

ISABELA BENTES DE LIMA

**A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO
NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

BELÉM

2009

ISABELA BENTES DE LIMA

**A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO
NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués

BELÉM

2009

L732e Lima, Isabela Bentes de

A exigibilidade judicial do direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988 / Isabela Bentes de Lima - Belém: Universidade Federal do Pará. 2009.

140 f.

Orientador: Professor Dr. Antonio Gomes Moreira Maués

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídica, 2009.

1. Direitos Sociais - Brasil. 2. Direito – Educação. 3. Judicialização – política pública. I. Maués, Antonio Gomes Moreira. II. Universidade Federal do Pará – Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD: 379.2

ISABELA BENTES DE LIMA

**A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués (orientador)
Universidade Federal do Pará - UFPA

Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho
Universidade Federal do Pará - UFPA

Prof. Dra. Loussia Penha Musse Felix
Universidade de Brasília - UNB

Belém, 16 de julho de 2009

A Deus, a minha família, aos verdadeiros amigos, e a todos que acreditaram na realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de estudar.

Ao Professor Antônio Gomes Moreira Maués, que, reconhecendo a minha vontade em pesquisar os direitos sociais, permitiu meu ingresso no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, pelas orientações acadêmicas, dedicação e paciência.

A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação de Mestre em Direito, especialmente o Professor José Cláudio Monteiro de Brito Filho, pela atenção quando solicitado.

A todos da minha família, pelo incentivo e motivação, em especial: Luciano, pelas demonstrações de amor diárias, pelo apoio, pelas conversas; minha mãe Rita, que com esforço e dedicação me mostrou o prazer estudar, pelo amor e preocupação com minha formação humana; minha irmã Juliana, pelo companheirismo, atenção e diálogo; minha irmã Maria, pela generosidade nos momentos difíceis, pela lealdade e orientações; minha avó Marciana, por me ensinar a ser mulher.

Aos companheiros de estudo, pela contribuição mútua em nossa formação, pela força, vibração e solidariedade nos momentos difíceis do Mestrado.

Aos verdadeiros amigos, que estiveram sempre ao meu lado nesses dois anos e meio de dedicação e renúncia.

“O bom era ter uma inteligência e não entender. Era uma benção estranha como a de ter loucura sem ser doida. Era um desinteresse manso em relação às coisas ditas do intelecto, uma doçura de estupidez. Mas de vez em quando vinha a inquietação insuportável: queria entender o bastante para pelo menos ter mais consciência daquilo que ela não entendia. Embora no fundo não quisesse compreender. Sabia que aquilo era impossível e todas as vezes que pensava que compreendera era por ter compreendido errado. Compreender era sempre um erro – preferia a largueza tão ampla e livre e sem erros que era não-entender. Era ruim, mas pelo menos se sabia que se estava em plena condição humana.”

Clarice Lispector

RESUMO

O presente estudo tem como objeto analisar a efetividade do direito à educação na Constituição de 1988. Examina-se o conceito, a natureza, os custos (como a criação de reserva de fundos no FUNDEB e as designações sobre os percentuais a serem usados para a manutenção e desenvolvimento do ensino pelas entidades federativas), o papel do Estado e da sociedade e os princípios constitucionais que regulam a implementação do direito à educação na realidade brasileira. A partir do postulado de que o Estado Social e Democrático de Direito é protetor dos direitos sociais, foi relevante considerar que os argumentos sobre o mínimo existencial e a escassez de recursos devem ser apreciados com o máximo de cuidado. Além disso, são analisadas duas decisões judiciais proferidas em dois casos concretos que foram levados ao Supremo Tribunal Federal, fenômeno denominado por maior parte da doutrina de “judicialização de políticas públicas”, trata-se do caso Santo André/SP e do caso Queimados/RJ. Por fim, as referidas decisões são analisadas conforme os princípios e valores constitucionais tendo sido concluído que as demandas coletivas de satisfação do direito à educação são prioritárias em relação as demandas individuais, embora ambas sejam exigíveis.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à educação. Estado Social e Democrático de Direito. Poder Judiciário. Política Pública.

