera que o princípio da proibição ao retrocesso visa impedir ações que, por supressão ou alteração legislativa, desconstituam ou afetem substancialmente o “*grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados*”.

Ratifica-se que, independentemente de aplicação do princípio de proibição ao retrocesso social, os direitos fundamentais não podem ser objeto de omissão do Poder Estatal, seja pela mera alegação de carência de recursos financeiros, ou pela inércia na formulação ou execução de políticas públicas, devendo respeitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais denominado “*limite dos limites*”, que trata do limiar à atividade restritiva desses direitos que o legislador não pode ultrapassar⁷⁰.

Sobre o tema, Sarlet traz relevante entendimento afirmando que, em que pese eventual reconhecimento, ou não, de uma proibição de retrocesso social, direitos fundamentais, como os direitos sociais, mesmo passíveis de restrições, devem ser resguardados por meio do regime dos limites e dos limites aos limites dos direitos fundamentais, não estando, portanto, plenamente à disposição dos Poderes.

De qualquer sorte, independentemente do reconhecimento, ou não, de uma proibição de retrocesso social (já que há quem critique a utilização de tal expressão), o fato é que, na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais não se encontram à disposição plena dos poderes constituídos. Embora não sejam (assim como os demais direitos fundamentais), direitos absolutos, visto que passíveis de restrição, os direitos sociais encontram-se, todavia, submetidos ao regime dos limites e dos limites aos limites dos direitos fundamentais (ou seja, dos critérios que devem observar as medidas restritivas de direitos fundamentais), guardadas as peculiaridades, especialmente no que concerne aos limites da liberdade de conformação legislativa⁷¹.

A fim de que seja assegurada a aplicação da ideia de efetividade social, no sentido de que os direitos fundamentais devem ser reconhecidos, garantidos e, finalmente, aplicados de forma a surtirem seus efeitos pretendidos na realidade de quem o pleiteia, alerta José Afonso

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 660-661.

⁷⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de Informação Legislativa. n. 164, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, Brasília, out./dez. 2004, p. 13.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 661.

da Silva que “*o alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade*”, sendo a medida da extensão em que o intuito é alcançado, relacionada ao produto final⁷².

É evidenciada por Ingo Sarlet a existência de uma tentativa de aplicação e valorização do princípio da subsidiariedade, entendendo que o acesso aos bens sociais deve ser reservado, quando por intermédio da ação judicial, para aqueles que não possuem os meios materiais necessários para a obtenção de bens e serviços essenciais.

Destaca-se, nesse ponto, a ideia de essencialidade, que é referência para a teoria de mínimo existencial já abordada. Para tanto, são utilizados como referência os direitos à saúde e à educação, ressaltando o problema sobre a amplitude reservada pela Constituição Federal, quando prevê uma universalidade de garantia a tais direitos, em contraposição de um debate relacionado a sustentabilidade e redistribuição de competências entre a esfera pública e privada, sociedade e indivíduo.

Todavia, importa ter em conta não apenas a complexidade do tema, mas também a necessidade de dialogar com as peculiaridades que se verificam no âmbito de cada direito social em espécie, como, por exemplo, é o caso dos direitos à saúde e à educação, onde, no primeiro caso, o texto constitucional fala em acesso universal e igualitário, e, no segundo, estabelece a gratuidade do ensino público, independentemente da condição financeira do usuário dos serviços públicos. O problema, especialmente à vista do texto constitucional, demanda maior digressão e eventualmente uma reforma constitucional e legislativa, não sendo o caso de se desenvolver aqui o ponto. De qualquer modo, uma equação mais justa na distribuição das responsabilidades entre setor público e privado, entre Estado e indivíduos, constitui temática central e desafio até mesmo em termos de uma sustentabilidade intra e intergeracional⁷³.

Ocorre que, quando a própria Constituição Federal determina que o direito à saúde e à educação são considerados universais⁷⁴, não deveria ser aplicado o princípio da subsidiariedade em sua interpretação. No entanto, será demonstrado que, dentre os critérios adotados para assegurar tais direitos fundamentais, a capacidade financeira do pleiteante também é relacionada como instrumento de sua restrição.

Logo, pretende-se apresentar, nos próximos capítulos, o estudo do direito à educação e do direito à saúde, a fim de demonstrar como se comporta sua efetividade. Quanto ao direito à educação, o objetivo é analisar a maneira como se concretiza esse direito no Brasil, por meio de uma breve análise do acesso e dos resultados obtidos relacionados, a fim de verificar sua

⁷² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, pp. 66.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 657-658.

⁷⁴ Art. 196. A saúde é **direito de todos** e dever do Estado (...) e art. 205. A educação, **direito de todos** e dever do Estado e da família (...), ambos da Constituição Federal.

efetividade jurídica e social, conforme Capítulo 2 – Análise da Efetividade aplicável ao Direito à Educação.

Além disso, propõe-se verificar como se comportam as restrições aplicadas ao direito à saúde. A intenção é demonstrar como se dá o acesso a esse direito, por meio de exame de decisões judiciais, notadamente aquelas deliberadas pelo Supremo Tribunal Federal, em debate no Capítulo 3 – Análise de restrições aplicáveis à Efetividade quanto ao Direito à Saúde.

2. Análise da efetividade do direito à educação

A efetividade de um direito é uma característica que trespassa a noção de eficácia da norma, visto que, além dos efeitos jurídicos que uma norma eficaz produz, também devem ser levados em consideração os efeitos fáticos. É possível analisar como se comporta a concretização de um direito a partir da sua análise quanto à sua efetividade jurídica e social.

Logo, a avaliação dessa aplicação poderia ser adotada para os variados direitos elencados na Constituição Federal, especialmente sob o rol dos direitos fundamentais, mas alguns critérios deveriam ser adotados a fim de resguardar o escopo deste trabalho, sendo definido o direito à educação por sua característica de direito social e prestacional, com amplitude universal quanto a quem é alcançado. Por conseguinte, serão apresentadas análises quanto à efetividade jurídica e social aplicada ao direito à educação, a fim de tentar avaliar o impacto desse direito na sociedade brasileira.

A problemática da educação no Brasil é frequentemente tema de debates entre os diversos estratos da sociedade brasileira. Tradicionalmente vista como solução para o Brasil, discussões como acesso à educação e o papel do Estado sobre o tema ganham destaque tanto na imprensa quanto na cena política.

Corroborando com essa ideia Carlos Roberto Cury, que identifica o avanço da educação escolar como o resultado de lutas conduzidas por uma ideia democrática de sociedade em que se pretende ou a igualdade de oportunidade ou mesmo a igualdade de condições sociais. Compreende, inclusive, o direito à educação básica gratuita como dever do Estado, atrelada a “*uma perspectiva mais ampla dos direitos civis dos cidadãos*”, em função do próprio desenvolvimento da sociedade humana. Logo, a educação, além de um direito em si, também é um meio para que outros direitos sejam exercidos.

Assim, seja por razões políticas, seja por razões ligadas ao indivíduo, a educação era vista como um canal de acesso aos bens sociais e à luta política e, como tal, um caminho também de emancipação do indivíduo diante da ignorância. Dado este leque de campos atingidos pela educação, ela foi considerada, segundo o ponto de vista dos diferentes grupos sociais – ora como síntese dos três direitos assinalados – os civis, os políticos e os sociais ora como fazendo parte de cada qual dos três⁷⁵.

Evidentemente, a angústia relacionada à efetividade do direito à educação também permeia o debate acadêmico e jurisprudencial, destacando-se as análises relacionadas ao acesso

⁷⁵ CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença**. Cadernos de pesquisa, n. 116, p. 245-262, 2002, pp. 247-254.

proporcionado pelo Poder Público a creches, escolas e universidades públicas, os investimentos aplicados para a prestação de bens e serviços relacionados à educação, bem como os resultados obtidos pelo Brasil em avaliações de seu sistema de ensino.

Cabe explicar que, atualmente, a educação é organizada em dois grandes grupos, a educação básica e a educação superior. A educação básica compõe-se da educação infantil, para crianças até cinco anos de idade, podendo ser oferecida em creche ou em pré-escola; do ensino fundamental, a partir dos seis anos de idade, com duração de nove anos; e do ensino médio ou do ensino técnico, que tem duração mínima de três anos. A educação superior está destinada àqueles que detenham a educação básica completa e objetiva formar diplomados por meio de graduação e pós-graduação. Além dessas tipologias, existe a educação de jovens e adultos, destinada a quem não teve acesso à educação na idade apropriada; a educação especial, com o intuito de prestar educação a educandos com deficiências e transtornos; e a educação indígena, com educação escolar bilíngue e intercultural dos povos indígenas.

Conceitualmente, enquanto na educação se pode abordar formulações mais amplas, como aquilo que se aprende com os costumes, com as tradições e a cultura, o ensino se aproxima a um dos aspectos da educação, como ferramenta para a transmissão do conhecimento, informal ou formal, sendo esse último dotado de cunho científico e, essencialmente, de métodos para sua consecução.

Para tanto, cabe fazer a distinção entre “*ensino*” e “*educação*” apontada por Denise Silva:

A educação é um processo social mediante o qual a sociedade integra seus novos membros, por meio de transmissão de valores, regras e padrões de comportamento. (...) O ensino é entendido como uma atividade educacional mais específica voltada para a apropriação de conhecimentos e saberes vinculados a uma escola, faculdade ou universidade⁷⁶.

Em que pese não ser objeto de análise deste trabalho abordar as diferenças entre os conceitos, ressalta-se que a própria legislação que trata do tema, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB, nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, modificada por meio da atualização proporcionada pela Lei nº 13.666, de 16 de maio de 2018⁷⁷, trata do assunto como se sinônimos fossem:

Art. 4º O dever do Estado com **educação** escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

⁷⁶ SILVA, Denise Mendes da. **O Impacto das Estilos de Aprendizagem no ensino de Contabilidade na FEA-RP/USP**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – FEA-RP/USP, Ribeirão Preto, 2006, p. 26.

⁷⁷ Incluiu ao art. 10º o § 9º-A, assim dispo: A educação alimentar e nutricional será incluída entre os temas transversais de que trata o *caput*.

I - **educação** básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) **ensino** fundamental;
- c) **ensino** médio (grifo nosso).

Apesar das divergências aplicadas especialmente nas teorias científicas da Pedagogia, será utilizado neste trabalho os termos “*educação*” e “*ensino*” tal qual a legislação vigente, sem profundas distinções conceituais.

No tocante à compreensão sobre a importância da análise histórica do direito à educação no Brasil, tal tema será discutido prioritariamente a partir do marco jurídico e cronológico estabelecido pela Constituição Federal de 1988, bem como por alguns aspectos apresentados e legislação infraconstitucional vigente.

A garantia de acesso à educação, cabe ressaltar, já era prevista desde 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁸, ao assegurar que “*toda a pessoa tem direito à educação*”⁷⁹. Bem próximo ao marco da Constituição Federal de 1988, em 1989, esse direito foi assegurado pela Convenção sobre os Direitos da Criança⁸⁰, ao definir que “*os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação*”.

2.1 Educação como direito fundamental

A Constituição Federal prevê, no art. 6º, o direito à educação como um direito de natureza fundamental. Considerado um direito de segunda dimensão ou geração por preponderante parcela da doutrina, o direito à educação trata da busca pela Justiça Social, objetivando proporcionar uma vida digna a todos, sendo, portanto, parte essencial dos

⁷⁸ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), na ocasião composta por 58 Estados-membros, entre eles o Brasil.

⁷⁹ Organização das Nações Unidas – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Artigo 26: 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

⁸⁰ Art. 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, 1989: 1- Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão (...)

fundamentos⁸¹ e dos objetivos⁸² elencados na Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Art. 6º São direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo nosso).

Esse direito foi pormenorizado no Título VIII, que trata da Ordem Social, especialmente nos artigos 205 a 214, que estabelecem diretrizes para o sistema educacional brasileiro, assumindo tanto a perspectiva subjetiva, configurando-se como direito plenamente exigível pelo cidadão, quanto a perspectiva objetiva, caracterizando-se como um elemento fundamental da comunidade a ser resguardado por políticas públicas⁸³.

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.

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

(...)

§ 1º O acesso ao **ensino** obrigatório e gratuito é **direito público subjetivo** (grifo nosso).

A Constituição garante o direito à educação a todos, sendo aplicado o princípio da universalidade da prestação do ensino, independentemente de especificidades de raça, gênero ou idade. No entanto, em termos práticos, essa garantia é limitada, à medida que é feita a dissociação dos níveis de ensino adotados no Brasil. Para o nível de educação básica, que compreende, conforme o já citado art. 4 da LDB, a pré-escola, o ensino fundamental e o médio, existe a obrigatoriedade para todos entre 4 (quatro) e 17 (dezesete) anos, porém, não há essa obrigatoriedade quanto ao ensino superior. Apesar dessa liberdade de escolha do indivíduo quanto à possibilidade de obter ou não a titulação do ensino de nível superior, é incumbência do Estado garantir o acesso a todos aqueles que demandem tal qualificação.

⁸¹ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

⁸² Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸³ BORGES, Marina Soares Vital. **A atuação do sistema de justiça na efetivação dos direitos fundamentais: um estudo sobre o direito à educação básica, na comarca de Florianópolis/SC, no período de 2000 a 2005.** Tese (Doutorado). UFSC. 2007, p. 92.

Merece destaque a alteração aplicada no inciso I do art. 208 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº. 59, de 2009, alterando o escopo relacionado à garantia ao direito à educação, até então obrigatório e gratuito apenas para o ensino fundamental (inciso I), e de “*progressiva universalização do ensino médio gratuito*” (inciso II), passando a ser constitucionalmente prevista a educação básica “*obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria*” (inciso I após a alteração), alargando o campo de proteção desse direito ao ensino médio e praticamente tornando dispensável o supracitado inciso II.

Quanto ao financiamento da educação pública, o art. 212 da Constituição Federal estabelece que a União aplicará, na manutenção e desenvolvimento do ensino, anualmente, não menos de 18% e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não menos de 25% de suas receitas resultantes de impostos. Seu §3º estabelece que a distribuição dos recursos públicos terá como prioridade o atendimento das necessidades do ensino obrigatório, enquanto que o §5º e §6º tratam da contribuição social do salário-educação como fonte adicional de financiamento.

Para tanto, o art. 213 estabelece que tais recursos públicos serão destinados às escolas públicas, mas também podem ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas (se cumprirem exigências definidas em lei e pela própria Constituição). Seu §1º trata da possibilidade de aplicação desses recursos para bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. Já o §2º estabelece que as atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

Para a efetivação de um direito com alcance tão amplo, existe a necessidade de definição das diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades. A Constituição Federal estabelece, em seu art. 214, que a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o intuito de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração, por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; promoção humanística, científica e tecnológica do País; estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em

educação como proporção do produto interno bruto. A lei que regula o atual decênio é a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação, PNE, com vigência até 26 de junho de 2024.

Conforme explica Duarte, o direito à educação não deve ser reduzido ao direito do indivíduo de cursar o ensino básico para alcançar melhores oportunidades de emprego e contribuir para o desenvolvimento econômico da nação, mas deveria ter como escopo o oferecimento de condições para o desenvolvimento pleno de inúmeras capacidades individuais, sem se limitar às exigências do mercado de trabalho, pois o ser humano é fonte inesgotável de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral, criativo e social⁸⁴.

Para Mendes, deve ser ressaltado o papel desempenhado por uma educação de qualidade na completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, principalmente no que se refere aos instrumentos de participação direta, como o referendo e o plebiscito, pois as falhas na formação intelectual da população inibem sua participação no processo político e impedem o aprofundamento da democracia⁸⁵. Ou seja, de acordo com esse entendimento, o direito à educação impacta diretamente o exercício dos direitos políticos relacionados ao fundamento constitucional da cidadania (art. 1º, II da Constituição Federal).

O direito à educação, para Eliane de Sousa, é associado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), que tem um impacto potencialmente forte não só por voltar-se à tutela da dignidade humana, como também por preservar elementos culturais, da personalidade e da identidade social⁸⁶. Ademais, para Medeiros, o direito público subjetivo à educação básica é revestido do manto do mínimo existencial, visto que se mostra necessário para o exercício do direito da liberdade, que também é constitucionalmente assegurado, não estando “*relegado à reserva do possível ou tampouco pode estar adstrito às questões que ensejam escolhas dramáticas*”⁸⁷.

Tanto o fundamento constitucional da cidadania quanto o da dignidade da pessoa humana justificam afirmar, para Trindade, que a educação é um dos principais direitos previstos na Constituição. Esse panorama do direito à educação permitiria que as pessoas detivessem um

⁸⁴ DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Revista Educação Social, vol. 28 nº 100. 2007, pp. 113-118.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p.652.

⁸⁶ SOUSA, Eliane de. **Série IDP - Direito à Educação - Requisito para o desenvolvimento do País**, 1ª edição. Saraiva, 05/2010, p. 33.

⁸⁷ MEDEIROS, Monica Jaqueline Sifuentes Pacheco de. **O acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p.64.

ambiente democrático e de acesso igualitário às oportunidades, em conformidade com o objetivo fundamental da Constituição Federal, que prevê a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, Constituição Federal).

Sob o aspecto dos objetivos constitucionais relacionados ao direito à educação, deve ser ressaltado que “*somente podem ser alcançados se a massa social estiver em um patamar de desenvolvimento que permita realizar escolhas com consciência e liberdade*”⁸⁸. Nesse sentido, o direito à educação denota forte influência no atingimento do primeiro objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º. I, Constituição Federal).

A garantia ao acesso à educação, em qualquer nível, está intimamente vinculada à ideia de efetividade jurídica, por meio do qual assegura a realização do preceito constitucional. No entanto, a Constituição Federal também exige, em seu art. 206, VII, que o ensino será ministrado com base no princípio da “*garantia de padrão de qualidade*”, demonstrando a vertente atrelada à compreensão de efetividade social.

Dessa forma, para avaliar como se dá a efetividade do direito à educação no Brasil, propõe-se a análise desse direito sob duas vertentes. Inicialmente, quanto ao acesso, a fim de verificar como ocorre a sua efetividade jurídica, ou seja, se esse direito deixa de limitar-se ao aspecto meramente normativo e é exercido no plano concreto. Em seguida, o intuito é demonstrar a efetividade social desse direito no Brasil, por meio dos resultados das políticas públicas de educação, relacionando-os com os de outros países, a fim de buscar definir parâmetros dos efeitos dessas políticas públicas.

2.2 Efetividade jurídica do direito à educação

Para assegurar efetividade jurídica ao direito à educação, uma premissa seria garantir que todos os postulantes tenham a capacidade de acessar o sistema de ensino. Como explicado, a Constituição Federal determina que o direito à educação básica é obrigatório, se apresentando como um dever do Estado e da família, conforme art. 205, sendo ampliado o rol de competências ao incluir a sociedade, quando se trata do direito à educação assegurado a

⁸⁸ TRINDADE, Andre Fernando dos Reis. **Manual de direito constitucional**. Editora Saraiva, 2017, p.243.

crianças, adolescentes e jovens, sendo-lhes dada absoluta prioridade, em razão do art. 227⁸⁹ do texto constitucional.

Já quanto ao ensino superior, é constitucionalmente garantido o seu acesso, sem que se configure um direito do tipo prestacional, ao estabelecer que, mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, será efetivado o dever do Estado com a educação (art. 208, V da Constituição Federal). Diante disso, pode-se afirmar que deve ser assegurado o acesso, por meio de oferecimento de vagas, desde a educação básica até o ensino superior, a todos que as demandem (e a prestação gratuita no caso da educação básica).

A referida Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB, nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, trata da educação; dos princípios e fins da educação nacional; do direito à educação e do dever de educar; dos níveis e das modalidades de educação e ensino; dos profissionais da educação; dos recursos financeiros, entre outros temas. Sobre a organização da Educação Nacional, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino.

Em síntese, seu Título IV estabelece uma espécie de repartição de competências entre os entes federativos, determinando que caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais; a autorização e criação de cursos das instituições de educação superior; a elaboração do Plano Nacional de Educação (em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios); e a realização de avaliações nacionais do Ensino, entre outras atribuições, especialmente relacionadas a definição de diretrizes.

Aos Estados há a incumbência de assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem; gerir os cursos das instituições estaduais de educação superior; e assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.

⁸⁹ Constituição Federal. Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso).**

Os Municípios devem oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental; e assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal. Ao Distrito Federal são aplicadas as competências referentes aos Estados e aos Municípios.

A LDB determina, em seu art. 5º, que “o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo”⁹⁰, enquanto que o §1º do art. 208 da Constituição Federal afirma que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Quanto a esse aspecto, Alvarez afirma que o direito público subjetivo consiste em instituto que permite ao seu titular determinadas faculdades jurídicas que são garantidas através de normas, sendo relevantes quanto à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente de cunho social, pelo Estado, que figura como sujeito passivo da obrigação:

Em vista disso, cabe pontuar a relevância da proteção conferida ao ensino fundamental regular na Constituição de 1988. Ao estabelecer o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo de maneira positiva(da), o constituinte fixou a natureza jurídica no próprio dispositivo. Frise-se que, com isso, não se está dizendo que os outros direitos fundamentais sociais não sejam pretensões exigíveis⁹¹.

Elencadas as premissas apresentadas, constata-se que ao menos o acesso à educação no Brasil em qualquer nível, inclusive o superior, ao menos formalmente, é assegurado a todos como Direito Fundamental.

Outrossim, cabe destacar relevante diferença entre a garantia ao acesso, prevista para o ensino superior, e a garantia à educação propriamente dita, conferida à educação básica. No primeiro caso, trata-se, essencialmente, de um direito de liberdade, ou um direito negativo, no sentido de evitar a intervenção ou assegurar o não impedimento de ações ou omissões, enquanto no segundo há a característica de um direito positivo, ou seja, do tipo prestacional, sob a égide de prestações materiais.