ABSTRACT

The current study aims to analyze the effectiveness of the right to education in Brazilian 1988 Constitution. It intends to examine the concept, nature, costs (as the creation of a funding to FUNDEB and the designation on the percentage to be used for the maintenance and development of education by federal entities) the role of state and society, as well as constitutional principles that rule the implementation of the right to education in Brazil. Based on referential that the Social and Democratic State of Rights is protector of the social rights, it was relevant carefully taking into account the concepts of “existential minimum”, and scarcity of resources. Furthermore, this study analyzes two judgments of Supreme Court, phenomenon named by most of doctrine as “judicialization of public policies”, which are the cases Santo André / SP and Queimados/ RJ. Finally, these judgments are analyzed according to the principles and values that guide the Brazilian Constitution which led to the conclusion that the collective demands of supplying the right to education have priority over the individual demands, despite both of them being required.

Keywords: Fundamental Rights. Right to education. Democratic and Social State of Rights. Judiciary. Public Policy.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
1 APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.1 Estado Social e Democrático de Direito: protetor dos direitos sociais.....	26
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.....	31
3.1 Considerações históricas sobre a educação nas Constituições Brasileiras.....	31
2.2 Conceito de direito à educação.....	37
2.2.1 A educação como direito de todos.....	40
2.2.2 A educação como dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade.....	42
2.2.3 A educação para o pleno desenvolvimento da pessoa.....	44
2.2.4 A educação como preparação para o exercício da cidadania.....	46
2.2.5 A educação para qualificação para o trabalho.....	50
2.3 Natureza do direito à educação.....	51
2.4 Princípios constitucionais da educação.....	54
2.4.1 Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.....	55
2.4.2 Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.....	58
2.4.3 Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.....	61
2.4.4 Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.....	63
2.4.5 Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes de ensino.....	66
2.4.6 Gestão democrática do ensino público, na forma da lei.....	68
2.4.7 Garantia de padrão de qualidade.....	69
2.4.8 Piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal.....	71
2.4.9 Princípio da universalidade do acesso ao ensino.....	72

2.5	Garantias a serem fornecida pelo Estado para efetivar o direito à educação.....	73
3	IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO.....	76
3.1	Conceito de políticas públicas.....	76
3.2	Sobre a elaboração de políticas públicas.....	78
3.3	A escassez de recursos e os fundos de manutenção do ensino.....	80
3.4	Controle judicial de políticas públicas e o neoliberalismo.....	88
3.5	O direito à educação é exigível de quem?.....	91
3.5.1	O dever dos pais.....	91
3.5.2	A União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios.....	92
3.6	O papel das ações civis públicas.....	96
3.7	O Supremo Tribunal Federal e o direito à educação.....	99
3.7.1	O caso Santo André/SP.....	100
3.7.2	Os argumentos do Ministro Relator Celso de Mello.....	100
3.7.3	O caso Queimados/RJ.....	103
3.7.4	Os argumentos do Ministro Relator Gilmar Mendes.....	104
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
	REFERÊNCIAS	134

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática que envolve a eficácia dos direitos sociais já há algum tempo vem ganhando maior espaço nas discussões acadêmicas, em razão de sua extrema importância dentro do contexto social. A sociedade brasileira, manchada pela desigualdade, pobreza, analfabetismo, desemprego, deficiências nos serviços públicos de saúde, caos da previdência social, entre outros, reclama por soluções a essas celeumas, requerendo a presença de um Estado que, cada vez mais forte, seja capaz de sanar tais máculas.

São problemas que vêm acompanhando a evolução das Constituições no Brasil, indicando que o papel do Estado é fundamental para implementar mudanças na área social, sobretudo no que diz respeito ao direito à educação. Com a Constituição de 1988, atingimos o mais alto patamar de proteção aos direitos sociais, principalmente em relação ao direito à educação, embora este tenha sido objeto da salvaguarda constitucional desde a Constituição Imperial de 1824.

A discussão em torno do papel da educação num Estado Social e Democrático de Direito, como claramente se assumiu o Brasil na Constituição de 1988, e da efetividade deste direito por meio da via judicial, consiste no objetivo deste trabalho, de modo a acompanhar como este tema tem sido tratado pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pois, a educação é verdadeira arma de emancipação social, responsável por transferir indivíduos de uma situação social desfavorável para outra com mais qualidade de vida, por criar cidadãos que se comportem como sujeitos democráticos que se importam com a construção de uma sociedade atenta aos direitos humanos, ao respeito e à tolerância.

A educação, pressuposto do exercício de liberdades, contribuindo para a promoção da igualdade, é um assunto essencial a ser trazido ao lume, porque é através dela que serão alcançados os objetivos constitucionalmente delineados.