Assim, foi feita a opção de avaliar como está se comportando a efetividade jurídica voltada à observância do direito ao acesso ao ensino superior no Brasil, tendo em vista que esse direito padecia, por muitos anos, de omissão estatal, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988 que expressamente o garante, conforme explicado.

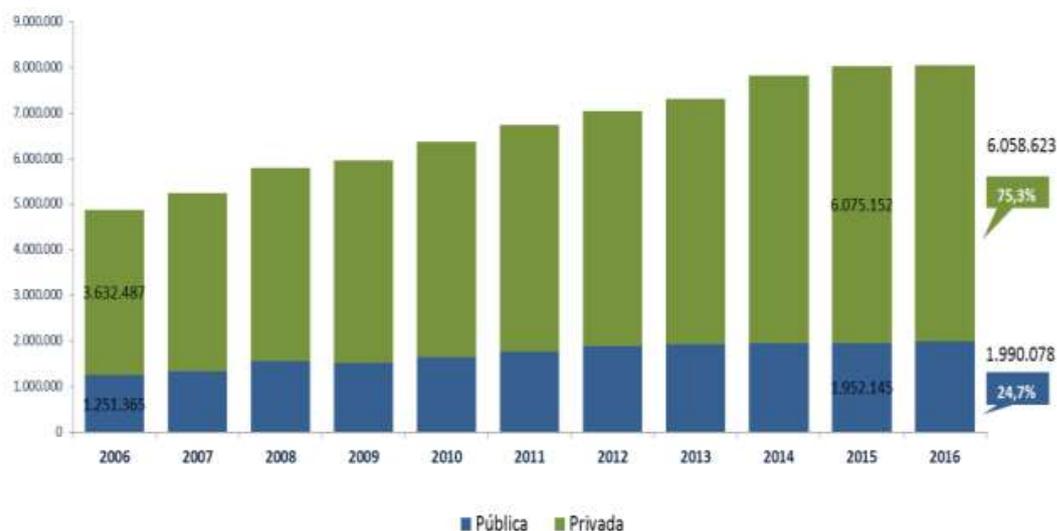
⁹⁰ Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB, nº 9.394 de 1996 (atualizada pela Lei nº 12.796, de 2013). Art. 5º. O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo.

⁹¹ ALVAREZ, Monique Modesto Ungar. **Direito Público subjetivo – uma análise crítica**. Revista Direito UNIFACS n. 151. Salvador, 2013, pp.1-8.

Após o início da conjuntura de fortalecimento das instituições brasileiras, o ensino superior no país ganhou relevância à medida que foi criado, a partir de 1995, um novo arcabouço jurídico que permitiu a diversificação das Instituições de Ensino Superior, IES, permitindo a reestruturação e ampliação da oferta de cursos e vagas diante da forte demanda derivada do mercado de trabalho.

Entre 1995 e 2016, conforme Censo da Educação Superior, o número total de matrículas em IES aumentou de 1,76 milhões para 8,05 milhões, ou seja, uma variação de cerca de 357%. Neste aspecto impende destacar que a maior responsável por tamanha transformação do cenário do ensino superior no Brasil foi a ampliação das vagas oferecidas em instituições privadas, que iniciaram aquele período com aproximadamente 1,05 milhão de matrículas e finalizou com 6,05 milhões de alunos matriculados, enquanto que as instituições públicas ampliaram sua oferta de 700 mil para 1,99 milhões de matrículas no período⁹². Ou seja, as IES públicas foram responsáveis por cerca de 25% do total de matrículas em 2016.

Gráfico 01: evolução do número de matrículas na educação superior.



Fonte: Censo da Educação Superior.

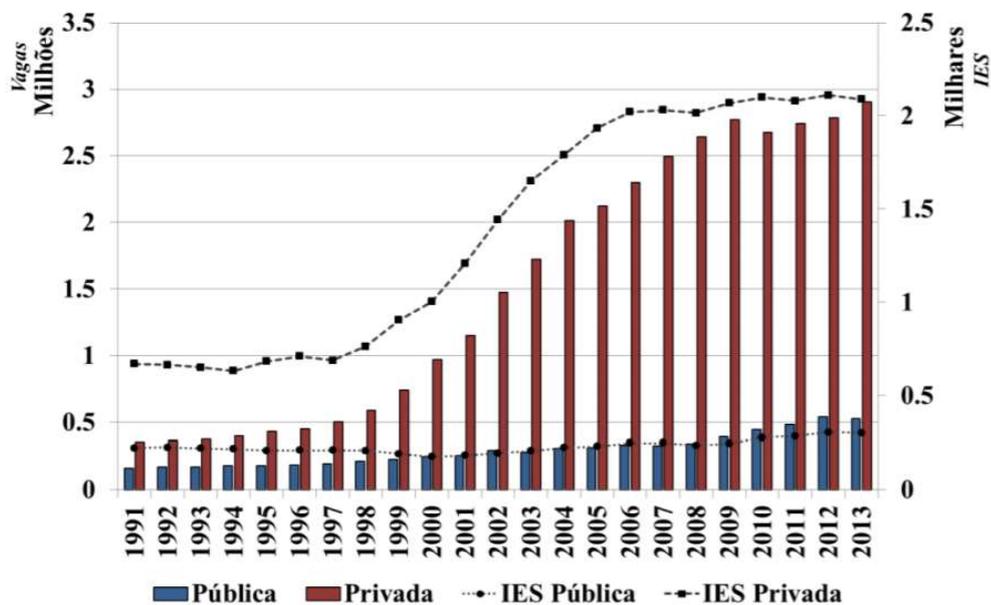
Importante ressaltar que o Censo da Educação Superior também indicou que, a partir dos anos 2000, a Educação a Distância começa a ganhar relevância no ensino superior no país, sendo que em 2016 foi responsável por 15,8% do setor (equivalente a 1,15 milhão de matrículas). Uma expansão tão acelerada no número total de matrículas no ensino superior favorece o surgimento de problemas relacionados às instituições de ensino, principalmente

⁹² Dados do INEP: BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Censo da Educação Superior**. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2016/notas_sobre_o_censo_da_educacao_superior_2016.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

quanto à qualidade dos cursos oferecidos. Para acompanhar e regular as IES, o governo federal brasileiro criou instrumentos de avaliação como o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes, ENADE, iniciado em 2004, e, a partir de 2007, o Indicador de Diferença entre os Desempenhos Observado e Esperado, IDD; Conceito Preliminar de Curso, CPC; e o Índice Geral de Cursos Avaliados da Instituição, IGC.

Para uma análise crítica quanto à garantia do acesso à educação superior no Brasil a respeito de sua efetividade jurídica, foram cruzados dados dos relatórios do IBGE sobre a população brasileira, do Censo Escolar da Educação Básica⁹³ e do Censo da Educação Superior, ambos do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP⁹⁴.

Gráfico 02: evolução do número de vagas disponibilizadas na educação superior.



Fonte: Ensino Superior no Brasil⁹⁵.

Quando os dados sobre a evolução das vagas disponíveis no ensino superior são divulgados pelo INEP (anualmente desde 1995), frequentemente é dada evidência ao acréscimo anual das oportunidades oferecidas graças às políticas de expansão, fato que deve ser destacado diante dos desafios atrelados e das possibilidades positivas que essa política educacional pode trazer. Já foi evidenciado que o acesso à educação superior no Brasil, como direito fundamental, é assegurado a todos. Porém, como afirmado em relatório do Instituto Brasileiro de Geografia

⁹³ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Censo escolar**. Disponível em: <<http://inep.gov.br/educacao-basica>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁹⁴ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Censo da Educação Superior**. Disponível em: <<http://inep.gov.br/censo-da-educacao-superior>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁹⁵ TASHIBANA, Thiago Yudi; MENEZES FILHO, Naercio; KOMATSU, Bruno. **Ensino superior no Brasil**. insper.edu.br, dez. 2015. (Policy Paper, n. 14). Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/Ensino-superior-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 14.

e Estatística, IBGE, a universalização da educação superior está encadeada e condicionada à educação básica obrigatória, que depende do aumento da frequência escolar no ensino médio.

A elevada frequência escolar bruta⁹⁶ dos jovens de 15 (quinze) a 17 (dezesete) anos de idade (84,3%) não significa que eles estavam frequentando o nível adequado à sua faixa etária⁹⁷, o que vai refletir nas oportunidades referentes à educação de nível superior, geralmente caracterizado para pessoas de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos de idade. A título de exemplo, de acordo com os dados do INEP, em 2013 existiam 8,13 milhões de estudantes matriculados no ensino médio. No entanto, em que pese essa etapa escolar compreender três anos letivos, o que nos levaria a crer que esses estudantes estariam divididos aproximadamente em um terço para cada ano escolar (33,33%), apenas 1,87 milhão de alunos eram concluintes dessa etapa (cerca de 23%). Ressalte-se, ainda, o número relevante de jovens dessa faixa etária fora das escolas, cerca de 1,55 milhão de potencialidades que não tiveram a chance de exercer suas capacidades em plenitude.

Quando a análise exploratória é sobre a faixa etária entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos, idade considerada padrão para os estudantes de ensino superior⁹⁸, também em 2013, constata-se que os desafios são ainda maiores. Os dados demonstram que, aproximadamente, 1,9% do rol encontrava-se no ensino fundamental; 2% em outro tipo de ensino (pré-vestibular, supletivo e alfabetização de adultos), 9,8% no ensino médio e, finalmente, apenas 16,4% estavam matriculados no ensino superior. Portanto, cerca de 70% dessas pessoas não estudavam, sendo que, desses, aproximadamente 44% sequer tinham terminado o ensino médio, ou seja, estão em situação de fragilidade social à medida que pertencem a um grupo com menos oportunidades de inserção qualificada no mercado de trabalho⁹⁹.

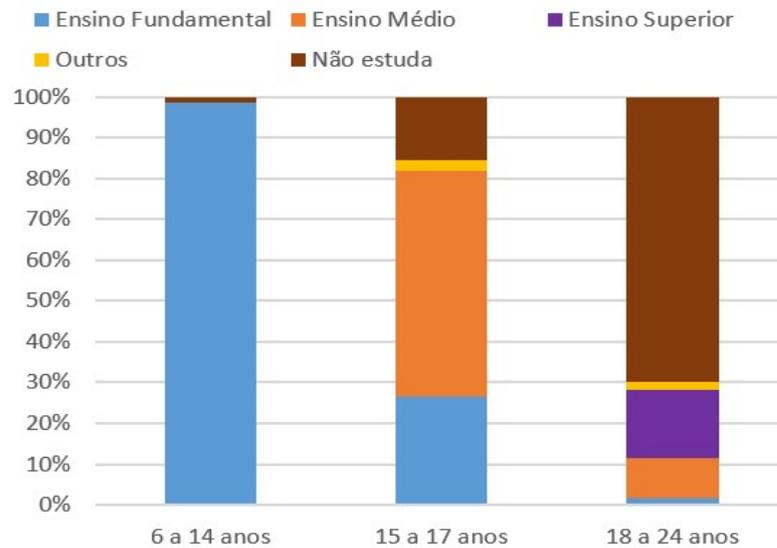
⁹⁶ Taxa bruta de matrícula é o percentual da população matriculada em determinado nível de ensino, em relação à população total que se encontra na faixa etária recomendada para esse nível; taxa líquida é o percentual da população em determinada faixa etária que se encontra matriculada no nível de ensino recomendado para tal faixa; na educação superior é calculada em relação à faixa etária de 18 a 24 anos. ANDRÉS, Aparecida. **Expansão da educação superior sob os planos nacionais da educação: expectativas, fatos e perspectivas**. In Plano Nacional de Educação: olhares sobre o andamento das metas. Org. Gomes, Ana Valeska Amaral. Julho de 2017. Brasília: Edições Câmara. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema11/expansao-da-educacao-superior-sob-os-planos-nacionais-da-educacao-expectativas-fatos-e-perspectivas_aparecida-andres>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 150.

⁹⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais – uma análise das condições de vida da população brasileira**. 2014, pp. 104.

⁹⁸ De acordo com dados do INEP, a idade média dos estudantes de nível superior em 2012 foi de 21 anos nos cursos presenciais. Resumo Técnico do Censo da Educação Superior de 2012. INEP. 2013.

⁹⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais – uma análise das condições de vida da população brasileira**. 2014, pp. 109.

Gráfico 03: Relação entre matrículas no ensino fundamental, médio e superior e a as respectivas faixas de idade em 2012.



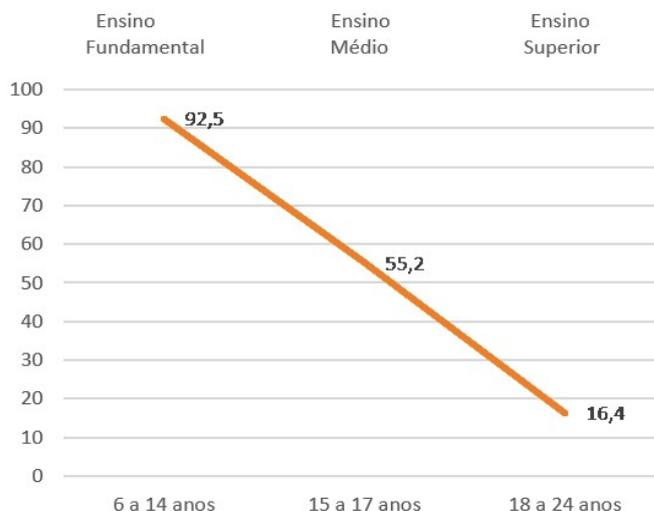
Fonte: autoria própria.

A piora dos índices é confirmada com a confrontação dos dados ao se analisar a taxa de frequência escolar líquida¹⁰⁰ no ensino fundamental, médio e superior, onde se verifica a acentuada redução da parcela de jovens que têm ensino escolar de acordo com sua faixa de idade. Confrontando os dados apresentados a respeito da taxa de frequência líquida no ensino fundamental, médio e superior, com os dados apresentados anteriormente sobre a quantidade de matrículas disponíveis nas IES, pode-se demonstrar um quadro geral sobre a questão do acesso ao ensino superior no Brasil.

Para essa abordagem, foi estimado o potencial de alunos que o Brasil teria disponível em 2012 com possibilidade de acesso a uma das vagas disponíveis nas IES em 2013. Para o cálculo da base de pessoas aptas ao acesso, o primeiro passo foi isolar o que era estoque de vagas e o efetivo público ingressante. Dessa forma, não seria suficiente saber quantos alunos estavam matriculados no ensino médio, mas quantos eram concluintes. Da mesma maneira, não seria útil para essa análise unicamente o número total de pessoas matriculadas em uma instituição de nível superior, mas o número de vagas disponíveis para possíveis ingressantes.

¹⁰⁰ Taxa de frequência escolar líquida: Proporção de pessoas de uma determinada faixa etária que frequenta escola no nível de ensino adequado à essa faixa etária, conforme organização do sistema educacional brasileiro, em relação ao total de pessoas da mesma faixa etária. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais – uma análise das condições de vida da população brasileira**. 2014, pp. 207.

Gráfico 04: Taxa de frequência líquida no ensino fundamental, médio e superior e a as respectivas faixas de idade em 2012.



Fonte: autoria própria.

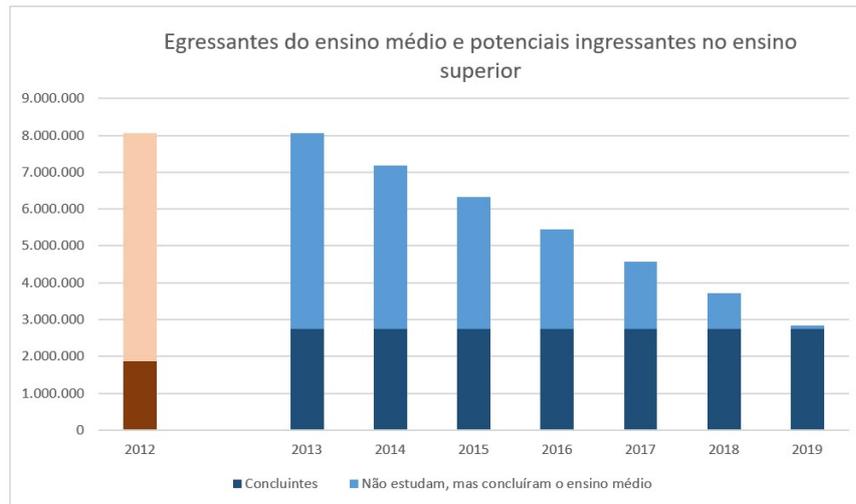
O número de concluintes do ensino médio, em 2012, foi de 1,82 milhão de jovens¹⁰¹, enquanto que, em 2013, de acordo com dados do INEP, foram oferecidas, entre cursos presenciais e a distância, aproximadamente 2,75 milhões de vagas. Logo, seria possível afirmar que havia excedente de vagas para o ensino superior.

Da mesma forma, ao confrontar os dados de possíveis ingressantes no ensino superior e o de possíveis egressantes do ensino médio, pode ser constatado que existe uma diferença a favor do primeiro grupo de 868 mil vagas. Mantendo-se a média do período entre 2012 e 2013, considerando o número de prováveis candidatos a matricular-se em uma IES na faixa etária entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos que possuem nível médio, mas não possuem nível superior, seria possível praticamente zerar o passivo em aproximadamente 7 (sete) anos.

Ressalta-se que o limite definido pela faixa de idade entre 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos sugere uma visão insuficiente do problema, à medida que existem milhões de brasileiros que não cursaram o nível superior. Além disso, constata-se que apenas cerca de 27% das vagas disponíveis no ensino superior são de IES públicas, ou seja, gratuitas, o que limita dramaticamente o acesso a tais instituições, visto que a maior parte da população possui baixo poder aquisitivo e nem todos cumprem os requisitos estabelecidos para a participação em programas de inclusão no ensino superior.

¹⁰¹ Dados do INEP. BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Censo da Educação Superior**. Disponível em: <<http://inep.gov.br/censo-da-educacao-superior>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

Gráfico 05: Relação entre potenciais ingressantes ao ensino superior e as vagas oferecidas (18 a 24 anos)



Fonte: autoria própria.

Ademais, a partir dos dados referentes à faixa etária entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos¹⁰², conclui-se que havia, naquele ano, cerca de 6,18 milhões de pessoas nessa faixa etária que possuíam o ensino médio concluído, mas não deram continuidade aos estudos, totalizando cerca de 8 milhões de potenciais ingressantes das diversas instituições de nível superior no Brasil (1,82 milhões de concluintes somados aos 6,18 milhões dos que não ingressaram no ensino superior). Logo, é possível concluir que, caso todos os brasileiros nessa faixa etária, no ano de 2013, pleiteassem o exercício ao seu direito de acesso à educação em nível superior, existiria uma carência de aproximadamente 5,25 milhões de vagas, ou seja, seria necessário praticamente dobrar a quantidade de vagas oferecidas no ensino superior no Brasil.

Quanto à eficácia jurídica associada ao acesso à educação, podem ser indicadas algumas teses para o entendimento a respeito do número de estudantes cursando o ensino superior no Brasil. Foi demonstrado que as vagas no ensino superior existem em quantidade até superior que o número de matrículas efetuadas nas IES, ou seja, a oferta mostra-se superior à demanda, o que permitiria indicar que, exclusivamente sob a ótica do ensino superior, em tese, restaria assegurado o direito constitucional ao acesso a esse nível educacional.

Porém, conforme constatado, observou-se que, se os jovens que atingem a idade de 17 (dezessete) anos estivessem em seu nível escolar ideal, qual seja, no último ano do ensino básico, teríamos em número insuficiente de vagas no ensino superior para atender sua expectativa quanto ao acesso ao ensino superior. Apresentando uma estimativa, considerando

¹⁰² BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais – uma análise das condições de vida da população brasileira**. 2014, pp. 118.

que a taxa de frequência líquida para a faixa de idade entre 15 (quinze) e 17 (dezesete) anos apresenta a média de 55,2% no ensino médio em 2012, pode-se inferir que, se fosse atingido o índice impecável de 100% de frequência, no último ano do ensino médio teríamos cerca de 3,29 milhões de concluintes naquele ano, ou seja, as 2,75 milhões de vagas para alunos ingressantes oferecidas entre IES públicas e privadas seriam insuficientes, com um déficit de aproximadamente 540 mil vagas por ano.

A condição econômica do país, que possui uma riqueza que se mostra extremamente desigual entre as camadas sociais, praticamente impede que pessoas com níveis mais baixos de renda tenham acesso ao sistema de educação de nível superior sem a intervenção governamental por meio de vagas em instituições públicas de ensino superior, de caráter gratuito, e programas de inclusão ao ensino superior, como PROUNI e FIES. O problema a ser superado correlaciona-se com a utilização do ensino superior como instrumento de democratização das oportunidades na sociedade brasileira. Atualmente, a solução adotada foi a expansão da participação de grupos historicamente excluídos desse tipo de educação com a utilização de políticas públicas afirmativas.

Para tal, existem 196 Instituições de Ensino Superior públicas e gratuitas (entre federais, estaduais e municipais), com aproximadamente 823 mil vagas disponibilizadas em 2017¹⁰³. A política afirmativa mais preponderante a esse respeito estipula a definição de cotas para estudantes que garante 50% das matrículas a quem tenha cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, seja em cursos regulares ou da educação de jovens e adultos. Os demais 50% das vagas permanecem para ampla concorrência. Essa determinação está definida no art. 1º da Lei nº 12.711, de 29 de agosto 2012¹⁰⁴.