Para viabilizar este estudo, as técnicas de pesquisa realizadas foram: pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e pesquisa jurisprudencial, todas de índole hermenêutica.

Na pesquisa bibliográfica, foram consultadas diferentes posições doutrinárias a respeito do tema, em obras nacionais e estrangeiras, para a elaboração do marco teórico utilizado na sustentação do posicionamento da questão da judicialização do direito à educação no Brasil.

A pesquisa documental envolveu consultas em algumas legislações, tais como: a Constituição Imperial de 1824, Constituição de 1891, Constituição de 1934, Constituição de 1937, Constituição de 1946, Constituição de 1967, Constituição de 1969, Constituição de 1988, a Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Na pesquisa jurisprudencial, foi feita coleta no *site* do Supremo Tribunal Federal, a partir do ano de 1988, durante o ano de 2008, e leitura crítica das decisões proferidas pela instância suprema no que tange à exigibilidade judicial do direito à educação. Destacam-se as decisões proferidas no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715-5, o famoso caso de Santo André, que trata da falta de vagas em creche para crianças, conforme preconiza a Constituição de 1988. E também a decisão proferida no pedido de suspensão de tutela antecipada pelo Estado do Rio de Janeiro de n. 241-7, em que foi requerido por este a prorrogação do prazo para a eficácia da decisão que determinou o ingresso de professores na rede estadual de ensino do Município de Queimados. São estas duas decisões que serão analisadas, por serem as que demonstram o tratamento que vem sendo dado ao direito à educação pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a contextualizar com a prática jurídica, argumentos doutrinários sobre o tema e conceitos como mínimo existencial, reserva do possível, entre outros.

A análise das referidas decisões, tem como pano de fundo o tratamento dado ao direito à educação pela Constituição de 1988, com o estudo aprofundado dos princípios que norteiam o ensino, a natureza e o conteúdo do direito em questão, o papel da sociedade e do Estado.

Foram trazidas complementações teóricas de Paulo Freire, ilustre representante da área da Pedagogia, embora tenha tido formação jurídica, que

dialoga com o Direito, engrandecendo a leitura do direito à educação como fundamental à existência digna de qualquer pessoa humana. Lembrando-nos do ensinar com ética, e do aprendizado recíproco que significa expor um conhecimento em sala de aula.

A dissertação está composta por três capítulos. O capítulo um informa considerações de caráter histórico que introduzem a análise do direito à educação. Menciona as revoluções liberais como movimentos que contribuíram significativamente para a solidificação dos direitos fundamentais nas Constituições de diversos países, a partir da compreensão jurídico-objetiva de tais direitos. O referido capítulo tem somente um subtópico a mais que é sobre o Estado Social e Democrático de Direito como protetor dos direitos sociais.

O capítulo dois aborda o conceito e a natureza do direito à educação, e é onde consta a análise de todos os princípios constitucionais referentes a ele: igualdade de condições para ao acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; gestão democrática do ensino público, na forma da lei; garantia de padrão de qualidade; piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar, nos termos da lei federal e a universalidade do acesso ao ensino. Ademais, foram apresentadas as garantias a serem ofertadas que asseguram o direito à educação.

O capítulo três encara a problemática da exigibilidade judicial do direito à educação. Para tanto, foi analisado o conceito de políticas públicas, o fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino – FUNDEB – com a apreciação crítica a respeito do uso dos recursos públicos, mais especificamente sobre a desvinculação das receitas da União. Confrontou-se a defesa do controle judicial das políticas públicas frente ao neoliberalismo como forma de aproximar ainda mais o presente estudo da realidade cotidiana. Analisou-se o papel dos pais e do Estado na implementação do direito à educação, bem como o confronto entre

uma noção de mínimo existencial e o conteúdo de direito público subjetivo ao ensino fundamental.

As decisões coletadas junto ao *site* do Supremo Tribunal Federal, referentes ao caso Santo André/SP e ao caso Queimados/RJ, foram apresentadas com a indicação dos principais argumentos utilizados pelos ministros que as relataram.

Por fim, os acórdãos citados foram comentados com o posicionamento da questão sobre a exigibilidade judicial do direito à educação, à luz das concepções doutrinárias trazidas e dos princípios constitucionais que regem o direito à educação na Constituição de 1988.