Outrossim, desde 2003, algumas universidades adotaram, além de cotas sociais, as cotas raciais. Exemplificativamente, a Universidade de Brasília, UnB, adota a reserva de 5% de suas vagas para estudantes negros, pardos e indígenas¹⁰⁵. Destaca-se, no entanto, que as políticas públicas que possibilitam o acesso ao ensino superior em IES gratuitas, bem como, ao dispor

¹⁰³ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Notas estatísticas do Censo da Educação Superior**. Disponível em <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/centso_superior/documentos/2018/centso_da_educacao_superior_2017-notas_estatisticas2.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018, p.8.

¹⁰⁴ BRASIL. Ministério da Educação. **Ensino superior — entenda as cotas para quem estudou todo o ensino médio em escolas públicas**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cotas/perguntas-frequentes.html>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁰⁵ BRASIL. Universidade de Brasília – UnB. **Aprovação das cotas raciais na UnB completa 15 anos**. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publicacoes/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>>. Acesso em 07 out. 2018.

de bolsas de estudos ou financiar o pagamento do ensino em IES que exigem contraprestação, resultam em dispêndios financeiros oriundos do orçamento público que, evidentemente, são limitados.

Em 1999, foi criado o Programa de Financiamento Estudantil, FIES, para financiamento da graduação em educação superior de estudantes matriculados em instituições não gratuitas¹⁰⁶. Conforme Relatório de Auditoria realizada pelo TCU no Fundo de Financiamento Estudantil, trata-se de uma política pública concebida para proporcionar o acesso ao ensino superior por parte de estudantes que, sem auxílio do Estado, não teriam como ingressar e se manter em instituições de ensino privadas.

Além do caráter social, apresenta também relação com aspectos econômicos, visto que a presença de população mais escolarizada gera ao país benefícios econômicos diretos e indiretos. Os recursos dos financiamentos já concedidos podem retornar ao programa para realização de financiamentos a novos estudantes, criando assim um círculo virtuoso de desenvolvimento. Entretanto, para que tais condições sejam efetivamente vivenciadas, é necessário que a política pública seja adequadamente concebida, executada, acompanhada e avaliada¹⁰⁷.

A partir de 2015, em função da redução de recursos disponibilizados para o programa, foram estipuladas regras mais rígidas para a concessão do financiamento, gerando uma tendência de redução que se confirmou até o ano de 2017, última referência de dados disponíveis.

O Programa Universidade para Todos, PROUNI, de 2004, tem por objetivo a concessão de vagas para estudantes de baixa renda em instituições privadas de ensino superior (com ou sem fins lucrativos). Esse programa foi regulamentado por meio de Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, e institucionalizado por sua conversão em lei (nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005). Como contrapartida, a instituição que aderir ao PROUNI ficará isenta, no período de vigência do termo de adesão, de alguns tributos federais.

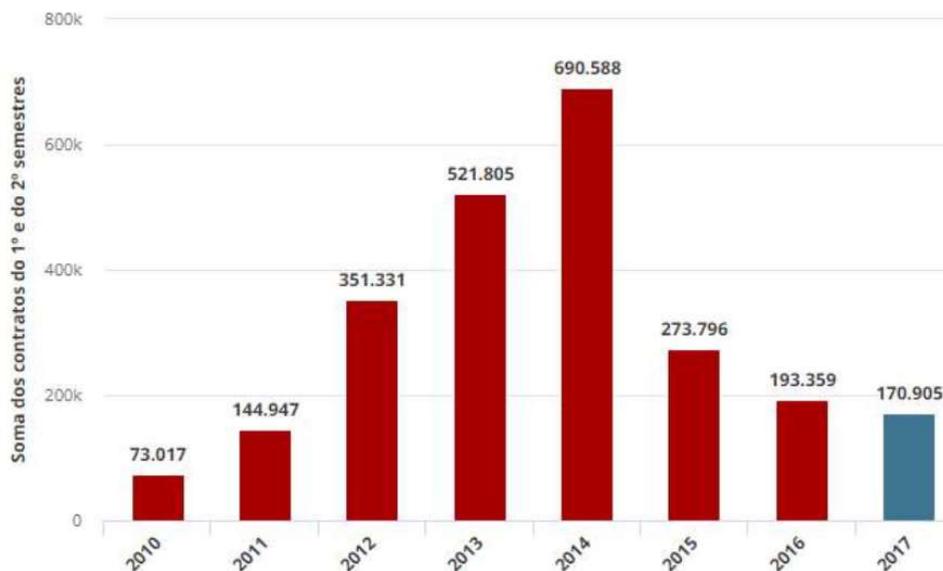
O PROUNI concede bolsas de estudo integrais e parciais (50% a 25%) em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, a estudantes brasileiros sem diploma de nível

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério da Educação. **FIES — Tire suas dúvidas**. Disponível em: <<http://fies.mec.gov.br/?pagina=faq>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria realizada no Fundo de Financiamento Estudantil — FIES**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/08/43/F7/B1/51B98510784389852A2818A8/011.884-2016-9%20_FIES_.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018. p.24.

superior¹⁰⁸. Para obter uma bolsa integral, o candidato deve comprovar renda bruta familiar de até um salário mínimo e meio por pessoa. No caso das bolsas parciais de 50%, o interessado precisa comprovar renda bruta familiar de até três salários mínimos por pessoa.

Gráfico 06: FIES: Financiamentos concedidos (2010 a 2017)



Fonte: Políticas públicas para a juventude: um olhar sobre os programas FIES e Prouni¹⁰⁹

Em ambos os casos, o pleiteante deve ter estudado o segundo grau exclusivamente em escola pública, salvo se foi bolsista em escola particular. Também não pode possuir nenhum diploma de curso superior. O Prouni também beneficia candidatos com cotas afirmativas, isto é, garantindo vagas para estudantes da raça negra, índios e pessoas com deficiência¹¹⁰.

Em pesquisa publicada por Aquino *et al* foi revelado que, para a maioria dos bolsistas, esta é a primeira geração da família a ter acesso ao ensino superior. São oriundos de escola pública de pouca qualidade, cujas famílias tem um baixo capital cultural, a maioria dos pais e mães tem o nível fundamental incompleto ou completo e há casos de mães analfabetas. Também foi identificado que o programa tem impacto social positivo na família, que sente “*orgulho*” do feito do filho(a); e se torna um “*instrumento*” de motivação e incentivo para a retomada dos estudos, visto que outros entes familiares se sentem motivados a dar início ou a prosseguir os

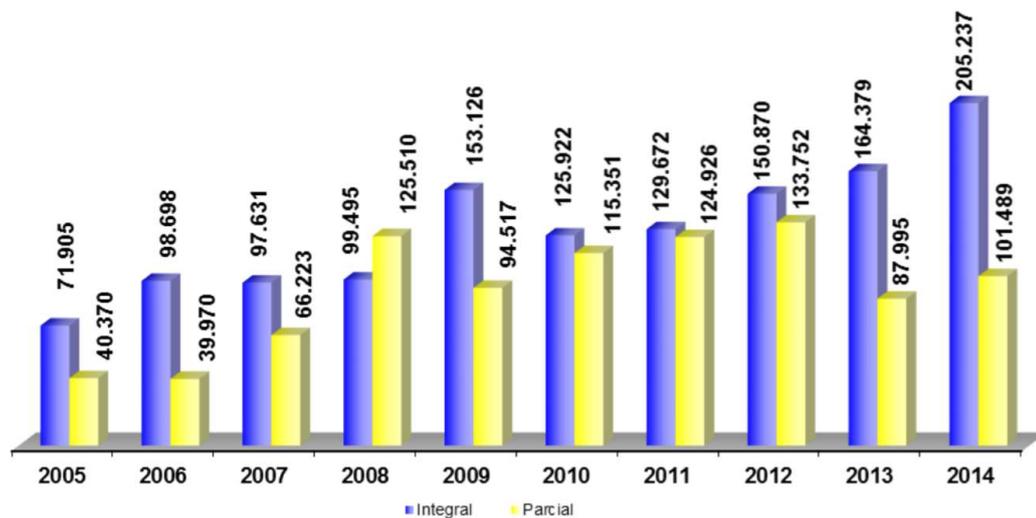
¹⁰⁸ BRASIL. Ministério da Educação. **Prouni – o programa**. Disponível em: <<http://prouniportal.mec.gov.br/o-programa>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁰⁹ CARVALHO, Klayton Lima Calvante; SILVA, Sandra Maria Barbosa. **Políticas públicas para a juventude: um olhar sobre os programas Fies e Prouni**. *Multidebates*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 282-292, out. 2018. ISSN 2594-4568. Disponível em: <<http://www.faculdadeitop.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/121>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

¹¹⁰ BRASIL. **Prouni e Fies**. Disponível em: <<https://www.prouni.com.br/prouni-e-fies/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

estudos após a experiência com o PROUNI. Ao serem beneficiados, os estudantes melhoram as chances de acesso ao mercado de trabalho, através de estágios. Os relatos revelaram a importância do programa pela redistribuição das oportunidades de acesso ao ensino superior, assegurando a inclusão de grupos que antes não tinham perspectivas de estudo¹¹¹.

Gráfico 07: PROUNI: bolsas ofertadas (2005 a 2014)



Fonte: Portal PROUNI¹¹²

Em que pese a indubitável promoção de acesso ao ensino superior, Chaves *et al* apontam críticas ao FIES e ao PROUNI, principalmente, por serem um meio que fortalece a “mercantilização, privatização e financiamento da educação superior brasileira na medida em que contribuem para o aumento do patrimônio líquido dos grupos educacionais privado-mercantis listados ou não na BM&FBovespa”¹¹³. Nesse sentido, o Relatório de Auditoria realizada pelo TCU no Fundo de Financiamento Estudantil confirma o considerável aumento do lucro dos grupos educacionais privados relacionados ao ensino superior que receberam repasses do FIES.

(...) observa-se vultoso crescimento no lucro dos grupos educacionais no período. Por óbvio que não se pode atribuir exclusivamente ao Fies a grande evolução observada nos ganhos auferidos pelas instituições de ensino superior privadas, tampouco pretende-se deslegitimar o lucro obtido em atividades empresariais regularmente constituídas, de acordo com a legislação vigente. Entretanto, não se pode também

¹¹¹ AQUINO, Laurence. MORCHE, Bruno. NEVES, Clarissa Eckert Baeta. **Acesso e Equidade no ensino superior: ProUni uma política de inclusão social?** Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2010, p. 1766.

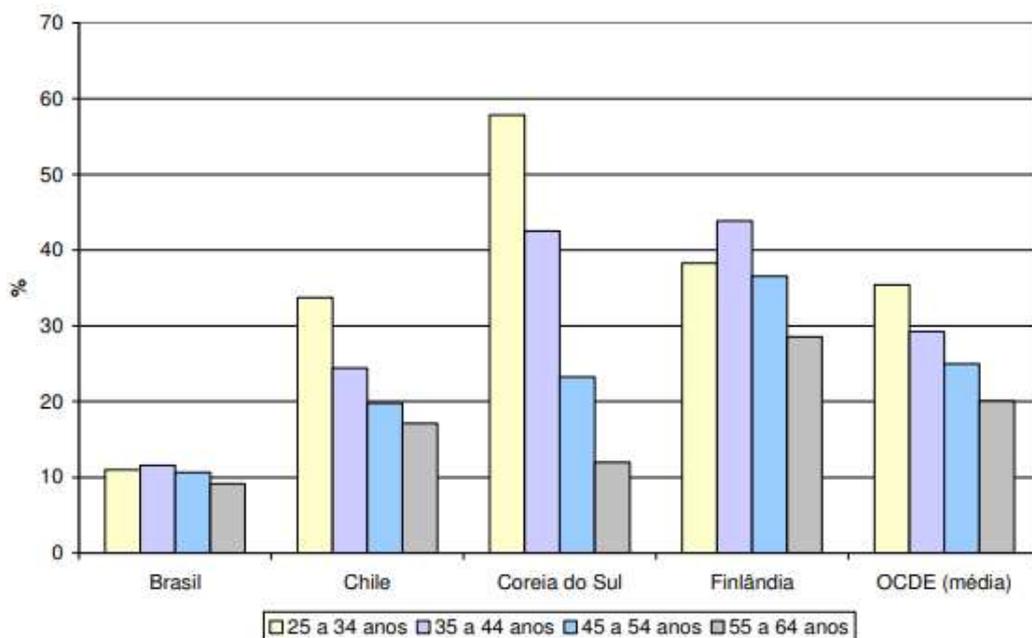
¹¹² BRASIL. **Portal Prouni — Representações gráficas — Bolsas ofertadas por ano.** Disponível em: <http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Representacoes_graficas/bolsas_ofertadas_ano.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

¹¹³ CHAVES, Vera Lúcia Jacob; REIS, Luiz Fernando; GUIMARÃES, André Rodrigues. **Dívida pública e financiamento da educação superior no Brasil.** Acta Scientiarum. Education, v. 40, p. 5, 2018. <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/ActaSciEduc/article/viewFile/37668/21760>. Acesso em: 11 nov. 2018, p. 9.

desconsiderar a importância do Fies para o crescimento do setor privado que explora as atividades de ensino superior no país¹¹⁴.

A crítica também se fundamenta ao se considerar que os repasses de recursos públicos a instituições privadas de ensino significam que estes deixaram de ser aplicados em IES públicas. A limitação orçamentária no sistema público dificulta a expansão de vagas em unidades gratuitas e a democratização do ensino superior.

Gráfico 08: Percentual da população com Ensino Superior por faixa etária (2008)



Fonte: *Education at a Glance 2010*¹¹⁵

Ademais, conforme apontam Neves e Martins, a onda de expansão no setor público e no segmento privado não mudou, de forma preponderante, a taxa líquida de matrícula no ensino superior brasileiro para jovens com idade entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos. Permanece em aproximadamente 14,9%, ou seja, bem abaixo da taxa de países da região com níveis de desenvolvimento inferiores aos do Brasil, bem como com os países da América Latina em estágio inferior de desenvolvimento¹¹⁶.

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria realizada no Fundo de Financiamento Estudantil – FIES**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/08/43/F7/B1/51B98510784389852A2818A8/011.884-2016-9%20_FIES_.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018, p.42.

¹¹⁵ PORTAL IEDE. **Percentual da população com Ensino Superior nos 36 países investigados pelo Education at a Glance 2010, por faixa etária (2008)**. Disponível em: <<https://www.portaliiede.com.br/percentual-da-populacao-com-ensino-superior-nos-36-paises-investigados-pelo-education-at-a-glance-2010-por-faixa-etaria-2008/>>. Acesso em: 12 nov.2018.

¹¹⁶ NEVES, Clarissa E. B.; MARTINS, Carlos B. **Ensino superior no brasil: uma visão abrangente**. In: DWYER, Tom; ZEN, Eduardo Luiz; WE-LLER, Wivian; SHUGUANG, Jiu; KAIYUAN, Guo (org.). *Jovens universitários em um mundo em transformação: uma pesquisa sino-brasileira*. 1. ed. Brasília: IPEA; Pequim: Social Science Academic Press/ SSAP, v. 1, 2016, p.112.

Essa restrição quanto à idade dos estudantes do ensino superior é explicada pelas dificuldades que o Brasil apresenta quanto à efetividade relacionada ao direito à educação no ensino médio, etapa obrigatória para o ingresso no ensino superior. Para tanto, há de se considerar que parte da explicação a respeito da dificuldade dos jovens que cursam a educação básica para concluir essa etapa, muitos com anos de atraso em relação ao esperado, está vinculada à qualidade do sistema de ensino no Brasil, conforme a seguir, em análise a respeito da efetividade social apresentada no ensino básico brasileiro.

2.3 Efetividade social do direito à educação

A garantia da efetividade dos direitos sociais é um dos grandes problemas da nossa sociedade, que possui uma Constituição Federal com alargados direitos, fruto de um panorama social em que parcela preponderante da população encontra-se distante de prestações consideradas básicas em outros países, como o direito à educação – instrumento de liberdade, igualdade e dignidade.

Ganhou relevância a problemática do acesso ao direito constitucionalmente resguardado, à medida que frequentemente não havia seu acolhimento pelo Poder Público por várias razões, entre as quais o despreparo operacional para atender à crescente demanda, até a falta de capacidade financeira para suprir a carência da sociedade. Logo, a primeira medida adotada era a tentativa de evitar o reconhecimento dos direitos sociais no mesmo patamar que outros direitos fundamentais, notadamente quando comparados com os de “*primeira geração*”, também chamados de direitos negativos ou de liberdade.

À medida que esse argumento foi sendo superado, Bittar sustenta que os direitos sociais foram sendo observados, em um processo de crescente efetividade jurídica, à medida que deixavam o campo normativo para iniciarem seu destino previsto como mecanismo de emancipação social, permitindo que seus pretensos usuários tenham acesso àqueles direitos assegurados.

Porém, se a garantia de direitos como o direito à educação decorreu de pressões históricas necessárias, por outro lado significou, no caso do Brasil, que a efetivação desse direito ainda se encontra distante de um mínimo exigível, sendo evidenciado, por exemplo, com

relação ao direito de instrução primária (que é declarado como tal desde a Constituição de 1934¹¹⁷), porém a realidade prática de sua efetivação está ainda bem distante nos dias atuais¹¹⁸.

Diante do ponto de vista da dimensão objetiva ou subjetiva do direito à educação, para Sarlet, mostra-se premente a problemática que se insere na incompletude da sua observância por meio da limitação de sua garantia ao simples acesso, de modo a cobrir pelo menos o ensino básico para todos os possíveis e necessários beneficiários (sem prejuízo do dever de progressividade também no ensino superior).

Também deve ser observada a qualidade do ensino e da pesquisa, essencial para impedir a saída de analfabetos funcionais do sistema de ensino (público e privado), bem como para “*garantir um nível de formação suficiente para uma inserção eficaz e produtiva na vida profissional, política, social, econômica e cultural, no sentido de uma cidadania ativa qualificada*”. O direito à educação deverá sempre ser um direito subjetivo à “*educação de qualidade*”, bem como deve ser, sob o ponto de vista objetivo, “*dever do Estado e da sociedade de prover políticas e arranjos institucionais e organizacionais, incluindo a provisão de recursos financeiros e humanos para tanto*”¹¹⁹.

Sobre esse tema, apreende-se que a não observância do direito ao acesso à educação resulta na formação de analfabetos clássicos, ou seja, não “*consegue, com compreensão, tanto ler quanto escrever uma breve declaração simples sobre sua vida cotidiana*”¹²⁰. Em contrapartida, quando é reconhecido o acesso à educação, mas não há preocupação com os resultados obtidos, a má qualidade do sistema educacional produzirá analfabetos funcionais, ou seja, quando não “*consegue participar de todas as atividades em que a alfabetização é necessária para o funcionamento eficaz do seu grupo e de sua comunidade*”, bem como “*para permitir que ele ou ela continue a usar a leitura, a escrita e os cálculos para o próprio desenvolvimento e o de sua comunidade*”¹²¹.

¹¹⁷ Art 149 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

¹¹⁸ BITTAR, Carla Bianca. **Educação e direitos humanos no Brasil**. 1ª edição. Saraiva, 2014, p. 35.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.695.

¹²⁰ Conforme conceito de alfabetização adotado pela UNESCO, em 1958. UNESCO. Segundo relatório global sobre aprendizagem e educação de adultos. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002307/230725por.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018, pp. 22-23.

¹²¹ Conforme conceito de alfabetização funcional adotado pela UNESCO, em 1958. UNESCO. **Segundo relatório global sobre aprendizagem e educação de adultos**. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002307/230725por.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018, p. 23.

A Constituição Federal de 1988, além de trazer a garantia de acesso à educação (em todos os níveis), determina que é dever do Estado sua prestação quanto à educação básica, bem como prevê que o ensino observe um padrão de qualidade. Nesse ponto, a previsão disposta no art. 206 da Constituição Federal estabelece que o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VII - **garantia de padrão de qualidade**. Essa preocupação é reiterada em seu art. 211, que determina no §1º que a União (...) exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e **padrão mínimo de qualidade do ensino** mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O crescimento do papel do Estado atrelado aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional trouxe para a educação, de acordo com Oliveira e Araújo, “*o acirramento das tensões entre as expectativas de melhoria da qualidade de ensino e a disponibilidade de recursos orçamentários para a consecução desse fim*”. Para os autores, isso estimulou a perspectiva de qualidade baseada em eficiência e produtividade, de cunho empresarial, em oposição à ideia de “*democratização da educação e do conhecimento como estratégia de construção e consolidação de uma esfera pública democrática*”. No entanto, defendem que se faz necessário reajustar a polarização entre as ideias de eficiência e de democracia, visto que não são antagônicos, mas complementares. Quando os recursos públicos são aplicados com eficiência, assim como é adotada a gestão das políticas públicas sociais, refletem na potencialização dos princípios democráticos¹²².

O conceito de qualidade é bastante diverso, sendo aplicado sob variadas vertentes, especialmente sob a ótica da ciência da Administração. Para Deming, “*qualidade é tudo aquilo que melhora o produto do ponto de vista do cliente*”. Ou seja, apenas o cliente seria capaz de definir a qualidade de um produto. Logo, a ideia de qualidade altera seu significado na mesma proporção em que as necessidades dos clientes evoluem¹²³. Ou seja, uma vertente adotada para a qualidade é relacionada ao produto.

A qualidade também é identificada como “*um agrupamento de propriedades, atributos e condições intrínsecas a um objeto material ou imaterial*”, de forma que seja distinto de outros objetos, classificando-os como iguais, melhores ou piores, ou como a particularidade que

¹²² OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAUJO, Gilda Cardoso de. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação**. Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, n. 28, p. 5-23, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n28/a02n28.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018, p.6.

¹²³ DEMING, W. Edwards. **Qualidade: A revolução da administração**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990, p. 124.

permite “aprovar, aceitar ou refutar o objeto com base em um padrão de referência”¹²⁴. Essa visão resulta na identificação não apenas de um melhor produto, mas de um melhor processo produtivo.

Quanto à qualidade na educação, para Zabalza, há 3 (três) dimensões básicas: pode ser vinculada aos valores, em que se atribui qualidade àquilo que representa algum dos valores vigentes; vinculada à efetividade, atribui qualidade ao tipo de instituição ou processo que alcança bons resultados; e a qualidade vinculada à satisfação dos participantes no processo e dos usuários, fazendo parte do que se entende como “*qualidade de vida*”.

Para o autor, tais concepções se complementam quando se trata da aplicação do conceito de qualidade relacionado à educação: pode ser afirmado que está diante de uma escola de qualidade ou diante de um programa educativo de qualidade ou diante de professores(as) de qualidade ou diante de um material educativo de qualidade quando podemos reconhecer neles três componentes: comprometimento com os valores educativos, resultados obtidos e a satisfação de agentes e usuários.

Uma identificação com valores-chave formativos. Que esteja comprometido com os valores educativos que fazem parte do que a educação (da forma como a concebemos neste final de século) pretende oferecer para o desenvolvimento integral das crianças e da sociedade em seu conjunto.

Alguns resultados de alto nível: pareceria absurdo pensar que algo poderia ser valorizado como de qualidade se os resultados obtidos fossem pequenos ou pobres. O tema dos padrões de qualidade faz parte do debate atual sobre a Educação Infantil no mundo inteiro.

Um clima de trabalho satisfatório para todos aqueles que participam na situação ou no processo avaliado. Como veremos em um ponto posterior, somente a satisfação de agentes e usuários garante que as atuações que se desenvolvem e os resultados obtidos sejam do mais alto nível.

Zabalza também indica uma dimensão dinâmica ao conceito de qualidade relacionada, por exemplo, a escolas, afirmando que “*não é tanto um repertório de traços que se possuem, mas sim algo que vai sendo alcançado*”. Assim, a ideia de qualidade é dinâmica, construindo-se diariamente de forma permanente¹²⁵.

Uma das principais formas para se identificar a qualidade, inclusive da educação, está baseada na utilização de indicadores. Nesse sentido, Oliveira e Araújo defendem que “*a tensão entre qualidade e quantidade (acesso) tem sido o condicionador último da qualidade possível*,

¹²⁴ SILVA, Janaina Almeida da C. **Qualidade na Educação**. Cengage Learning Editores. São Paulo, SP: Cengage, 2016, p. 11.

¹²⁵ ZABALZA, Miguel A. **Qualidade em Educação Infantil**. ArtMed, Porto Alegre, 1998, pp. 30-31.

ou, de outra forma, a quantidade (de escola) determina a qualidade (de educação) que se queira”.

Entendem que existem três significados distintos de qualidade construídos na educação brasileira, o primeiro está condicionado à oferta limitada de oportunidades de escolarização; o segundo, atrelado à ideia de fluxo, baseado no número de alunos que progridem ou não dentro de determinado sistema de ensino; e, finalmente, a qualidade associada à aferição de desempenho mediante testes em larga escala, com a produção de indicadores que permitam identificar níveis de qualidade a partir da formação de um banco de dados históricos¹²⁶.

A noção de qualidade, quando vinculada ao acesso do estudante, está associada ao que se entende como efetividade jurídica do direito à educação e foi debatido no tópico anterior deste trabalho. Da mesma forma, o conceito de qualidade relacionado ao fluxo de alunos foi demonstrado como um dos motivos que motivam a baixa taxa líquida de matrículas no ensino superior.

Deve ser ressaltado que essa concepção de qualidade relacionada ao fluxo de estudantes, de acordo com Oliveira e Araújo, foi incorporada ao debate educacional brasileiro no final dos anos 1970, em que é definida como “o número de alunos que progridem dentro de determinado sistema de ensino”, ou seja, “a partir da comparação entre a entrada e a saída de alunos do sistema de ensino, era medida a qualidade da escola”. Nesse caso, se a saída de alunos se mostrar reduzida em relação à entrada, “a escola ou o sistema como um todo teria baixa qualidade”¹²⁷.

Sob o aspecto da qualidade avaliada pela utilização de indicadores, existem dados referentes à qualidade da educação no Brasil, por meio de relatórios de diversas fontes, que tentam explicar como se dá a desejada efetividade social relacionada ao direito à educação, analisando os impactos quanto aos efeitos relacionados ao retorno à sociedade.

Para o ensino fundamental, em abril de 2008, foi aplicada a 1ª edição da Provinha Brasil, “uma avaliação diagnóstica que visa investigar as habilidades desenvolvidas pelas crianças matriculadas no 2º ano do ensino fundamental das escolas públicas brasileiras”. A Provinha Brasil é anual e não possui finalidade classificatória, mas é um tratado como um instrumento

¹²⁶ OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAUJO, Gilda Cardoso de. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação**. Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, n. 28, p. 5-23, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbedu/n28/a02n28.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018, p. 8.

¹²⁷ OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAUJO, Gilda Cardoso de. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação**. Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, n. 28, p. 5-23, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbedu/n28/a02n28.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018, p. 10.

pedagógico, que fornece informações sobre o processo de alfabetização e de matemática aos professores e gestores das redes de ensino¹²⁸.

Para os estudantes do 5º e do 9º ano do ensino fundamental de escolas da rede pública é aplicada, a cada dois anos, uma prova padronizada, aplicada pelo Ministério da Educação (MEC). Até 2018, ela se chamava Prova Brasil, mas, a partir da edição de 2019, ela passará a ter o nome de Sistema de Avaliação da Educação Básica (SAEB). As médias de desempenho do SAEB, juntamente com os dados sobre aprovação, obtidos no Censo Escolar, compõem o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB)¹²⁹.

O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) reúne, em um só indicador, os resultados de dois conceitos igualmente importantes para a qualidade da educação: o fluxo escolar (as taxas de aprovação, reprovação e abandono, coletadas pelo Censo Escolar) e as médias de desempenho nas avaliações¹³⁰. Ou seja, esse índice permite a avaliação de dois dos três conceitos de qualidade relacionados à educação então abordados.

Os estudantes do ensino médio se submetem ao Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), que tem como finalidade principal a avaliação do desempenho escolar e acadêmico ao fim do ensino médio. Os resultados individuais do Enem podem ser utilizados como mecanismo único, alternativo ou complementar para acesso à educação superior, especialmente a ofertada pelas instituições federais de educação superior.

No caso do ensino superior, é utilizado o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, SINAES, que analisa as instituições, os cursos e o desempenho dos estudantes, levando em consideração aspectos como ensino, pesquisa, extensão, responsabilidade social, gestão da instituição e corpo docente. O SINAES reúne informações do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e das avaliações institucionais e dos cursos de ensino superior¹³¹.

Diante disso, o Brasil possui um sistema de avaliação da qualidade da educação por meio de indicadores que permeiam praticamente todas as fases de ensino, sendo 3 (três)

¹²⁸ BRASIL. **Provinha Brasil**. Disponível em: <<http://provabrasil.inep.gov.br/web/guest/provinha-brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹²⁹ TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Perguntas e respostas: você sabe o que é a prova brasil?** Disponível em: <<https://todospelaeducacao.org.br/conteudo/perguntas-e-respostas-voce-sabe-o-que-e-a-prova-brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹³⁰ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – IDEB**. Disponível em: <<http://inep.gov.br/ideb>>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹³¹ BRASIL. Ministério da Educação – MEC. **Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sinaes>>. Acesso em: 17 out. 2018

avaliações para o ensino fundamental (2º, 5º e 9º anos, restritas a estudantes de escolas públicas), uma avaliação para estudantes de ensino médio e outra para o ensino superior.

Essas avaliações não se restringem à aplicação de provas para os estudantes, mas também são qualificados o número de professores e seu grau de formação; as condições estruturais das instituições de ensino, como garantia de abastecimento de água, rede de esgoto, sistemas elétricos, hidráulicos e iluminação das salas; a aplicação de tecnologia no ensino, por meio de acesso à internet, retroprojetores; e ainda a disponibilidade de laboratórios de informática e ciências, salas de leitura ou bibliotecas.

Esses índices podem ser utilizados para identificar quais regiões ou escolas precisam de mais investimento, elevar a quantidade de professores ou uma melhor capacitação da equipe. As provas nacionais, evidentemente, propiciam um indicativo importante, seja a respeito das habilidades que os estudantes possuem carência, ou quanto à inefetividade do ensino oferecido. No entanto, existe um risco inerente ao processo de avaliação quando é estabelecida uma meta a ser alcançada por meio de índice, atrelado à definição de metas superestimadas, que podem ser inatingíveis, produzindo um efeito negativo na pretensa avaliação, ou ainda de metas subestimadas, gerando um resultado que não possui aderência com a realidade.

Ainda sobre a definição de metas, em muitos sistemas a tentativa de cumpri-las transforma-se na finalidade dos gestores, que deixam de se preocupar com outros fatores relevantes para focar apenas nos itens estimados. O Plano Nacional da Educação define as metas para cada biênio até o ano de 2021, com a estipulação das metas nacionais do IDEB, sendo possível compará-las em razão das notas obtidas em três momentos distintos, relacionados aos anos iniciais do ensino fundamental, anos finais, e ao ensino médio.

A partir desses dados, constata-se que a meta relacionada ao 5º ano do ensino fundamental, desde a sua primeira definição em 2007, foi atingida e até ultrapassada. Quanto aos dados do 9º ano do ensino fundamental, as notas ultrapassaram a meta estabelecida entre 2007 a 2011, sem atingi-las desde então. Já quanto ao ensino médio o mesmo ocorreu, tendo sido atingida a meta entre 2007 a 2011, sem sucesso posteriormente. Esses índices sinalizam que os esforços do sistema de educação brasileiro para melhorar a qualidade do ensino ainda carecem de estratégias para que ao menos as metas estabelecidas sejam cumpridas.

Para fins de referência, são apresentados os índices obtidos pelos alunos do ensino fundamental (5º e 9º anos) e do ensino médio (incluindo alunos de todas as idades) na avaliação

Saeb, então denominada Prova Brasil, que demonstra o desempenho dos estudantes em matemática e português entre 2005 e 2017.

Gráfico 09: Notas do IDEB e respectivas metas — Ensino fundamental — 5º ano.



Gráfico 10: Notas do IDEB e respectivas metas — Ensino fundamental — 9º ano.

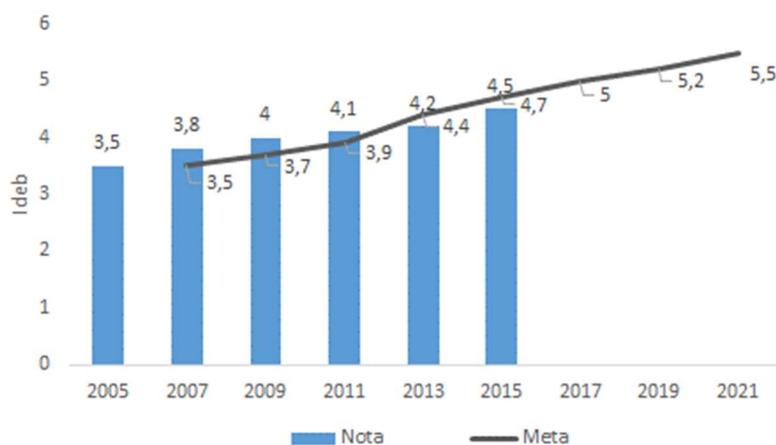


Gráfico 11: Notas do IDEB e respectivas metas — Ensino médio.

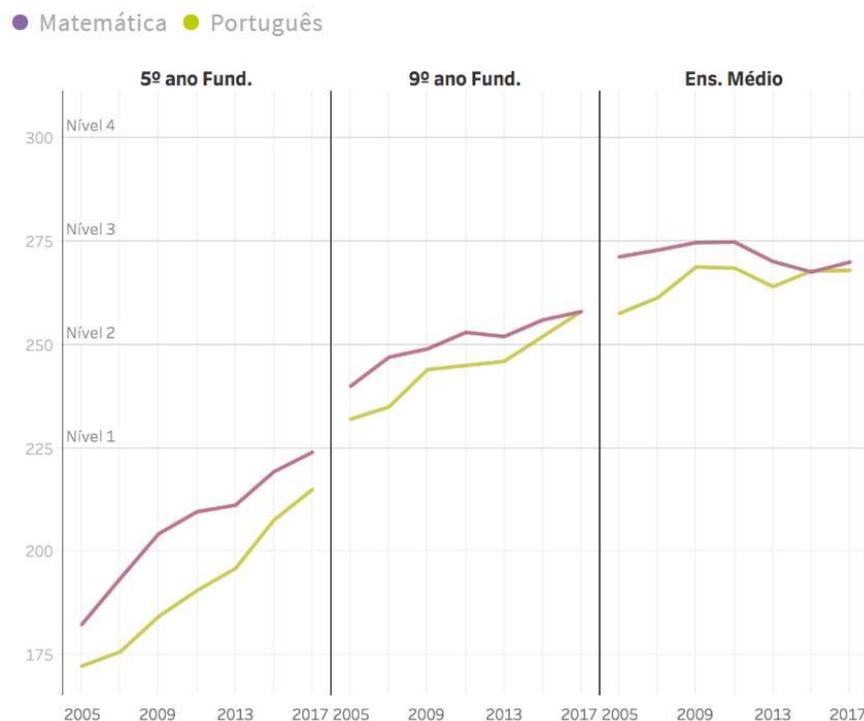


Fonte: REDE JUNTOS¹³².

¹³² REDE JUNTOS. O Ideb (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica) seu cálculo e nossas metas. Disponível em: <<https://wiki.redejuntos.org.br/busca/como-calculer-o-ideb>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Confirma-se a evolução do ensino fundamental no 5º ano verificada pelo índice do IDEB, a estagnação no 9º ano, e o decréscimo dos índices no ensino médio. A partir disso, ratifica-se a compreensão quanto à baixa qualidade do ensino no Brasil, que sequer consegue aceder ao nível 3 das notas. Esses níveis permitem identificar o percentual de alunos que já desenvolveu as habilidades e competências para cada ano e variam entre o nível 1 a 9 para o 5º ano, e 1 a 8 no 9º ano e no ensino médio.

Gráfico 12: Evolução dos índices de desempenho na da avaliação do SAEB.



Fonte: Gazeta do povo¹³³.

Diversas críticas podem ser formuladas a respeito desse sistema, como a não inclusão de Escolas Técnicas de ensino médio ou a alteração dos critérios utilizados a partir de 2018, com o intuito de tentar compatibilizar o SAEB com o exame do Pisa, elaborado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

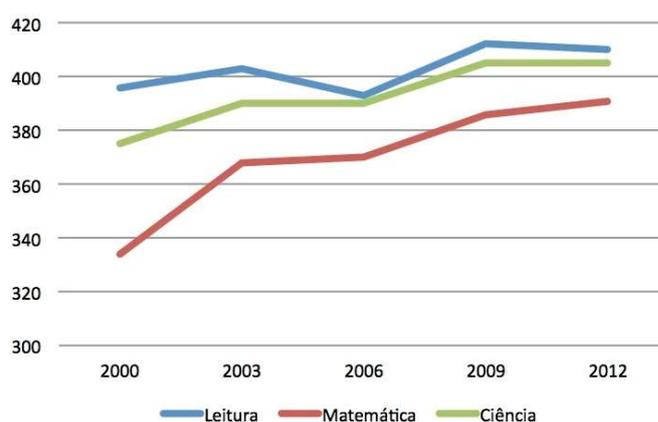
A censura mais contundente lida com a produção de dados, por meio de índices nacionais, que poderiam indicar gestão e métodos positivos aplicados na educação, mas de nada adiantam se, ao se identificar as necessidades para se atingir a pretendida educação de qualidade, nada for feito por parte dos administradores públicos e legisladores.

¹³³ GAZETA DO POVO. **Avaliação mostra que nível do ensino médio está estagnado há 12 anos**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/avaliacao-mostra-que-nivel-do-ensino-medio-esta-estagnado-ha-12-anos-dhywrh96unfq24krqwokiy67a/>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

No âmbito internacional, a OCDE lançou o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA) para avaliar, trienalmente, o ensino básico em três áreas cognitivas. Em 2015, participaram do PISA 35 países membros e 35 países parceiros, dentre esses o Brasil¹³⁴. Por sua característica de padronização internacional, o PISA permite, inclusive, a avaliação comparativa do sistema de ensino brasileiro, relacionando-o com os sistemas de outros países que fazem parte dessa Organização.

Na prova de 2015, o PISA reuniu dados referentes ao ensino (público e privado) básico no Brasil, partindo como referência a avaliação da capacidade de alunos de 15 anos, ou seja, no final da educação obrigatória, a fim de identificar sua capacidade em ciências, leitura e matemática, gerando um índice relacionado ao patamar educacional do Brasil, em uma métrica cuja média é 0 e desvio padrão é 1.

Gráfico 13: Evolução histórica da pontuação do Brasil no Pisa, de 2000 a 2015, nas áreas avaliadas.



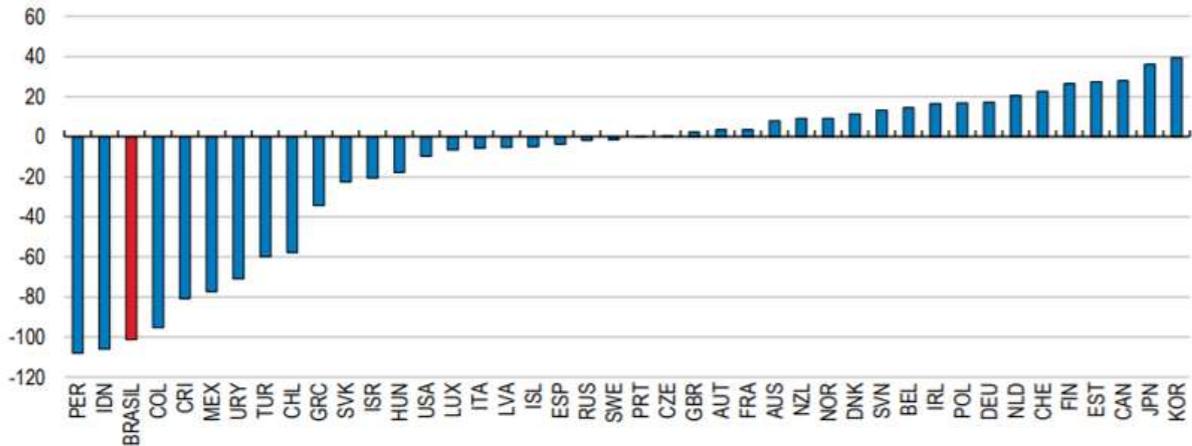
Fonte: Schwartzman¹³⁵.

Em relatório econômico da OCDE publicado em fevereiro de 2018, o resultado da educação no Brasil, em comparação a outros países participantes que participaram do PISA 2015, demonstrou que o Brasil está em 63º lugar em ciências, 59º em leitura e 66º em matemática, entre 70 países avaliados (35 membros da OCDE e 35 parceiros). Infelizmente, um resultado esperado, com o Brasil entre as últimas posições, junto com Albânia, Tunísia, Argentina e Jordânia, abaixo de Chile e México na América Latina.

¹³⁴ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **PISA 2015**. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/resultados/2015/pisa2015_completo_final_baixa.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹³⁵ SCHWARTZMAN, Simon, **O mistério da matemática**. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/sitesimon/?p=4723&lang=pt-br>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Gráfico 14: Resultados do PISA 2015 entre países avaliados. Média em ciências, matemática e leitura, desvio da média da OCDE.



Fonte: OCDE¹³⁶.

Conforme as notas do PISA 2015, mais de 70% dos alunos brasileiros entre 15 e 16 anos não alcançam sequer o nível básico de proficiência em Matemática, isto é, são incapazes de resolver problemas simples envolvendo números. Em Ciências, mais de 56% dos alunos brasileiros entre 15 e 16 anos só conseguem resolver questões de baixa exigência cognitiva. Sobre a competência da leitura, 51% dos estudantes pesquisados estão abaixo do nível considerado aceitável para o exercício da cidadania: não conseguem, por exemplo, reconhecer a ideia principal ou interpretar fatores implícitos de um texto¹³⁷.

Esses dados servem como parâmetro para a avaliação da atual situação da qualidade do sistema de ensino no Brasil e, conseqüentemente, permite a averiguação da efetividade social do direito à educação. Oliveira e Araújo destacam que “*não se trata simplesmente de estabelecer padrões de atendimento sem considerar a diversidade de expectativas e demandas da sociedade em relação aos sistemas de ensino*”, sendo necessário identificar que, diante de variadas representações sociais existem variadas demandas, logo, os indicadores de qualidade também se adaptarão, variando de acordo com essas representações.

Em estudo da Unesco, de 2001, foram definidas as variáveis mais importantes em relação ao insucesso do processo escolar: salas pequenas, com até 25 alunos, todos da mesma série, em agrupamentos heterogêneos quanto a suas habilidades e avaliados regularmente;

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO — OCDE. **Relatórios Econômicos OCDE: Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹³⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. **70% dos alunos brasileiros de 15 anos não sabem o básico de Matemática**. Disponível em: <<https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,70-dos-alunos-de-15-anos-nao-sabem-o-basico-de-matematica,10000092785>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

materiais de instrução adequados; biblioteca adequada, com pelo menos 1.000 livros; professores bem capacitados, com dedicação exclusiva; ambiente positivo de aprendizagem; e alto envolvimento dos pais¹³⁸.

Diante do apresentado, resta configurada a baixa qualidade do sistema educacional brasileiro, distante do padrão apresentado por países de nível econômico compatível. Assim, a concepção até previsível sobre a falta de efetividade social do direito à educação mostra-se demonstrada, sendo necessárias ações do Poder Público a fim de garantir que o texto constitucional, a respeito desse direito, origine os efeitos propostos e esperados. Caso permaneça omissa, devem os interessados buscar o auxílio do Poder Judiciário, tal qual se discute no tópico a seguir.