1 APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, que originou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inspirada na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, proveniente da Revolução Americana, foi um dos acontecimentos de maior importância¹ para o início do processo de positivação dos direitos humanos em diversas Constituições. Como os documentos internacionais que declaram direitos possuem natureza política e carecem de vinculação jurídica, toda carta de direitos de origem supranacional, para adquirir vigência no direito interno, deve ser ratificada pelos Estados soberanos². Por este motivo, em meados do século XIX, a Europa e a América, inseriram em suas cartas constitucionais o conteúdo da Declaração Francesa de 1789, era a assunção da universalidade dos direitos fundamentais.³

A positivação dos direitos humanos em cartas constitucionais consiste numa maneira de garantir a sua proteção no âmbito de cada Estado, e deve ser encarada como evolução no processo de positivação dos direitos humanos. Pois, com a aquisição da categoria dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos humanos e dos direitos naturais, há nova possibilidade de que garantias sejam fornecidas pelo Estado, o que confere ao indivíduo maior proteção.⁴

¹ Em que pese a divergência quanto ao fato histórico que mais representou a ascensão dos Direitos Humanos, se foi a Revolução Americana de 1776 ou a Revolução Francesa de 1789, com as declarações de direitos que elas originaram, e sem desconsiderar fenômenos sociais como a Bill of Rights da Inglaterra de 1689, entre outros, acolheu-se neste trabalho a Declaração Francesa como ponto de partida para esta pesquisa. Em sentido oposto, defende Ingo Wolfgang Sarlet que acredita ter sido a declaração de 1776 a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, embora reconheça que houve reciprocidade na influência que as declarações exerceram entre si. in: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 50.

² FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 29.

³ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 40.

⁴ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 35.

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais serve muito mais para firmar a linha metodológica a ser seguida no desenvolvimento deste trabalho, do que para desconsiderar as opiniões contrárias. Uma das polêmicas que cerca a diferença aludida, por exemplo, é se a característica da fundamentalidade dos direitos atinge o seu conteúdo de direitos humanos, ou seja, se o fato de um direito, considerado fundamental, deixa de fazer parte do rol de direitos humanos por esta razão. Outra dissidência a ser apontada, é sobre a existência ou não de hierarquia entre as categorias em comento, que constantemente são colocadas em confronto, como se houvesse uma competição entre ambas.

Afirmar que se equiparam a expressões sinônimas, significa correr grande risco de incidir em equívoco, pois existem modos de transgressão a direitos que não podem ser considerados fundamentais, uma vez que não se encontram presentes em determinado sistema jurídico, mas que devem ser alvo de ações protetivas.⁵

É nesse sentido que defende Clarice Seixas Duarte, que acredita que a categoria dos direitos fundamentais

não retira nem a vigência nem a importância dos direitos humanos. Tanto isso é verdade que, enquanto é legítimo e correto denunciar, como exemplo de violação aos direitos humanos, os crimes da Alemanha Nazista, o apartheid na África do Sul e a negação das liberdades políticas e sindicais no Chile durante a ditadura do General Pinochet, não haveria sentido fazê-lo com base nos direitos fundamentais, já que nenhum desses sistemas políticos reconhecia, efetivamente, em seu ordenamento jurídico positivo tais direitos.⁶

Por este motivo, é que a citada autora considera que os direitos sociais, são direitos fundamentais e direitos humanos simultaneamente, visto que se encontram sob a proteção do direito internacional (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e do direito nacional (Constituição brasileira de 1988).

É certo que seja admissível que tais expressões se confundam, porque existe ponto em comum entre ambas, mas elas não se distinguem

⁵ DUARTE, *loc.cit.*

⁶ DUARTE, *loc. cit.*

completamente. Para cristalizar essa distinção, frequentemente se utiliza o critério de concreção positiva: aos que fundamentam a ordem jurídica do Estado, cujos destinatários são indivíduos que se encontram sob a égide de uma soberania, de conteúdo restrito, e que se delimitam no tempo e no espaço, são os direitos fundamentais. De outro lado, de conteúdo mais abrangente pela própria natureza que assume de universalidade, abrangem o ser humano em si e não somente os cidadãos pertencentes a uma estrutura estatal, relacionando-se com o direito internacional, direcionado a todos os povos, em qualquer tempo da humanidade, isto é, tende a uma eficácia de absoluta generalidade.⁷

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁸, a distinção entre as expressões é muito evidente, embora considere que reconhecer o binômio não significa excluir a relação que existe entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois adverte que estes estão contidos naquele, trazendo à memória o fato de que a Declaração de 1948⁹ fundamentou grande parte das constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial.¹⁰

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 37.