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA — UNESCO. **Primer estudio internacional comparativo sobre lenguaje, matematica y factores asociados, para alumnos del tercer y cuarto grado de la educación básica**. Informe Técnico. Laboratorio latinoamericano de evaluación de la calidad de la educación. Ago. 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001492/149268s.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018, p. 97.

3. Análise de restrições aplicáveis à efetividade do direito à saúde

A efetividade dos direitos fundamentais depende de uma norma, que deve ser existente, válida e eficaz, caracterizando a eficácia jurídica, oportunizando que um direito passe a repercutir na realidade social de acordo com sua previsão constitucional. No entanto, essa efetividade pode ser impactada por meio de ações ou omissões do Poder Público.

Quanto ao Poder Legislativo, isso ocorre, por exemplo, quando exerce sua competência para edição de leis que regulamentem um direito a ser efetivado, ou a faz apenas parcialmente, de forma a praticamente impedir que um direito possa ser exercido. Também ocorre com a discussão e votação das leis que regulamentam o orçamento público, especialmente a Lei Orçamentária Anual. Detém ainda o papel fiscalizador, com competência constitucional para exercer a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, bem como por meio das comissões parlamentares de inquérito, sendo instrumentos relevantes para a garantia da efetividade dos direitos.

No caso do Poder Executivo, a fundamentação tem origem correlata, baseada na ação ou omissão na regulamentação por instrumentos de políticas públicas, ou na sua definição limitada. Nessa perspectiva, outra maneira de restringir um direito está vinculada à definição de prioridades de gastos no orçamento público, sem levar em consideração eventuais insuficiências de recursos para assegurar determinado direito (ainda que declarado na Constituição Federal), tanto porque a capacidade financeira do Estado é limitada, quanto pela (falta de) vontade política para assegurá-lo em prejuízo de outras ações e programas de políticas públicas.

Entre ações deficientes ou omissões do Poder Público e os preceitos constitucionais que trazem previsões de direitos que notadamente são transgredidos, a sociedade busca o auxílio do Poder Judiciário, a fim de que seja assegurado o comando constitucional. Por conseguinte, tem papel elementar na discussão a respeito da efetividade dos direitos, adotando em suas decisões teorias, algumas discutidas no tópico 1.3, que visam a garantir, mas também podem restringir parcialmente e até plenamente seus efeitos.

A esse respeito, pretende-se analisar as discussões trazidas em decisões judiciais, notadamente no Supremo Tribunal Federal, STF, quanto à garantia do direito à saúde. Alerta-se que esse direito foi selecionado porque sua efetividade social, quanto à qualidade e, evidentemente, quanto aos resultados, possuem um impacto mais preponderante na decisão

judicial. A explicação pode ser apresentada adotando-se como comparação um pleito a respeito do acesso à educação, por exemplo, em que o julgador poderia determinar a matrícula de um aluno na rede pública de ensino, resultando na “criação” de uma vaga que então não existia com a inclusão do aluno em uma sala de aula, com o acréscimo de seu espaço de estudo, ainda que gere um reflexo negativo no resultado geral da turma quanto à qualidade esperada.

No caso do direito à saúde, ao julgador não basta determinar o acesso do pleiteante em uma vaga de Unidade de Terapia Intensiva, UTI, ou o fornecimento de um medicamento, quando não existem meios para que essa decisão judicial seja atendida. A prática médica não aceita compartilhar um leito para duas pessoas, ou fracionar um medicamento de alto custo para que possa atender mais pacientes, em total descompasso com o resultado esperado. Logo, propõe-se demonstrar como o Poder Judiciário contrapõe os pleitos no tocante ao direito à saúde, repercutindo de forma incisiva na sua efetividade.

Por esse motivo, optou-se por analisar as decisões judiciais que se referem a pleitos relacionados ao direito à saúde, quanto à forma como o Poder Judiciário desenvolve restrições aplicáveis a esse direito, muitas vezes implicando na total ausência de efetividade do direito à saúde para quem o postula.

3.1 Saúde como direito fundamental

A questão do direito à saúde no Brasil amplia sua preponderância a partir da Constituição Federal de 1988, que torna universal o acesso à saúde, com o compromisso de que esse direito fosse assegurado a todos os que dele necessitassem.

No entanto, diante da generosa promessa, veio a “*frustração constitucional*”¹³⁹ e, na tentativa de se fazer garantir seus ditames, amplia-se o fenômeno da judicialização da saúde, a fim de levar ao Poder Judiciário “*uma tarefa de solução difícil, talvez temerária: definir os limites desejáveis da prestação dos serviços de saúde*”¹⁴⁰.

¹³⁹ BARROSO, L. R. **A efetividade das normas constitucionais revisitada**. Revista de Direito Administrativo, p. 30-60. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.1994.

¹⁴⁰ FREITAS FILHO, R.; BRUM, C. J. D. **A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal**. Universitas Jus, v. 25, n. 1, 2014, p.1.

De acordo com Mendes¹⁴¹, a Constituição Federal de 1988 é a primeira Carta Constitucional brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde, visto que *“outras apenas faziam disposições esparsas, como no texto de 1824, que fazia referência à garantia de ‘socorros públicos’”*.

Para tanto, encontra-se expressamente indicado no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, entre os Direitos Sociais, o Direito à Saúde, art. 6º – *caput*, bem como a previsão fixada no art. 196, que prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Inicialmente, conforme expõe Sarlet, esse direito já foi considerado como norma de eficácia limitada, ou seja, dependeria de alguma regulamentação posterior que lhe complemente a eficácia, mas que passou a ter reconhecidas sua plena eficácia e sua aplicabilidade pelo Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, ao ocorrer esse reconhecimento, um efeito plausível do direito à saúde será até mesmo o *“reconhecimento de um direito subjetivo originário a prestações, ainda que não previstas em legislação infraconstitucional, já por força da normativa constitucional”*

Em caráter ilustrativo, refere-se o exemplo do direito à saúde, que durante muito tempo foi considerado, por expressiva jurisprudência, como assegurado por norma de eficácia limitada, mas que passou a ter sua eficácia plena e aplicabilidade direta reconhecidas, a ponto de se chegar mesmo a admitir (como o tem chancelado o STF brasileiro) que, com base no direito à saúde, tal como consagrado na CF (especialmente em função da redação do art. 196), é possível deduzir direitos subjetivos a prestações de saúde, inclusive quando não contempladas por política pública preexistente. Tendo em conta que não existem, de regra, normas com eficácia absoluta, no sentido de absolutamente imunes a limites e/ou restrições, é de se afastada ou pelo menos devidamente compreendida (ressalvada) a classificação de José Afonso da Silva, especialmente naquilo que propõe a existência de normas de eficácia contida¹⁴².

Com o objetivo de efetivar tal direito, a Constituição Federal criou o Sistema Único de Saúde, SUS, conforme seu art. 198, formado pelas ações e serviços públicos de saúde integrados por uma rede regionalizada e hierarquizada, tendo como responsáveis pela sua organização e execução de serviços os respectivos órgãos do Poder Executivo de cada ente federativo.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p.684.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 196.

No entanto, também está assegurada a prestação desses serviços de saúde por instituições privadas, por meio de convênios ou contratos, em conformidade com o art. 199, §1º da CRFB.

Conforme afirmado no Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde¹⁴³, foram inseridas, no texto constitucional, “*as linhas mestras que deveriam ser seguidas para que o SUS se concretizasse de maneira condizente com a dignidade da pessoa humana e com o pleno respeito aos direitos humanos*”, havendo a execução direta de ações e serviços de saúde pelo Estado, que pressupõe a existência de um conjunto de instituições jurídicas de direito público a quem são conferidos poderes e responsabilidades específicos para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, “*verdadeiras instituições-organismos de direito público: Ministério da Saúde, secretarias estaduais e municipais de saúde, autarquias hospitalares, autarquias especiais*”.

O art. 198 da CRFB estabeleceu as diretrizes para a organização do SUS, quais sejam: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.

Para Sarlet, o direito à proteção e promoção da saúde, sob a ótica das prestações positivas, encontra vínculo com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, evidenciando que a previsão constitucional exerce um papel tanto como definidora de direito, quanto de imposição de deveres e tarefas ao Estado.

Cabe o questionamento quanto ao limite da prestação reclamada do particular perante o Estado, “*se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados*”. Além disso, o Estado estaria obrigado a prestar serviços de saúde “*de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade?*”

Cuida-se, também neste particular, do clássico dilema do Estado Social no que concerne às suas funções precípua, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a autoajuda), ou se deve (a

¹⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, pp. 55-57.

despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara¹⁴⁴.

Ciarlini alerta que a intenção do constituinte de garantir a universalização de políticas a fim de implementar o direito à saúde trouxe dúvidas e incertezas de todas as ordens, na seara econômica e financeira, devido às “*limitadas possibilidades de se levar adiante as promessas do Welfare State, apesar das gigantes desigualdades sociais aqui reinantes*”.

Em que pese a importância do estabelecimento de critérios de acesso universal à saúde, no marco do Estado de Bem-Estar Social, tais diretrizes jurídicas e políticas, quando transpostas para o mundo vivido e arrostadas por suas contingências econômicas, financeiras, políticas e sociais, bem como pelas peculiaridades burocráticas próprias à organização de tais processos de inclusão, acabam gerando, não raras vezes, justamente o efeito contrário, potencializando e levando ao extremo essas mesmas políticas como forma de exclusão social.

Dizendo de outro modo, além de não possibilitar a inclusão no sistema de prestação de serviços de saúde a todos os indivíduos economicamente menos favorecidos, as diretrizes propugnadas no sentido de favorecer essa inclusão acabam por excluir também aqueles que pertencem a outros segmentos econômicos da sociedade¹⁴⁵.

Não obstante tal posição, pelo menos a divergência conceitual sobre a eficácia plena do direito à saúde parece estar bem resolvida nos tribunais brasileiros, à medida que há entendimento a respeito da obrigação existente na Carta Constitucional quanto aos deveres impostos ao Estado a fim de garantir que esse direito seja assegurado. No entanto, é possível afirmar que a jurisprudência brasileira foi ajustando o seu discurso, a fim de aplicar meios para limitar ou restringir esse direito, notadamente diante da escassez de recursos para sua execução em contraposição ao crescimento de demandas judiciais, especialmente as que buscavam o fornecimento de medicamentos de alto custo.

Conforme explicam Freitas Filho e Brum, diante da ausência de uma demarcação retórica qualificada por meio da discussão sobre fatos, dados e limites da política pública relacionada ao direito à saúde, tem resultado na prevalência da concepção do direito à saúde como um direito absolutamente prioritário e cuja efetivação deve ser garantida a qualquer custo pelo Poder Público. Com isso, os cidadãos que se encontram à margem do sistema público de saúde e não possuem condições financeiras para arcar com os custos da cobertura de planos privados de saúde “*acabam batendo às portas do Poder Judiciário, demandas essas que chegam à Suprema Corte para que seja dada a última palavra sobre o tema, ainda que não haja critérios claros para se decidir*”.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 671-672.

¹⁴⁵ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. Brasília. Saraiva, 2013, p.29.

Na seara jurídica, como nos julgamentos das demandas de saúde pelo STF, esse direito tende a ser visto como um direito absoluto, o qual deve se sobrepor aos demais em qualquer situação, sobretudo por estar intimamente ligado ao bem estar e, em última análise, à própria vida; mas pode ter seus fundamentos relativizados a ponto de seu conteúdo ser esvaziado por completo, no momento em que a realidade da saúde brasileira tece barreiras cada vez mais intransponíveis a determinados segmentos da população, aumentando o descrédito no desenvolvimento de políticas públicas universais¹⁴⁶.

Assim, pretende-se analisar algumas das decisões judiciais que discutiram o acesso ao direito à saúde, a fim de identificar os argumentos utilizados para o deferimento ou não dos respectivos pleitos, ao requerer a garantia ao direito à saúde e, por consequência, ao direito à vida, em face do Estado, por meio de seus três níveis (União, Estados e Municípios), invocando a limitada parcela de recursos orçamentários para o atendimento das demandas e o descompasso que eventual decisão favorável trará ao atendimento dos demais usuários dos serviços de saúde, sob o argumento de que o contingenciamento desses recursos para um paciente restringirá o acesso de diversos outros ao atendimento público de saúde.

Demarcado o entendimento de que o direito à saúde, expressamente elencado na Constituição Federal, é reconhecido como a concretização do direito à vida e que possui eficácia plena, restaria afastada uma suposta violação ao princípio da separação dos poderes, à medida que o Poder Judiciário, na análise dos pleitos que requerem a prestação de bens ou serviços de saúde, age apenas determinando que as políticas públicas constitucionalmente existentes fossem devidamente cumpridas.

As decisões trazidas pelo Supremo Tribunal Federal baseiam-se, conforme Freitas Filho e Brum, em dois fundamentos mais frequentes: “*o de que limitações orçamentárias não podem suplantam direitos constitucionais e o de que não ficou demonstrado pelo Poder Público o risco à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública*”, fundamentadas na argumentação de que o Poder Público não pode deixar de interferir no problema da saúde, sob pena de proceder em descompasso com a Constituição.

A argumentação mais comum é que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional¹⁴⁷.

Dessa forma, a linha argumentativa mostra-se alinhada com a noção de efetividade jurídica, à medida que correlacionada à concepção de que as normas que tratam de direitos

¹⁴⁶ FREITAS FILHO, R.; BRUM, C. J. D. **A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal.** Universitas Jus, v. 25, n. 1, 2014, p. 48.

¹⁴⁷ FREITAS FILHO, R.; BRUM, C. J. D. **A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal.** Universitas Jus, v. 25, n. 1, 2014, pp. 54-59.

fundamentais devem ser existentes, válidas e eficazes, produzindo efeitos no mundo fático, confundindo-se, portanto, com a concepção de eficácia social.

3.2 Julgados do STF entre 2006 e 2008

Em geral, as decisões judiciais não apresentam um maior aprofundamento quanto à justificativa apresentada a fim de garantir o direito à saúde, sendo deferidos pedidos de fornecimento de medicamentos ou de prestação de serviços de saúde fundamentados no art. 196 da Constituição Federal. De acordo com Wang, as decisões dos juízes brasileiros, em regra, consideram o direito à saúde apenas como um direito individual, sem observar as consequências econômicas e distributivas de suas decisões¹⁴⁸.

Quanto ao debate a respeito da judicialização das políticas de saúde, Sant’Ana argumenta que se trata basicamente de uma reação ao contexto de exclusão manifestada de maneiras diversas, mas que conduz aos mesmos resultados de iniquidade na distribuição dos cuidados e na precarização dos serviços de saúde ofertadas às classes populares, ou ainda à recusa total de acesso¹⁴⁹.

Em análise das decisões judiciais paradigmáticas quanto ao direito à saúde, observou-se que, a partir do ano de 2006, o debate a respeito das restrições e limitações aplicáveis ao direito fundamental à saúde por membros do Supremo Tribunal Federal ganha mais visibilidade, motivo pelo qual se utiliza tal corte temporal para este estudo.

O Ministro Celso de Mello, em voto perante a Segunda Turma do STF, afirma que “o direito público à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”, traduzindo bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade o Poder Público deve velar, de maneira responsável, visto que lhe incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-

¹⁴⁸ WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2009, p. 41.

¹⁴⁹ SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. Tese de Doutorado. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2017, p. 259.

hospitalar aos cidadãos, conforme decisão do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393.175, de 12 de dezembro de 2006.¹⁵⁰

Em consonância com a ideia de efetividade jurídica, o Ministro afirma que não basta que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito, tornando-se essencial que, além da mera declaração constitucional, seja esse direito “*integralmente respeitado e plenamente garantido*”, especialmente nos casos em que o direito configura-se como prerrogativa jurídica, permitindo ao cidadão a exigência ao Estado da “*implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional*”, como no caso do direito à saúde.

Cumprе assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante¹⁵¹.

Acentua-se que a “*eficácia jurídico-social*” elencada pelo Ministro compõe tanto a eficácia propriamente dita, ou seja, a qualidade para que a norma seja capaz de produzir efeitos jurídicos, tratada como eficácia jurídica, enquanto que a efetividade do direito, no sentido da sua materialização, é conceituada por meio da eficácia social.

No caso da decisão adotada no processo de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 91 AL, cujo julgamento ocorreu em 26 de fevereiro de 2007, a Presidência do Supremo Tribunal Federal analisou pleito em que o Estado de Alagoas requeria a suspensão de decisão liminar proferida em uma Ação Civil Pública de competência jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas que determinava o imediato fornecimento de tratamento para pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

A Procuradoria Geral do Estado de Alagoas (PGE-AL) alegou que a decisão constituía ocorrência de grave lesão à economia pública, pois a decisão generalizou a obrigação do Estado ao exigir o fornecimento de “*todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento*”, acarretando na entrega de medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, e ainda que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer

¹⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário. RE 393.175 AgR/RS.** Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006.

¹⁵¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário. RE nº 393.175 AgR/RS.** Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006.

outros medicamentos além daqueles relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo.

O requerente sustenta (...) ocorrência de grave lesão à economia pública, medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)". Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. (...) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais¹⁵².

A Ministra Ellen Gracie, então presidente da corte, suspendeu a liminar proferida pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, sob o fundamento de restar configurada a lesão à ordem pública, *“porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”*, visto que a gestão da política nacional de saúde *“busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”*.

O argumento da Ministra impõe uma restrição total ao direito à saúde, deixando de garantir sua efetividade jurídica, à medida que sequer produz efeitos, sob a argumentação de que a utilização dos recursos financeiros deve ocorrer sob a forma mais racional possível.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde¹⁵³.

A então Ministra Presidente entendeu cabível o deferimento parcial do pedido, visto que o Estado de Alagoas não estava se recusando a fornecer tratamento aos associados: *“a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió”*.

Percebe-se a ocorrência da restrição da aplicação da subsidiariedade entre os entes federativos, no caso a União, o Estado de Alagoas e o município de Maceió, restringindo a competência do Estado de Alagoas aos medicamentos constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, de 23 de julho de 2002. Ressalta-se, desde já, que tal posicionamento não

¹⁵² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF. **Suspensão de Tutela Antecipada: STA 91/AL**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.

¹⁵³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — STF. **Suspensão de Tutela Antecipada: STA 91/AL**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007

é acompanhado por outros julgados posteriores, conforme decisão do STF que afirma que “*constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes*”¹⁵⁴.

Além disso, a peculiaridade da decisão ocorreu em função da percepção de que, no caso do conflito entre direitos, ainda que relacionados ao mesmo fim (no caso à saúde), mas assegurados sob o manto do direito coletivo, não poderiam ser restringidos a fim de garantir um direito individual.

Antes que se conclua que tal decisão efetivamente alterou o rumo das decisões do Poder Judiciário brasileiro, é relevante destacar que, apenas pouco mais de dois meses após essa decisão, o Ministro Luiz Fux, então atuando na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, STJ, apresentou voto, em Recurso Especial que debatia o fornecimento de medicamento, afirmando que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos constitucionalmente consagrados, subjetivos e inalienáveis, “*cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais*”.

6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados¹⁵⁵.

Para Chueiri e Sampaio, a decisão do Ministro Fux é mais coerente, visto que afirma que “*o judiciário deve sempre se guiar pelos princípios, e não por políticas, de maneira a não compactuar com as decisões dos órgãos democráticos que firam os direitos individuais*”¹⁵⁶. Quando afirma que a Constituição exige efetividade e que deverá ser realizada por meio de seus princípios, o Ministro Fux demonstra que não basta a elaboração de normas gerais e abstratas.

¹⁵⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — STF. **Recurso Extraordinário: RE 855.178 RG/SE**. rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 05.03.2015, DJe 16.3.2015.

¹⁵⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, **Recurso Especial Resp n. 2006.00.674080/RS**, 1ªT., rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 08.05.2007, DJ de 31.05.2007.

¹⁵⁶ CHUEIRI, V. K. DE; SAMPAIO, J. M. de A. **Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91**. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 45–66, 2009, p. 60.

Em que pese a efetividade dos direitos geralmente ser iniciada com o processo legislativo de criação de normas, faz-se necessária a atuação do judiciário na aplicação dos direitos, que deverá ter como base não somente as regras, mas especialmente os princípios, os quais deverão ser respeitados sempre, mesmo não existindo uma regra clara para o caso¹⁵⁷.

Desde já, fica evidente a disputa argumentativa entre o que seria efetividade sob a égide da atual Constituição, à medida que, sob a ótica dos direitos coletivos, a decisão da Ministra Ellen Gracie pode ser compreendida como a mais efetiva, enquanto que, visto como direito individual, a decisão do Ministro Fux mostra-se peremptória.

As discussões quanto à efetividade jurídica do direito à saúde ganham novos contornos com as decisões dos pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 139 e 138. Na STA139, foi retomada a aplicação da análise da relação custo-benefício, argumentando a Ministra Ellen Gracie que, dada a existência de outros medicamentos similares, incluídos entre os de dispensação obrigatória pela rede pública, e o alto custo do medicamento prescrito, entendeu estarem configuradas as graves lesões à ordem e à economia públicas e o reconhecimento da reserva do financeiramente possível, porquanto a execução de decisões como a impugnada compromete a programação estatal, gerando impacto nas finanças públicas e injustificado embaraço nas prestações universais de saúde¹⁵⁸.

Já na STA138 (igualmente decidida pela Ministra Ellen Gracie, 12 dias após a STA139), também havia pedido de deferimento de fornecimento de remédio de alto custo (AVASTIN) ao recorrido, em que o recorrente, o Estado do Rio Grande do Norte, trazia argumentação bem parecida com a apreciada na STA91.

Foi alegado que a decisão questionada causa grave lesão à ordem pública, uma vez que a decisão impugnada, ao deferir o custeio de medicamentos individualmente a tal ou qual cidadão, diminui a possibilidade de serem oferecidos à população em geral ações e serviços de saúde básicos; gera grave lesão à economia pública, porquanto a determinação de fornecimento do medicamento fere o princípio constitucional da legalidade orçamentária, já que a verba prevista para a compra de medicamentos para atendimento à população é comprometida, nos termos da Política Nacional de Medicamentos e nos estritos termos do Programa de Dispensação de Medicamentos em caráter excepcional; há a inexistência de negativa ao fornecimento de

¹⁵⁷ CHUEIRI, V. K. DE; SAMPAIO, J. M. de A. **Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91**. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 45–66, 2009, p.61.

¹⁵⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 139/RN**. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 31.08.2007, DJ de 10.09.2007.

medicamentos ao autor, mas, tão-somente, a indicação de outros fármacos previstos no rol estabelecido pelo Ministério da Saúde; e há a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”, em razão do incremento do número de demandas judiciais da mesma natureza¹⁵⁹.

A Ministra Ellen Gracie elenca a hipossuficiência econômica do autor, a enfermidade em questão, a ineficácia de outros tratamentos já ministrados, a urgência na utilização do medicamento (que é registrado junto à ANVISA), alegando que a ausência do medicamento solicitado “*poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso*”. A Procuradoria-Geral da República destacou que o Estado do Rio Grande do Norte não demonstrou a eficácia de outras drogas, nem comprovou que elas estão sendo disponibilizadas para o doente, “*de forma que prevalece a premissa de imprescindibilidade do fármaco pleiteado para a manutenção da saúde e preservação da vida do autor*”.

Nesse caso, a então Ministra Presidente não colaciona argumentos a respeito da reserva do possível, até então utilizado quando o objetivo era defender o direito à saúde. E ainda, no caso da STA91, um dos argumentos utilizados para a suspensão do fornecimento do medicamento foi no sentido de que “*a responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde*”, sequer indicado na motivação da decisão da STA138.

Em outro exemplo que trata de limitações e restrições trazidas pela jurisprudência quanto ao Direito à Saúde, destaca-se o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada 198 apresentado junto ao STF. Resumidamente, tratou-se de pedido de suspensão da antecipação da tutela recursal, ajuizado pelo Estado de Minas Gerais, que determinou à União, ao Estado de Minas Gerais e ao Município de Belo Horizonte, o fornecimento do medicamento denominado ELAPRASE em favor do menor portador da Síndrome de Hunter.

O pedido de suspensão fundamentou-se, em síntese, em argumentos de lesão à saúde e à segurança públicas, de grave lesão à economia pública, da violação ao princípio da reserva do possível, da ingerência do Poder Judiciário no exercício das funções do Poder Executivo e da afronta ao planejamento orçamentário, e de possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”.

¹⁵⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 138/RN**. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 31.08.2007, DJ de 10.09.2007.

O pedido de suspensão fundamenta-se, em síntese, em argumentos: de lesão à saúde e à segurança públicas uma vez que o medicamento é importado e não foi registrado na ANVISA, sendo proibida sua comercialização no país; de grave lesão à economia pública “diante do elevado custo anual do tratamento (aproximadamente R\$ 2.600.000,00)”, da violação ao princípio da reserva do possível, da ingerência do Poder Judiciário no exercício das funções do Poder Executivo e da afronta ao planejamento orçamentário; e de possibilidade de ocorrência do denominado 'efeito multiplicador', em razão do crescimento de demandas judiciais contra a União para o fornecimento de medicamentos, comprometendo a viabilidade do Sistema Único de Saúde¹⁶⁰.

O Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência do STF, identifica que, quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde, as divergências doutrinárias decorrem, especialmente, “*da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de 'mínimo existencial' e da 'reserva do possível'*”. Logo, os direitos fundamentais não abarcam apenas “*uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção, havendo não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente*”¹⁶¹.

Para tanto, foram utilizadas, para fundamentar a decisão, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para reconhecer que todas as dimensões dos direitos fundamentais resultam em custos públicos, trazendo considerável importância ao tema da reserva do possível, especialmente por evidenciar a escassez dos recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, levando a conclusão, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “*levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez*”¹⁶².

Mendes argumentou que, ainda que os direitos sociais (assim como os direitos e liberdades individuais) resultem tanto em direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto em direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões necessitem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível

¹⁶⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

¹⁶¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

¹⁶² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão¹⁶³.

Apesar de existirem formas de limitar ou restringir o direito à saúde, seja por meio da observância mínima denominada “*mínimo existencial*”, seja por um limite financeiro máximo que restringe a atuação do Poder Público, denominado “*reserva do financeiramente possível*”, para Mendes, enquanto o Estado deve dispor de recursos para custear o aparato que seja capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, como no caso do direito social à saúde, de outra parte, também deve programar valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. “*Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos*”. Motivada pela escassez de recursos financeiros para satisfazer as necessidades sociais, “*ênfatisa-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas*”¹⁶⁴.

Enfatiza-se, aqui, que a alocação dos recursos é de competência do Poder Executivo, como administrador dos recursos aplicáveis às políticas sociais, e ainda do Poder Legislativo, que detém a competência de aprovar o orçamento para a respectiva unidade da federação. Dessa forma, ao Poder Judiciário resta identificar se os ditames constitucionais e legais estão sendo cumpridos, exigindo a sua devida observância, sob pena de determinação judicial para sua implementação.

Para Amaral¹⁶⁵, sobre essa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.

Mendes contrapõe, afirmando que aqueles que defendem a atuação do Poder Judiciário, a fim de concretizar os direitos sociais, argumentam que “*tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana*”. Assim, pelo menos o mínimo existencial de

¹⁶³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão De Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

¹⁶⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

¹⁶⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001, p. 9.

cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial¹⁶⁶.

Para avaliar quais seriam os critérios para decisões judiciais que envolvem a discussão de alocação de recursos por meio de efetivação (ou não) de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, Mendes disserta que o primeiro dado a ser considerado é quanto à existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação do serviço público (no caso concreto, relacionado ao serviço de saúde). Afinal, ao deferir uma prestação de saúde que já esteja incluída entre as políticas executadas pelo Sistema Único de Saúde, “*o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento*”, resultando na existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

No entanto, se o pleito não estiver no escopo das políticas do SUS, torna-se “*imprescindível distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer*”. Quando isso ocorrer, a resposta ao caso concreto ocorre com a ponderação dos princípios em conflito¹⁶⁷.

Além disso, Mendes evidencia que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial devem ser compatibilizados com os critérios da justiça distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. Ou seja, ao exigir o fornecimento de um serviço de saúde, o julgador precisaria certificar-se de que o Sistema de Saúde “*possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica*”¹⁶⁸.

Nesse caso, o então Ministro Presidente Gilmar Mendes indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, visto que o medicamento se encontra registrado na ANVISA, o que atesta sua segurança para o consumo; que é o único tratamento específico existente para a “*Síndrome de Hunter*”; e o fármaco foi prescrito para o menor por médico habilitado. Por fim, “*o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento*”, pois a Política de Dispensação de Medicamentos, para o caso dos medicamentos excepcionais, tem

¹⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

¹⁶⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

¹⁶⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

como objetivo garantir o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis¹⁶⁹.

Logo, constata-se que o Ministro Gilmar Mendes adotou três critérios materiais, identificando a existência do direito assegurado na Constituição Federal, da implementação da política pública por meio da Política de Dispensação de Medicamentos (ou seja, o judiciário não estaria criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento), além de assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições para arcar com o tratamento.

Enquanto a Ministra Ellen Gracie, na STA 139, entendeu estarem configuradas graves lesões à ordem e à economia públicas na propositura de fornecimento de medicamento cujo custo era da ordem de três mil reais, na STA 198, o Ministro Gilmar Mendes argumenta, a partir de critérios estabelecidos em sua própria decisão, inclusive com os conceitos de custo dos direitos, mínimo existencial e reserva do possível, para garantir o fornecimento de medicamento de custo superior a dois milhões de reais. Nesse sentido, adota-se a ideia de Penalva e Diniz, que entendem que “*a proteção social reclama distribuições e reconhecimentos que sejam justos – portanto, que reconheçam diferentes necessidades*”¹⁷⁰.

Diante do aumento do número de disputas judiciais relacionadas ao direito à saúde, especialmente dos “*pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada*” em trâmite no âmbito do STF, a fim de suspender medidas cautelares com a demanda de fornecimento de medicamentos (inclusive de alto custo) ou de prestação de serviços de saúde, foi convocada, em 5 de março de 2009, Audiência Pública com o objetivo de discutir a judicialização da saúde e seus impactos¹⁷¹.

3.3 Julgados do STF a partir de 2009

Em março de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Presidente Gilmar Mendes, convocou Audiência Pública nº 4 a fim de permitir que especialistas de Saúde

¹⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

¹⁷⁰ PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora. **Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS**. Revista Katálysis, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 262-269, dez. 2012. ISSN 1982-0259. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802012000200012/24937>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁷¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Despacho de convocação de audiência pública, de 5 de março de 2009**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Pública debatessem as questões relacionadas aos pleitos que envolvem o direito à saúde. Essa Audiência foi paradigmática, introduzindo mudanças preponderantes nos julgados que ocorreram em seguida. Conforme Sant’Ana, foram trazidas pelo menos 4 (quatro) importantes consequências: o posicionamento de instituições e atores sociais sobre as consequências da judicialização; a definição de futuras iniciativas institucionais; o estabelecimento de orientações jurisprudenciais pelo STF; e a criação do Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde¹⁷².

Na apreciação da STA 175 AgR/CE, de 16 de junho de 2009, com pedidos afins aos da STA 198, o Ministro Gilmar Mendes evoluiu seu pensamento em relação aos critérios a serem adotados no julgamento de casos relacionados à prestação de serviços de saúde ou fornecimento de medicamentos. Conforme demonstra em seu voto, entre os entendimentos que sobressaíram na supracitada Audiência Pública, o problema da judicialização do direito à saúde no Brasil talvez não seja de simples interferência do Poder Judiciário em uma eventual criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, visto que *“o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”*¹⁷³.

O primeiro critério a ser adotado pelo julgador, na análise de pedidos relacionados ao direito à saúde, é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte.

A seguir, o julgador deve distinguir, caso a prestação de saúde pleiteada não esteja entre as políticas do SUS, se a negativa de prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não a fornecer, ou de uma vedação legal a sua dispensação.

No passo seguinte, deve ser verificado se o fármaco pedido possui registro na ANVISA, pois é vedado à Administração Pública fornecer medicamento sem registro, exceto quando existe dispensa em virtude de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde (art. 8º, §5º da Lei n.º 9.782/99).

¹⁷² SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfretamento da injustiça na saúde pública**. Tese de Doutorado. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2017, p. 270.

¹⁷³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

O julgador também deve considerar a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, visto que o tratamento pode não ter sido custeado por inexistirem evidências científicas suficientes para sua autorização. Sob essa ótica, podem ocorrer duas situações: o SUS fornece tratamento alternativo, mas inadequado ao paciente; ou o SUS não oferece qualquer tratamento específico para determinada patologia, sendo possível concluir que, via de regra, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS ainda que diversa a opção escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente¹⁷⁴.

O Poder Judiciário (ou a própria Administração Pública) pode decidir que deve ser fornecida medida diferente da oferecida pelo SUS se, especificamente ao paciente, seja comprovado que o tratamento então fornecido não é eficaz. No caso de inexistência de tratamento oferecido pelo SUS, deve haver a distinção entre os tratamentos caracterizados como experimentais; daqueles novos tratamentos que ainda não foram testados pelo Sistema de Saúde. No primeiro caso, o Estado não deve ser condenado a fornecê-los. No entanto, no segundo caso, deverá ser objeto da impugnação judicial a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia¹⁷⁵.

Por fim, é reiterado o entendimento a respeito da solidariedade dos entes da Federação quando a lide trata de matéria de saúde pública, em consonância com o acórdão do RE195.192 RS, em que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública - Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária¹⁷⁶.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto na STA175/CE¹⁷⁷, cita decisão monocrática anterior, ADPF45¹⁷⁸, que tratou da questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando

¹⁷⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

¹⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

¹⁷⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

¹⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

¹⁷⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 45/DF**. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ de 04/05/2004.

configurada hipótese de abusividade governamental, lidando ainda com a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Também foi discutida a inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, do caráter relativo da liberdade de conformação do legislador, de considerações em torno da cláusula da “*reserva do possível*”, da necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, e a viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Naquela ADPF, foi salientado por Mello que o Supremo Tribunal Federal, considerando a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada àquela Corte, não pode se esquivar do gravíssimo encargo de “*tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam — enquanto direitos de segunda geração — com as liberdades positivas, reais ou concretas*”, visto que, se não for assim, haverá o comprometimento da integridade e da eficácia da Constituição, “*por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público*”¹⁷⁹.

Ou seja, a desobediência aos ditames constitucionais pode ocorrer por ação do Poder Público ou por sua omissão, agindo de forma comissiva quando toma atitudes ou edita normas em desacordo com as premissas constitucionais, impondo uma inconstitucionalidade por ação, ou agindo de forma omissiva, ao deixar de adotar as medidas necessárias para a concretização dos preceitos exigidos na Constituição, a fim de torná-los, de acordo com Mello, “*efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional*”.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental¹⁸⁰.

Para o Ministro Celso de Mello, ao judiciário pode ser atribuído, ainda que excepcionalmente, a incumbência de implementação de políticas públicas estabelecidas na

¹⁷⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 45/DF**. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ de 04/05/2004.

¹⁸⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 45/DF**. Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ de 04/05/2004.

Constituição Federal, desde que ocorra uma evidente omissão estatal de competência dos poderes que detêm os encargos político-jurídicos de caráter mandatário, no sentido de que a omissão seja tal que comprometa a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos garantidos constitucionalmente, estabelecendo que “*o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa*”.

Quer dizer, quando justificada pela recusa governamental arbitrária em proporcionar real significado ao direito à saúde, a intervenção jurisdicional será plenamente justificada, inexistindo qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, à medida que ocorra, “*nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou*” quanto ao respeito e proteção ao direito à saúde.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração¹⁸¹.

Havendo dúvidas quanto à margem de discricionariedade a ser adotada pelo Poder Público, cabe ao Poder Judiciário saná-la, sendo reservado ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), certificando se o ato não contraria sua finalidade constitucional. Nesse ponto, deve ser ressaltado que existe margem de discricionariedade quando é inferido, pelo administrador público, que determinada política pública perdeu efetividade pelo avanço da prestação dos serviços públicos, e não por terem regredido. Imagine-se, exemplificativamente, um programa de vacinação de doenças já erradicadas, ou um programa de alfabetização de adultos em uma sociedade que não possui adultos sem alfabetização.

Foi defendida por Mello a progressividade da satisfação de direitos econômicos, sociais e culturais, dependendo, evidentemente, das possibilidades orçamentárias do Estado, sendo cabível a alegação de limitação material vinculada à incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. No entanto, esclarece que o Poder Público agirá de forma ilícita se criar obstáculo artificial, a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-

¹⁸¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

administrativa, o intuito de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência¹⁸².

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello esclarece que a cláusula da “*reserva do possível*” poderia ser invocada em casos de justo motivo e aferível de forma objetiva, mas que o Estado não deve alegá-la com o objetivo de “*exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais*”, especialmente quando essa omissão (conduta negativa) “*puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*”, visto que a proteção à saúde é fundamentada em regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, a fim de efetivá-la, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade, que permitiria maior grau de liberdade de conformação, resultando na nulificação dessa prerrogativa essencial fundamentada em alegação de mera conveniência e/ou oportunidade¹⁸³.

Ademais, Mello também traz o princípio da proibição do retrocesso que, no processo de concretização em matéria social (como no direito à saúde), manifesta “*verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional*”, consequentemente, evitando que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez alcançados, sejam reduzidos ou suprimidos, “*exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais*”¹⁸⁴.

Nesse voto, inclusive, é aprofundado seu posicionamento na decisão do Recurso Extraordinário RE848.331/PE, de 19 de novembro de 2014, demonstrando que a omissão do Poder Público, seja por incapacidade técnica, seja por descaso, não pode ser um meio para que as políticas públicas constitucionalmente estabelecidas deixem de ser asseguradas, tampouco sejam suprimidas.

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência à saúde, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das

¹⁸² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

¹⁸³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

¹⁸⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

normas inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao próprio Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a direitos fundamentais da cidadania e que são, no contexto que ora se examina, o direito à saúde e o direito à vida¹⁸⁵.

Ou seja, de acordo com a visão do Ministro Celso de Mello, institucionalmente, é função da corte constitucional garantir a primazia da Constituição Federal de 1988 e, por consequência, os direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, não sendo possível, ao Poder Público, omitir-se de seu papel de executor de políticas públicas, ainda que sob o manto da inabilidade, do despreparo, ou do descaso, sendo incompatível com os ditames constitucionais tanto a ausência do serviço público de saúde (ou o fornecimento de medicamento), quanto eventual supressão ou restrição desse serviço, à medida que ao Estado é imposto dever de ordem constitucional para a concretização desses direitos¹⁸⁶.

Para Mendes, a aplicação da chamada proibição de retrocesso trata de princípio ao qual *“não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial”*¹⁸⁷.

Não se nega, nesse ponto, a ideia de reserva do possível vinculada a restrições orçamentárias notadamente fundadas em escassez de recursos, o que impediria que eventual direito fosse assegurado. No entanto, a simples alegação de *“reserva do possível”* não afasta o dever constitucional vinculado ao Estado para que seja garantido um direito fundamental, devendo haver a comprovação inequívoca e objetiva de que os recursos existentes são insuficientes para a prestação a efetivação de direitos¹⁸⁸.

Em voto-vista de decisão do Recurso Extraordinário RE566.471/RN¹⁸⁹, de 15 de setembro de 2016, o Ministro Roberto Barroso também traz critérios para a concessão via judiciária de medicamento pleiteado, elencando cinco requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde, quais sejam:

- I. a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;

¹⁸⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE: 848.331/PE**. Min. Celso de Mello, julgamento em 19.11.2014, DJe de 27.11.2014.

¹⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE: 848.331/PE**. Min. Celso de Mello, julgamento em 19.11.2014, DJe de 27.11.2014.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 669.

¹⁸⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE: 848.331/PE**. Min. Celso de Mello, julgamento em 19.11.2014, DJe de 27.11.2014.

¹⁸⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE: 566.471/RN**, Min. Relator Marco Aurélio, julgamento pendente.

- II. a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
- III. a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- IV. a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e
- V. a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo.

O Ministro Barroso também propõe a observância de um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (por exemplo: câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sus – CONITEC).

Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. E, em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS, mediante manifestação fundamentada a esse respeito¹⁹⁰.

Barroso traz critérios mais específicos para o deferimento de serviços de saúde, a fim de determinar o deferimento de pedido de fornecimento de medicamentos por via judicial. Destaca-se a utilização do critério de incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente ao direito pleiteado, com a aplicação do princípio da subsidiariedade, que pode ser defendido como uma ideia que restringe a atuação do Poder Público, ordenando que a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum. Aquilo que os particulares não podem, não sabem ou não querem fazer por si mesmos, ou seja, a intervenção da autoridade é estabelecida eventualmente, de forma subsidiária¹⁹¹. Ou seja, diante da sociedade, o Estado não deve fazer mais, como também não deve fazer menos que oferecer uma ajuda a autonomia¹⁹².

Sob outra ótica, a concretização do princípio da subsidiariedade deve observar a dignidade da pessoa humana, a fim de garantir e evitar a retirada ou a redução de direitos inalienáveis e inafastáveis. Assim, a ação estatal que confronta com os direitos fundamentais, ou a indevida omissão dos poderes públicos, contrariam o princípio da subsidiariedade, se disto

¹⁹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE: 566.471/RN**, Min. Relator Marco Aurélio, julgamento pendente.

¹⁹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995, p.44.

¹⁹² CAVALCANTI, Thais Novaes. **O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo**. Disponível em: <<http://revistas.faculdadesocial.edu.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/152/111>>. Acesso em: 14 out. 2018, p. 217.

resulta afronta à dignidade da pessoa¹⁹³. Trata-se de um princípio limitador das ações do Estado, mas que trata também da ideia de ação em caso de inexistência de outro meio capaz e sanar a lesão de um direito.

Nota-se que essa aplicação está intrinsecamente ligada à concepção de igualdade, sob a máxima de Aristóteles que defendeu que “*devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*”. José Afonso da Silva corrobora tal pensamento, tratando a igualdade como um princípio que deve ser adequado conforme a situação de quem pleiteia:

A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça¹⁹⁴.

Alexy trata do tema da igualdade, citando como exemplo jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre auxílio de custas processuais. Nesse caso, tratando da igualdade jurídica, então pobres e ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e honorários de advogado. Já quanto ao ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual, porque do pobre, com isso, as oportunidades de concretizar seu direito são tomadas ou estreitadas¹⁹⁵. Nesse sentido, Penalva alerta que, para se afastar um tratamento igualitário, é necessária a fundamentação, pois tratamentos desiguais devem ser justificados e suas razões precisam ser “*racionais, suficientes e corretas*”. Logo, entendido como uma atividade eminentemente interpretativa, a aplicação do direito exige que sejam buscados os contornos da igualdade naquele caso¹⁹⁶.

Com essa decisão, além da visão a respeito da capacidade financeira do Estado, resta incluído o critério financeiro do indivíduo na avaliação de eventual deferimento de pleitos relacionados a prestação de bens ou serviços de saúde. O STF estreita profundamente a previsão

¹⁹³ SEVEGNANI, J. BODNAR, Z. **O princípio da subsidiariedade como delimitador das políticas públicas no Brasil**. In Direitos sociais e políticas públicas III, organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Adir Ubaldo Rech, Oscar Ivan Prux. – Florianópolis: CONPEDI, 2014, pp. 320-344. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=213>>. Acesso em: 14 out. 2018, p.329.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 213.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 14 out. 2018, p.70.

¹⁹⁶ PENALVA, Janaína. **A igualdade sem mínimos: Direitos Sociais, Dignidade e Assistência Social em um Estado Democrático de Direito – um estudo de caso sobre o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UnB, Brasília. 2011, p. 75.

constitucional que prevê, em seu art. 196, que “*a saúde é direito de todos*”, passando a leitura desse artigo por uma mutação conceitual ao sistema de direitos da Constituição Federal, visto que é imposta a verificação da capacidade financeira do pleiteante.

Em que pese a racionalidade e talvez a “*necessidade*” da restrição, pela interpretação proposta, o artigo 196 passaria a ser lido assim: “*a saúde é direito de todos, desde que economicamente incapazes de arcar com seu custo*”, em patente disfunção da previsão universal do sistema de saúde brasileiro. Essa interpretação compromete profundamente a efetividade do direito à saúde, indo além de uma limitação aplicável, visto que, nos casos em que o pleiteante não conseguir comprovar sua “*incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente*”, terá seu direito plenamente afastado, em clara contraposição do assegurado no texto constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também apresenta inovações para a análise de casos relacionados ao direito à saúde e eventuais restrições à sua efetividade jurídica, sendo trazido o julgamento do Recurso Especial REsp 1.657.156/RJ, de 25 de abril de 2018, em que a Primeira Sessão concluiu o julgamento de recurso repetitivo, fixando critérios para a concessão, pelo Poder Judiciário, de medicamentos que estão fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Destaque-se que tais critérios apenas passam a ser exigidos nos processos judiciais distribuídos a partir dessa decisão.

De acordo com o que foi decidido, o Poder Judiciário poderá deferir o pedido para o fornecimento de medicamentos ausentes de normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- 1 - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)¹⁹⁷.

Diferentemente das decisões do STF já trazidas, que lidavam com medicamentos de alto custo ou não registrados na ANVISA, o medicamento pleiteado na decisão do STJ supracitada

¹⁹⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Recurso Especial: REsp 1.657.156/RJ**. Julgamento em 25/04/2018.

simplesmente não consta da portaria que estabelece a nova Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, conhecida como “*lista de medicamentos do SUS*”.

De toda sorte, aparentemente, os critérios utilizados para eventual deferimento de um pleito relacionado à judicialização do direito à saúde mostram-se capazes, até o momento, de buscar um mínimo da necessária segurança jurídica a quem busca resguardo de seu direito pelo Poder Judiciário, bem como à Administração Pública, que detém parâmetros para, inclusive, resguardar esse direito de forma extrajudicial, por meio de políticas públicas claras, que tendem a se mostrar mais eficientes, dada a possibilidade de melhor planejamento.

No entanto, também é identificado que o direito universal à saúde vai perdendo força, em clara contrariedade ao texto constitucional, em convivência entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com a permissiva atuação ineficaz desse direito em razão de critérios estipulados de forma incoerente com a carta constitucional, sob os argumentos de proteção à população dos mais variados, chegando a elencar que “*faltarão até gase*” quando se defere um pleito de fornecimento de medicamento de alto custo, ignorando que é dever do Estado assegurar esse direito, que adota o discurso de que não há recursos suficientes, mesmo quando é identificado que talvez o problema esteja relacionado a outros aspectos.

Ainda sob a ótica da escassez de recursos, uma decisão que pode se configurar impactante quanto ao direito à saúde não visa a restrições a sua efetividade. Em 07 de fevereiro de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal avaliou a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.931/DF¹⁹⁸ (apresentada em 10/12/1998), declarando, por unanimidade, a constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998 (alterado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001, ainda em vigor). O dispositivo prevê que os gastos com atendimentos prestados a conveniados dos planos de saúde em instituições que atendem pelo SUS devem ser ressarcidos pelas operadoras quando o serviço estiver previsto nos respectivos contratos, motivo pelo qual serão trazidos os argumentos especificamente quanto à discussão desse artigo.

Autora da ação, a Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS) alegou a violação do princípio da universalidade em relação aos serviços públicos, defendendo que houve a transferência do dever do Estado de prover a saúde para a iniciativa privada e que as normas questionadas impõem tamanha abrangência de cobertura

¹⁹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.931/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 07.02.2018, DJe de 08.06.2018.

obrigatória por parte das operadoras de planos de saúde que podem inviabilizar o segmento e prejudicar o consumidor. Além disso, sustentou a inconstitucionalidade formal do preceito, frisando que o estabelecimento de fontes de custeio da seguridade social deve ser veiculado por Lei Complementar, nos termos do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal¹⁹⁹.

A Advocacia Geral da União defendeu a adequação do ressarcimento ao Poder Público, pelos planos de saúde, dos gastos advindos do tratamento de beneficiários das operadoras, uma vez que o Estado não pode arcar com as deficiências dos serviços prestados pelos particulares. Salientou que o mencionado ressarcimento encontra fundamento no princípio da solidariedade do Sistema Único de Saúde, articulando com a inexistência de afronta ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, pois os contratos de planos de saúde constituem relações de trato sucessivo, submetendo-se a alterações legais supervenientes, sobretudo no que diz respeito a normas de ordem pública²⁰⁰.

Em seu voto, o Ministro relator Marco Aurélio discorre que, formalmente, o dispositivo questionado (art. 32 da Lei nº 9.656/1998) é compatível com a Constituição Federal, pois a regra não implica a criação de nova fonte de receitas para seguridade social, nos termos do artigo 195, § 4º, da Lei Maior, mas, sim, o reembolso decorre de falha na execução da avença relativa ao plano de saúde, e não da necessidade de aumento das receitas da seguridade social. Daí se extrai não ter sido o ressarcimento instituído para custear a seguridade social, mas para recompor despesas públicas atribuídas aos atores privados.

Ademais, entendeu que, embora o Poder Público atue gratuitamente em relação aos cidadãos, não o faz no tocante às entidades cuja atividade-fim é justamente assegurar a cobertura de lesões e doenças. Dessa forma, distinguiu os vínculos constitucional, entre Estado e cidadão – artigo 196 da Constituição Federal –, obrigacional, entre pessoa e plano de saúde, e legal, entre Estado e plano de saúde – artigo 32 da Lei nº 9.656/1998²⁰¹. O plenário acompanhou, por unanimidade, o voto do relator, mantendo a decisão liminar que excluía os efeitos dessa lei a contratos firmados antes do início de sua vigência.

No mesmo dia, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário RE 597.064/RJ, com repercussão geral reconhecida, no qual foi fixada tese sobre o

¹⁹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.931/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 07.02.2018, DJe de 08.06.2018.

²⁰⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.931/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 07.02.2018, DJe de 08.06.2018.

²⁰¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.931/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 07.02.2018, DJe de 08.06.2018.

ressarcimento dos procedimentos prestados pelo SUS cobrados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em que os Ministros rejeitaram recurso interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que validava o ressarcimento. O relator, Ministro Gilmar Mendes, teve seu voto acompanhado por unanimidade, conforme a seguir:

É constitucional o ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei 9.656/1998, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 04/06/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa no âmbito administrativo em todos os marcos jurídicos²⁰².

Com essa decisão, os processos judiciais de cobrança de ressarcimento ao SUS, que estavam suspensos aguardando o julgamento do recurso, retornam a tramitar normalmente. Para fins de parâmetro de valores, desde 2013 os planos de saúde já ressarciram ao SUS cerca de R\$ 2,06 bilhões, havendo ainda cerca de R\$ 346,27 milhões suspensos devido a decisões judiciais e outros R\$1,28 bilhão inscritos na Dívida Ativa da União²⁰³. R\$ 2,53 bilhões foram cobrados entre 2013 a 2017²⁰⁴.

Como já afirmado, a escassez de recursos públicos é apontada como o principal fator de restrição da efetividade do direito à saúde. Longe de resolver os problemas do SUS, que prevê em seu orçamento gastos na ordem de R\$ 128,19 bilhões para 2019²⁰⁵, essa medida pode gerar uma nova tendência em relação aos altos gastos privados em saúde no Brasil. O Brasil possui mais de 47 milhões de beneficiários de planos privados de assistência médica²⁰⁶, diante de uma população de cerca de 208 milhões de habitantes²⁰⁷, ou seja, 22,5% do total. No entanto, em

²⁰² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE 597.064/RJ**. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07.02.2018, DJe de 16.05.2018.

²⁰³ VALOR ECONÔMICO. **SUS tem a receber quase R\$ 2 bilhões de operadoras de planos de saúde**. 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5660433/sus-tem-receber-quase-r-2-bilhoes-de-operadoras-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁰⁴ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Boletim informativo: utilização do sistema público por beneficiários de planos de saúde e ressarcimento ao SUS**. n.1 (abr.) 2016- Rio de Janeiro: ANS, n. 5 (abr.), 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/ANEXO/total_boletim_5_edicao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018, p.21.

²⁰⁵ BRASIL. **Orçamento da União de 2019 prevê mais recursos para educação e saúde**. 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/economia-e-financas/2018/08/orcamento-da-uniao-de-2019-preve-mais-recursos-para-educacao-e-saude>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁰⁶ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2008-2018)**. 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁰⁷ BRASIL. **População brasileira ultrapassa 208 milhões de pessoas, revela IBGE**. 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/populacao-brasileira-ultrapassa-208-milhoes-de-pessoas-revela-ibge>>. Acesso em: 15 out. 2018.

2013 a despesa pública com saúde atinge 48,2% da despesa total com saúde, logo, 51,8% dos gastos em saúde tem origem privada²⁰⁸.

Uma gradual transferência de recursos privados para o sistema público pode incentivar a uma maior racionalização do sistema de saúde brasileiro, que é caracterizado pela sobreposição de cobertura entre o serviço financiado ora pelo público, ora pelo privado²⁰⁹. Além disso, pode desencadear um movimento em que a parcela da população que possui plano de saúde, notadamente oriunda das classes sociais financeiramente mais abastadas, ao frequentar a estrutura do SUS, perceba a importância do sistema e a necessidade de investimentos que vai favorecer toda a população. Nesse caso, os benefícios recairão especialmente àquela parcela mais carente da sociedade, que sequer possui a opção de utilizar a rede privada por não ter disponibilidade financeira para arcar com os custos de um plano de saúde. Entende-se que o grupo social que detém plano de saúde possui mais instrumentos de persuasão diante da classe política, podendo pressioná-la por melhores serviços públicos, minimizando as desnecessárias sobreposições existentes.

Sob o aspecto coletivo, compreende-se que essa medida também promove uma maior percepção de participação e cidadania ao utilizar-se de bens e serviços públicos, custeados por toda a sociedade, talvez incentivando a construção de uma nova cultura no Brasil a respeito de como lidar com os direitos estabelecidos e a forma como o Poder Público os asseguram, em busca da realização dos preceitos constitucionais e, assim, atingindo sua pretendida efetividade.

Sobre a discussão sobre os efeitos da judicialização da saúde, Ventura *et al* alegam que a efetividade do direito à saúde requer um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, e não meramente formais e restritas às ordens judiciais. Nesse sentido, o acesso à justiça é avaliado de forma mais ampla, como o acesso aos benefícios jurídicos em geral no nível legislativo e administrativo, além do acesso ao Judiciário. Há resistência para estabelecer um consenso entre as partes envolvidas ou afetadas pelas decisões judiciais nesse âmbito, “*porque implica decidir sobre o que é justo se reivindicar e o que se*

²⁰⁸ BANCO MUNDIAL. **A fair adjustment: efficiency and equity of public spending in Brazil: Volume I: síntese** (Portuguese). Washington, D.C.: World Bank Group. 2017. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-síntese>>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁰⁹ SCATENA, M. A. N. **O Ressarcimento ao SUS: Análise do perfil de utilização do Sistema Único de Saúde segundo período da contratação dos planos**. Dissertação de mestrado. ENSP/FIOCRUZ, 2004, p.89.

*deve proteger, a partir da abstração do que é justo e do pluralismo moral existente nas sociedades democráticas*²¹⁰.

Mendes entende que o estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que seus problemas de eficácia social, aqui denominado de efetividade jurídica, ocorrem muito mais por questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também na composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Ou seja, para esse autor, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

Nesse ínterim, consente-se com a ideia de que ao direito à saúde deve ser dada efetividade por meio de ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Dessa forma, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento²¹¹.

A efetividade do direito à saúde, portanto, é diretamente afetada pelas limitações e restrições apresentadas, seja pela aplicação de teses que reduzem o escopo da previsão constitucional, ou o suprimem plenamente, ou aquelas que visam a assegurá-lo diante de um contexto de proteção básica de efeitos desse direito. As teorias discutidas, como a Teoria do Mínimo Existencial, a Cláusula de Reserva do Financeiramente Possível, ou ainda o Princípio da Proibição ao Retrocesso também são aplicadas em decisões relacionadas ao direito à educação, que pleiteiam, além da garantia ao acesso ao ensino público, o fornecimento de merenda escolar, transporte escolar, a normalização do número de professores, condições para o desenvolvimento do aluno com deficiência, adequação do prédio escolar, vaga em creche e pré-escola, entre outras hipóteses²¹².

Corroborar-se com o pensamento de Sant'Ana, ao afirmar que os discursos político, institucional, midiático e acadêmico mais comuns, que alegam que a judicialização da saúde aprofunda desigualdades e desestrutura o SUS, são incoerentes com a realidade de privação

²¹⁰ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais e SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 Nov. 2018.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 662.

²¹² CURY, Carlos Roberto Jamil. FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **A judicialização da educação**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009, pp. 36-38.

enfrentada pela maioria preponderante dos usuários do sistema, notadamente indivíduos das classes populares que não gozam da cobertura provida pelo sistema privado de saúde. “*Se injustiça no acesso é o problema central, como lutar por acesso pode ser um ato que reforça desigualdades ou desestrutura o SUS?*”²¹³

A Constituição Federal e os direitos trazidos em seu bojo assumem um papel de relevância na determinação das decisões do Poder Público, englobando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, de acordo com a teoria constitucional e a concepção de norma fundamental, tais direitos não deveriam ter como resultado restrições ou até o pleno impedimento de sua efetividade, em função da alegação de insuficiência de recursos. O pacto social normatizado pela Constituição deve ser respeitado, ou repactuado, sob pena de convivência em um Estado de Democrático de Direito cuja lei maior não é observada.

Caberia ao Poder Público, nesse caso, acolher a intenção do constituinte, mas, de forma oposta, utiliza de artifícios como a desvinculação de receitas, mecanismo que permite ao governo usar livremente 30% de todos os tributos federais, estaduais e municipais vinculados por lei a fundos ou despesas, permitindo que os recursos destinados a áreas como educação, saúde e previdência social sejam aplicados em qualquer despesa considerada prioritária, na formação de superávit primário, ou para o pagamento de juros da dívida pública²¹⁴.

O Poder Judiciário, nessa lógica, deve funcionar como o “*guardião da Constituição*”²¹⁵, ou seja, como aquele que toma a decisão final sobre pleitos que tratem dos direitos ali elencados, evitando que a Constituição seja apenas um apanhado de normativos vazios, sem que seu resultado seja observado pela população.

Para mudar o panorama, entende-se que o Poder Público deve se afastar da notória omissão que caracteriza muitos dos litígios que são julgados pelo STF, baseados em políticas públicas deficientes, a fim de assegurar efetividade aos direitos fundamentais. A premissa de um “*ideal*” (quase utópico) da Constituição Federal é uma tarefa árdua a ser alcançada, mas deve ser adotada como objetivo principal na tomada de decisões daqueles que representam o Estado.

²¹³ SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. Tese de Doutorado. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2017, p. 130

²¹⁴ Majorado de 20% para 30%, conforme Emenda Constitucional nº. 93, de 08 de setembro de 2016. Art. 76 da CRFB.

²¹⁵ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Editora del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 31.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do objetivo quanto ao entendimento da limitação dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, visando a compreender a responsabilidade dos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário, foi identificada a dificuldade em assegurar efetividade a tais direitos. Muitas vezes cerceados por teorias que tratam de suas limitações, é evidenciada a compreensão de que o simples acesso a determinado direito não significa que serão observados os resultados desejados.

A efetividade dos direitos fundamentais, especialmente relacionada ao direito à educação e à saúde, objeto de estudo deste trabalho, sofre de problemas tanto por sua vertente jurídica, atrelada principalmente ao acesso a esses direitos, quanto por sua faceta social, vinculada ao atingimento de resultados esperados em conformidade com a disposição normativa do direito e o contexto de evolução de determinada sociedade.

A intenção deste trabalho foi expor o referencial teórico aplicável à ideia de efetividade de direitos. Inicialmente, mostrou-se necessário diferenciar o conceito de norma e do direito em si, além da separação entre o que se considera eficácia e efetividade de uma norma. Essa distinção permite a identificação de similitude entre a concepção de eficácia social e efetividade jurídica, indicando que se caracteriza como uma norma que, além de válida, produz efeitos, deixando de se limitar ao mundo jurídico para transformar o mundo fático.

No entanto, a indagação permanece, à medida que a simples intervenção dos direitos na sociedade não implica que se convertem nos efeitos esperados, dando ensejo à ideia de efetividade sob a ótica social, que é interpretada como a qualidade observada em determinada norma ou direito em que seus resultados estão de acordo com a proposição circunscrita. Assim, pode ser verificada a coerência entre a ideia de efetividade social com o que se entende como uma ânsia social quanto à forma como é assegurado determinado direito, comprometendo-se, ressalte-se, ao núcleo essencial do direito, ou seja, o que se espera é que quem usufrua desse direito obtenha um grau de benefício que resulte no impacto esperado pela sociedade, em conformidade com a evolução do grau da importância e priorização em face do desenvolvimento e prosperidade do Poder Público.

Para a identificação da maneira como a noção de efetividade pode ser aplicada, foi trazida a discussão sobre o acesso ao ensino superior no Brasil, direito fundamental estipulado na Constituição Federal, que configura a hipótese de efetividade jurídica, no sentido de confirmar a promessa constitucional a respeito de que todo brasileiro terá direito ao acesso ao

ensino superior no Brasil. Nessa análise, foram demonstrados os programas governamentais que visam permitir o acesso de estudantes que não possuem os meios para o ingresso nas Instituições de Ensino Superior, bem como o forte crescimento de vagas oferecidas em instituições de ensino privado, decorrentes da expansão do mercado por meio de incentivos governamentais e do crescimento da demanda.

Neste estudo, foi identificado que, no Brasil, as vagas disponibilizadas são suficientes para o presente número de alunos que concluem o ensino básico, mas também foi demonstrado que, ainda no ensino básico, se não existisse um número tão grande de desistências e repetências, o número de alunos concluintes do ensino básico extrapolaria a quantidade de vagas atualmente oferecidas no ensino superior.

Além disso, buscou-se entender os problemas existentes no ensino básico, sendo demonstrada a aplicação da noção de efetividade social, tendo em vista que ali a intenção era verificar os resultados obtidos pelo sistema de ensino no Brasil e tentar entender os motivos pelo qual o Brasil possui uma educação notadamente classificada como de qualidade baixa, especialmente quando comparada com outros países. Pretendeu-se demonstrar a efetividade social do direito à educação no Brasil, à medida que esse direito não consegue sanar o anseio da sociedade quanto ao quesito do direito à educação básica.

Sobre os efeitos dos direitos fundamentais, a fim de explicar porque eles não possuem a desejada efetividade, especialmente a de cunho social, foram investigadas as teorias aplicáveis pelos Tribunais Superiores, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal, quanto às limitações e restrições aplicáveis aos direitos fundamentais. Nesse ponto, foi definido o direito à saúde como tema estudado, devido aos diversos julgados sobre desse tema, permitindo uma visão mais ampla do que se considera uma restrição de um direito fundamental e os meios adotados para sua aplicação.

Foram apresentadas decisões de pleitos relacionados a prestações de bens e serviços de saúde, em que se demonstra a construção de entendimentos quanto à forma como o Poder Judiciário compreende como deve resguardar, limitar ou até eliminar o direito à saúde, indicando que, em que pese a ideia geral de que o Poder Judiciário mostra-se como o “*guardião da Constituição*”, defensor das leis e principal responsável pelas medidas acautelatórias para assegurar esse direito. Verificou-se que o Poder Judiciário, via de regra, apenas assegura que políticas públicas já definidas pelo Poder Legislativo e Executivo sejam observadas, sendo desconfigurada a hipótese de invasão de competência entre os poderes, bem como também foi demonstrado que esse Poder não necessariamente se mostra como um meio assecuratório dos

ditames constitucionais, tendo em vista que as restrições aplicadas ao direito à saúde extrapolam até a interpretação literal do texto constitucional.

A intenção foi explicar e demonstrar como a efetividade dos direitos fundamentais pode ser observada tanto sob o aspecto teórico quanto prático, transcendendo a ideia de eficácia dos direitos, permitindo a adoção até de uma espécie de contraponto a respeito dos direitos elencados na Constituição Federal e os indicadores utilizados atualmente para aferir as respostas obtidas pelas ações do Poder Público.

Porém, deve ser enfatizado que a ideia de efetividade, especialmente sob a ótica da efetividade social, está intimamente atrelada aos parâmetros estipulados por determinado grupo social. Por exemplo, atualmente, a entrega de casas sem banheiros pelo Poder Público seria interpretada como inaceitável, em claro descompasso com a efetividade social pretendida pelo direito à moradia, no entanto, há aproximadamente 100 anos essa mesma concessão poderia ser vista como um sintoma de benevolência por parte do governo vigente, visto que ainda estavam sendo implantados, nacionalmente, os sistemas de esgotamento em áreas urbanas no Brasil²¹⁶. Da mesma forma, uma residência atualmente oferecida pelo governo brasileiro poderia ser considerada incompatível com o padrão de ações públicas do governo holandês.

Ou seja, a análise da efetividade de direitos é permeada por fatores de caráter subjetivo, mostrando-se diametralmente oposta à ideia de uma “*teoria pura*”, pois, muito ao contrário, a intenção é exatamente demonstrar que a noção de efetividade se mostra com uma característica volátil, parcial, tendenciosa, podendo ser atrelada aos costumes locais, à evolução de ações públicas, às demandas da sociedade, à capacidade financeira do Estado, ao progresso tecnológico, entre tantos outros parâmetros.

Apesar disso, pode ser demonstrado que, a partir de um ponto de vista específico, como no caso a sociedade brasileira entre os anos 2000 e 2018, é possível apresentar indicativos sobre o que se considera como a repercussão esperada para determinada ação governamental relacionada à observância de um direito fundamental.

²¹⁶ Em 1919, diante das graves epidemias que assolavam o país, o presidente da República criou um novo órgão federal subordinado ao já existente Ministério da Justiça e Negócios Interiores: o Departamento Nacional de Saúde Pública. (...) Além dele, outros órgãos específicos foram criados para combater a seca e implantar redes de abastecimento de água e esgotamento em áreas urbanas. SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. **Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória**. Hist. cienc. Saúde - Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 23, n.3, p. 615-634, Set. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702016000300615&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 23 nov. 2018, p. 622-623.

Assim, podem ser identificadas ações mais efetivas de acordo com tais parâmetros, como, por exemplo, a quantidade de alunos que concluíram determinado nível escolar na idade correta, as notas desses alunos a partir de uma avaliação padronizada, os ganhos de produtividade que a sociedade obtém com o investimento em educação, o retorno social ao indivíduo, aumento do Produto Interno Bruto do país, entre outros.

Diante de tantos direitos, é natural que diversos pontos de vistas possam ser identificados, mas objetivamente pode ser reconhecido o grau de efetividade de um direito quando existe um parâmetro mínimo, qual seja, qual ação era esperada e qual o resultado obtido, sendo possível identificar direitos com efetividade baixa ou alta, de acordo com a utilização desses parâmetros.

Sob essa hipótese, além do estudo do direito à educação ou das restrições aplicáveis ao direito à saúde, seria possível apontar diversos outros direitos elencados na Constituição Federal e tentar avaliar, a partir de indicadores pré-estabelecidos, um grau de efetividade das ações governamentais, ou até das não intervenções estatais para os casos de direitos negativos, como no caso do direito de liberdade de imprensa, de associação, entre tantos.

Também seria cabível a discussão a respeito das funções (e disfunções) dos Poderes constituídos, omissões, ineficiências e desperdícios de recursos públicos (humanos, patrimoniais e financeiros), bem como a forma como o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário se contrapõem quando um membro da sociedade requer que seja assegurado um direito constitucionalmente assegurado, sendo possível, por exemplo, travar um aprofundado debate quanto à efetividade do direito ao salário mínimo no Brasil.

Entende-se que o estudo da Constituição ganha contornos mais realistas quando se estuda sua repercussão na sociedade, seja por meio de dados já observados e seus efeitos produzidos, ou ainda pela expectativa gerada por aqueles que pretendem que os preceitos constitucionais sejam observados e assegurados. Evidentemente, trata-se de um processo de evolução que não se restringe ao ponto de vista social, mas jurídico também, em que se busca um ponto de equilíbrio entre as expectativas da sociedade e a capacidade estatal para satisfazê-las. Isso posto, existe uma constante tensão levando ao desequilíbrio dessas forças, tendo em vista que as expectativas estão intrinsecamente atreladas à realidade de um momento, que será constantemente alterada, assim como a capacidade estatal depende de inúmeros fatores para assegurar as devidas ações.

Logo, compreende-se que a ideia de efetividade dos direitos fundamentais compreende um aspecto determinante e essencial para a análise do Direito Constitucional, seu desdobramento quanto às Teorias Constitucionais atualmente aplicadas, bem como quanto ao estudo do Direito Financeiro e suas implicações diante do paradigma estabelecido entre a promessa constitucional, a peça orçamentária e o limite financeiro do Estado.

Por fim, pode-se afirmar que a ideia de efetividade ultrapassa a ideia de eficácia da norma, assumindo a condição de verificação não apenas da sua capacidade de produzir efeitos, por meio da definição de efetividade jurídica, mas a condição de permitir que um direito seja associado à realidade social, quando os resultados obtidos devem estar em consonância com o postulado constitucional. Direitos prestacionais, como os direitos à educação e à saúde, são fruto de constante debate acadêmico e judicial por se compatibilizarem na problemática associada à efetividade jurídica e social, conforme discutido.

Como exposto, o direito à educação demonstra problemas quanto ao seu acesso no ensino superior, impossibilitando a sua efetividade jurídica, assim como quanto aos resultados observados no ensino básico, considerado de baixa qualidade, repercutindo negativamente em sua efetividade social. Sobre as limitações aplicáveis aos direitos fundamentais, os argumentos manifestados em julgados do STF, quanto ao direito à saúde, adotaram justificativas baseadas em teorias a esse respeito, podendo até restringir plenamente esse direito fundamental.

Entende-se que há campo de prospecção para que se investigue a possibilidade de uma teoria universal quanto à noção de efetividade dos direitos fundamentais, bem como a adoção de medidas para que essa efetividade possa ser limitada, sendo possível a compreensão da relação entre a promessa constitucional, os meios como o Poder Público busca aplicar os ditames constitucionais e os resultados observados na sociedade, principal interessada na execução desses direitos.

REFERÊNCIAS

ALBERGONI, L. **Economia**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2008.

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA. **Decisão Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 33, 303 – numerus clausus I**. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv033303>>. Acesso em: 06 nov. 2018

ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVAREZ, Monique Modesto Ungar. **Direito Público subjetivo – uma análise crítica**. Revista Direito UNIFACS n. 151. Salvador, 2013.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

ANDRADE, F. F. de. **O método de melhorias PDCA**. Dissertação de Mestrado, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

ANDRÉS, Aparecida. **Expansão da educação superior sob os planos nacionais da educação: expectativas, fatos e perspectivas**. In Plano Nacional de Educação: olhares sobre o andamento das metas. Org. Gomes, Ana Valeska Amaral. Julho de 2017. Brasília: Edições Câmara. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema11/expansao-da-educacao-superior-sob-os-planos-nacionais-da-educacao-expectativas-fatos-e-perspectivas_aparecida-andres>. Acesso em: 10 nov. 2018, pp.149-194.

AQUINO, Laurence. MORCHE, Bruno. NEVES, Clarissa Eckert Baeta. **Acesso e Equidade no ensino superior: ProUni uma política de inclusão social?** Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2010.

BANCO MUNDIAL. **A fair adjustment: efficiency and equity of public spending in Brazil: Volume I: síntese** (Portuguese). Washington, D.C.: World Bank Group. 2017. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-sintese>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

BARROSO, L. R. **A efetividade das normas constitucionais revisitada**. Revista de Direito Administrativo, p. 30-60. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.1994.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **Eficácia e efetividade do direito à Liberdade**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 2, n. 2, 2001.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. Saraiva, 2012.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BITTAR, Carla Bianca. **Educação e direitos humanos no Brasil**. 1ª edição. Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Direitos Fundamentais & Justiça Vol. 3, Porto Alegre: HS Editora, 2008, pp. 82-93.

BORGES, Marina Soares Vital. **A atuação do sistema de justiça na efetivação dos direitos fundamentais: um estudo sobre o direito à educação básica, na comarca de Florianópolis/SC, no período de 2000 a 2005**. Tese (Doutorado). UFSC. 2007.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Boletim informativo: utilização do sistema público por beneficiários de planos de saúde e ressarcimento ao SUS**. n.1 (abr.) 2016- Rio de Janeiro: ANS, n. 5 (abr.), 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/ANEXO/total_boletim_5_edicao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Agência Nacional de Saúde. **Dados Gerais - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2008-2018)**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais – uma análise das condições de vida da população brasileira**. 2014.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Censo da Educação Superior 2013**. 2014. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2016/notas_sobre_o_censo_da_educacao_superior_2016.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Censo escolar**. Disponível em: <<http://inep.gov.br/educacao-basica>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Notas estatísticas do Censo da Educação Superior**. Disponível em <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2018/censo_da_educacao_superior_2017-notas_estatisticas2.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. **Resumo Técnico Censo da Educação Básico 2012**. 2013. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB**. Lei nº 9.394 de 1996 (atualizada pela Lei nº 12.796, de 2013).

_____. **Lei nº 12.711, de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. 2012.

_____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. 2014.

_____. Ministério da Educação. **Ensino superior — entenda as cotas para quem estudou todo o ensino médio em escolas públicas**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cotas/perguntas-frequentes.html>>. Acesso em 08 out. 2018.

_____. Ministério da Educação. **FIES — Tire suas dúvidas**. Disponível em: <<http://fies.mec.gov.br/?pagina=faq>>. Acesso em 08 out. 2018.

_____. Ministério da Educação. **Prouni – o programa**. Disponível em: <<http://prouniportal.mec.gov.br/o-programa>>. Acesso em 08 out. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. **Orçamento da União de 2019 prevê mais recursos para educação e saúde**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/economia-e-financas/2018/08/orcamento-da-uniao-de-2019-preve-mais-recursos-para-educacao-e-saude>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Portal Prouni — Representações gráficas — Bolsas ofertadas por ano**. Disponível em: <http://prouniportal.mec.gov.br/images/pdf/Representacoes_graficas/bolsas_ofertadas_ano.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. **Prouni e Fies**. Disponível em: <<https://www.prouni.com.br/prouni-e-fies/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. **Provinha Brasil**. Disponível em: <<http://provabrasil.inep.gov.br/web/guest/provinha-brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. **População brasileira ultrapassa 208 milhões de pessoas, revela IBGE.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/populacao-brasileira-ultrapassa-208-milhoes-de-pessoas-revela-ibge>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. SENADO FEDERAL. **Senado aprova proposta que prorroga a DRU até 2023.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Recurso Especial: REsp 1.657.156/RJ.** Julgamento em 25/04/2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, **Recurso Especial REsp n. 2006.00.674080/RS**, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 08.05.2007, DJ de 31.05.2007.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.931/DF.** Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 07.02.2018, DJe de 08.06.2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental Ag. Reg. na Suspensão de Liminar 47/PE**, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 17-3-2010, Tribunal Pleno, DJE de 29-4-2010.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 45/DF.** Min. Celso de Mello, julgamento em 29/04/2004, DJ de 04/05/2004.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Despacho de convocação de audiência pública, de 5 de março de 2009.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Habeas Corpus HC 103.236/ES**, rel. min. Gilmar Mendes, julgado 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Mandado de Segurança MS 23.452/RJ**, rel. min. Celso de Mello, julgado 16-9-1999, Tribunal Pleno, DJ de 12-5-2000.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE 393.175 AgR/RS.** Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE: 566.471/RN**, Min. Relator Marco Aurélio, julgamento pendente.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE 597.064/RJ.** Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07.02.2018, DJe de 16.05.2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário RE 848.331/PE.** Min. Celso de Mello, julgamento em 19.11.2014, DJe de 27.11.2014.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário: RE 855.178 RG/SE**. Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 05.03.2015, DJe 16.3.2015.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário com Agravo ARE 639.337/SP Agravo Regimental AgR-SP**. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 14/09/2011.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 138/RN**. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 31.08.2007, DJ de 10.09.2007.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 139/RN**. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 31.08.2007, DJ de 10.09.2007.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 175/CE**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 16/06/2009, DJ de 24/06/2009.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 198/MG**. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Avaliação de programas de governo**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/comunidades/avaliacao-de-programas-de-governo/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3.ed. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBAC9EC7B5EF9>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. Universidade de Brasília – UnB. **Aprovação das cotas raciais na UnB completa 15 anos**. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publicacoes/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>>. Acesso em 07 out. 2018.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. The conflicts society confronts in the allocation of scarce resources. New York: Norton, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina. 2012.

_____. **Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1991.

CARVALHO, Klayton Lima Calvante; SILVA, Sandra Maria Barbosa. **Políticas públicas para a juventude: um olhar sobre os programas Fies e Prouni**. Multidebates, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 282-292, out. 2018. ISSN 2594-4568. Disponível em: <<http://www.faculdadeitop.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/121>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALCANTI, Thais Novaes. **O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo**. Disponível em: <<http://revistas.faculdadesocial.edu.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/152/111>>. Acesso em: 14 out. 2018.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. Brasília. Saraiva, 2013.

CHAVES, Vera Lúcia Jacob; REIS, Luiz Fernando; GUIMARÃES, André Rodrigues. **Dívida pública e financiamento da educação superior no Brasil**. Acta Scientiarum. Education, v. 40, p. 5, 2018. <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/ActaSciEduc/article/viewFile/37668/21760>. Acesso em: 11 nov. 2018.

CHUEIRI, V. K. DE; SAMPAIO, J. M. de A. **Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91**. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 45–66, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença**. Cadernos de pesquisa, n. 116, julho de 2002, São Paulo, p. 245-262, 2002.

CURY, Carlos Roberto Jamil. FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **A judicialização da educação**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi; MAGGIO, Marcelo Paulo. **A efetivação jurídico-política do direito à saúde no supremo tribunal federal: a referência paradigmática da SL 47-AGR/PE**. Revista de Direito Sanitário, v.17, n.3, pp. 58-76, 2017.

DA SILVA, Hugo Lontra. **A nova efetividade social da norma**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 32, ago. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3325>. Acesso em 29 set 2018.

DEMING, W. Edwards. **Qualidade: A revolução da administração**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. **A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 591-598, Fev. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000200591&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 23 nov. 2018.

DOURADO, Luiz Fernandes. **Políticas e gestão da educação superior no Brasil: múltiplas regulações e controle**. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, v. 27, p. 53-65, jan./abr. 2011.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social.** Revista Educação Social, vol. 28 nº 100. 2007.

_____. **Direito público subjetivo e políticas educacionais.** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, vol.18, n.2, pp. 113-118, 2004.

DUTRA, Valéria de Souza Arruda. **A questão da legitimidade e da eficácia social dos direitos fundamentais e a influência da legística.** Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Vol. 15. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADO DE SÃO PAULO. **70% dos alunos brasileiros de 15 anos não sabem o básico de Matemática.** Disponível em: <<https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,70-dos-alunos-de-15-anos-nao-sabem-o-basico-de-matematica,10000092785>>. Acesso em: 12 nov. 2018

FLORES, Gisele M. D. Z. **Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais.** Justiça do Direito. V.21. n.1, p. 74-83, 2007.

FRANCO, Alexandre de Paula. **Ensino Superior no Brasil: cenário, avanços e contradições.** Jornal de Políticas Educacionais, n. 4, julho – dezembro 2008. Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba. 2008.

FREITAS FILHO, R.; BRUM, C. J. D. **A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal.** Universitas Jus, v. 25, n. 1, 2014.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos.** In Paulo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Emerson. **O Direito à Educação e suas perspectivas de Efetividade.** Revista da EMERJ, v. 8, nº 32. 2005.

GAZETA DO POVO. **Avaliação mostra que nível do ensino médio está estagnado há 12 anos.** Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/avaliacao-mostra-que-nivel-do-ensino-medio-esta-estagnado-ha-12-anos-dhywrh96unfq24krqwokiy67a/>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton and Company, 1999.

JABORANDY, C. C. M.; OLIVEIRA, L. P. S. O. **A dimensão econômica dos direitos humanos e a tutela de direitos mínimos no brasil em tempos de crise: estado de coisas inconstitucional?** REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, v. 4, n. 2, p. 521–537, 2017.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2001.

LIMA, Paulo Gomes. **Universalização da Educação Superior no Brasil: contrapontos e possibilidades**. Educar em Revista, nº 51. 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de Informação Legislativa. n. 164, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, Brasília, out./dez. 2004.

MANCEBO, Deise. VALE, Andréa Araujo do. MARTINS, Tânia Barbosa. **Políticas de expansão da educação superior no Brasil 1995-2010**. Revista Brasileira de Educação, nº 20. 2015.

MEDEIROS, Monica Jaqueline Sifuentes Pacheco de. **O acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MUNARO, Franciel. **Os deveres de promoção do acesso ao ensino público no estado democrático de direito: condições de justiça para a cidadania**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina. 2009.

NEVES, Clarissa E. B.; MARTINS, Carlos B. **Ensino superior no brasil: uma visão abrangente**. In: DWYER, Tom; ZEN, Eduardo Luiz; WE-LLER, Wivian; SHUGUANG, Jiu; KAIYUAN, Guo (org.). *Jovens universitários em um mundo em transformação: uma pesquisa sino-brasileira*. 1. ed. Brasília: IPEA; Pequim: Social Science Academic Press/ SSAP, v. 1, 2016.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça**. Revista Brasileira de Educação, nº 11. 1999.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAUJO, Gilda Cardoso de. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação**. Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, n. 28, p. 5-23, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n28/a02n28.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

OLSEN, Ana Carolina. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação (Mestrado) — UFPR, 2006. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/3084>>, acesso em 06 out 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em: 07 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA — UNESCO. **Primer estudio internacional comparativo sobre lenguaje, matematica y factores asociados, para alumnos del tercer y cuarto grado de la educación básica.** Informe Técnico. Laboratorio latinoamericano de evaluación de la calidad de la educación. Ago. 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001492/149268s.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. **Segundo relatório global sobre aprendizagem e educação de adultos.** Brasília. 2014. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002307/230725por.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO — OCDE. **Relatórios Econômicos OCDE: Brasil. 2018.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2018.

PENALVA, Janaína. **A igualdade sem mínimos: Direitos Sociais, Dignidade e Assistência Social em um Estado Democrático de Direito – um estudo de caso sobre o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal.** Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UnB, Brasília. 2011.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora. **Mínimo social e igualdade: deficiência, perícia e benefício assistencial na LOAS.** Revista Katálysis, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 262-269, dez. 2012. ISSN 1982-0259. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802012000200012/24937>>. Acesso em: 28 out. 2018.

PLATAFORMA EDUCACIONAL. **Ideb: Saiba tudo sobre o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica.** Disponível em: <<https://www.somospar.com.br/ideb/>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

PORTAL IEDE. **Percentual da população com Ensino Superior nos 36 países investigados pelo Education at a Glance 2010, por faixa etária (2008).** Disponível em: <<https://www.portaliiede.com.br/percentual-da-populacao-com-ensino-superior-nos-36-paises-investigados-pelo-education-at-a-glance-2010-por-faixa-etaria-2008/>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

REDE JUNTOS. **O Ideb (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica) seu cálculo e nossas metas.** Disponível em: <<https://wiki.redejuntos.org.br/busca/como-calculer-o-ideb>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

ROSA, Alexandre Morais; MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica.** In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional v. 1, n. 1. Curitiba. 2009.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública.** Tese de Doutorado. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2017.

SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional.** 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/602/r147-01.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 29 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13a. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCATENA, M. A. N. **O Ressarcimento ao SUS: Análise do perfil de utilização do Sistema Único de Saúde segundo período da contratação dos planos.** Dissertação de mestrado. ENSP/FIOCRUZ, 2004.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Editora del Rey, Belo Horizonte, 2007.

SEVEGNANI, J. BODNAR, Z. **O princípio da subsidiariedade como delimitador das políticas públicas no Brasil.** In **Direitos sociais e políticas públicas III, organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Adir Ubaldo Rech, Oscar Ivan Prux.** – Florianópolis: CONPEDI, 2014, pp. 320-344. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=213>>. Acesso em: 14 out. 2018.

SILVA, Denise Mendes da. **O Impacto das Estilos de Aprendizagem no ensino de Contabilidade na FEA-RP/USP.** Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – FEA-RP/USP, Ribeirão Preto, 2006.

SILVA, Janaina Almeida da C. **Qualidade na Educação.** Cengage Learning Editores. São Paulo, SP: Cengage, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais,** 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Adriana. **O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008).** Tese (Doutorado). Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. 2010.

SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. **Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória.** *Hist. cienc. Saúde - Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 23, n.3, p. 615-634, Set. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>

scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702016000300615&lng=en&nrm=iso>.
Acessado em 23 nov. 2018

SOUSA, Eliane de. **Série IDP - Direito à Educação - Requisito para o desenvolvimento do País**, 1ª edição. Saraiva, 05/2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TASHIBANA, Thiago Yudi; MENEZES FILHO, Naercio; KOMATSU, Bruno. **Ensino superior no Brasil**. insper.edu.br, dez. 2015 (Policy Paper, n.14). Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/Ensino-superior-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Perguntas e respostas: você sabe o que é a prova brasil?** Disponível em: <<https://todospelaeducacao.org.br/conteudo/perguntas-e-respostas-voce-sabe-o-que-e-a-prova-brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 01 out. 2018.

TREVISAN, L. S. **Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, v. 10 n. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir>>. Acesso em: 05 out. 2018.

TRINDADE, Andre Fernando dos Reis. **Manual de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2017.

VALOR ECONÔMICO. **SUS tem a receber quase R\$ 2 bilhões de operadoras de planos de saúde**. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5660433/sus-tem-receber-quase-r-2-bilhoes-de-operadoras-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 15 out. 2018.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais e SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 Nov. 2018.

VIEIRA, Regina Beatriz Bevilacqua. **Educação Superior no Contexto Nacional: Políticas, Tensões e Desafios**. 2003. Disponível em: <https://cavi.prodirh.ufg.br/up/65/o/politicas_ppgfe.pdf>. Acesso em 07 out. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2009, p. 41.

ZABALZA, Miguel A. **Qualidade em Educação Infantil**. ArtMed, Porto Alegre, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino, **Eficácia social da prestação jurisdicional**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 08, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 107-113.