⁸ SARLET, *loc. cit.*

⁹ A declaração universal dos direitos humanos de 1948 trouxe uma concepção contemporânea para os direitos humanos, consolidando em seu corpo os direitos civis e políticos (artigos 3º a 21) e também os direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 22 a 28) simultaneamente, rompendo a separação entre a liberdade, representada pela não atuação estatal e a igualdade representada pela atividade estatal. Por esse motivo, o documento citado é o responsável por trazer a definição contemporânea de direitos humanos (cuja proteção ultrapassa a soberania nacional, pois são universais, indivisíveis, interdependentes e amplos), cuja juridicidade tem sido atribuída ao fato de que ao longo dos anos de sua existência, tornou-se direito costumeiro internacional e princípio geral do direito internacional, retirando a ideia de que a divisão dos direitos humanos em gerações significa a revogação dos anteriores com o surgimento de novos direitos. É o que leciona Flávia Piovesan quando afirma que os direitos humanos estão em permanente processo de construção e de reconstrução, funcionando como uma espécie de código de princípios e valores de índole universalizante direcionados aos Estados-nação, com o objetivo de reconhecer indistintamente a todas as pessoas direitos decorrentes da própria natureza humana e com o intuito de causar repercussão moral nas Nações sequeladas pelas práticas genocidas ocorridas na Alemanha nazista. Então, esse documento foi introduzido no direito internacional no contexto de superação do regime nazista após a Segunda Guerra Mundial, na tentativa de resgate da doutrina jusnaturalista que se fundamenta na dignidade inerente a toda pessoa humana como forma de corrigir a violência cometida contra seres humanos no referido período histórico. Os postulados teóricos a respeito da amplitude universal dos direitos humanos, característica que compõe a noção contemporânea desses direitos, tiveram como pano de fundo os referidos precedentes históricos. Motivo por que a Declaração de 1948 acentuou que os direitos humanos tem como destinatário as pessoas independentemente de cor, sexo, raça, opção religiosa ou política, enfim, sem quaisquer diferenciações capazes de ferir a dignidade humana. Dito de outro modo, "para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça ariana). A

Então, a esse grupo de direitos chamados fundamentais reserva-se o conteúdo jurídico positivo, isto é, consideram-se aqueles que já adquiriram aparato institucional em cada Estado para a tutela dos indivíduos, sem que isso os desvirtue da categoria de direitos humanos vinculados aos primados da dignidade humana e, que, portanto, não necessitam de atividade legislativa para existirem.¹¹ O conteúdo de uma categoria não interfere ao de outra, nem há diferença hierárquica, apenas é feita tal delimitação para fins didáticos e de cunho histórico, não se torna redundante dizer, por fim, que os direitos humanos enquanto categoria histórica se relativizam, e que, de certo modo, se restringem à esfera de posituação internacional.¹²

dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos” (vide PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2006 e PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003). A universalidade dos direitos humanos, no entanto, ainda é alvo de reflexões conflitantes entre si. Embora não seja tema objeto deste trabalho, trata-se de pressuposto teórico a ser brevemente justificado. Tendo em vista as dissidências doutrinárias a respeito da universalidade, Pérez Luño analisa essa questão refutando as teses contrárias a esse ideal. Aduz, então, que a universalidade consiste em elemento constitutivo da ideia de direitos humanos desde as revoluções iluministas, marcadas pelas doutrinas filosóficas do jusnaturalismo racionalista e o contratualismo do século XVIII até a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (Flávia Piovesan compartilha com Pérez Luño o pensamento de que a universalidade compõe os direitos humanos). A ideia de dignidade preconizada por Luño tem matriz kantiana e tem como base a necessidade vista pelo autor de que os direitos e liberdades usurpem as fronteiras estatais ainda mais no contexto de forte ligação entre os países proporcionada pela globalização das economias e dos mercados. (vide LUÑO, Antonio Perez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 206 e 207). Todavia, esse núcleo comum que se atribui a todas as pessoas a ser respeitado mundialmente não pode se desvincular da indispensabilidade de reconhecer o valor das culturas locais. A universalidade, portanto, não exclui a flexibilização que deve ser feita perante os costumes peculiares de cada povo, e, inclusive, num país multicultural como o Brasil. O foco das atenções deve voltar-se, no entanto, para que essas variações necessárias não venham de encontro aos direitos humanos, vindo a representar grave violação deles. (BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de Brito. **Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário**, in: Revista TRT 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo. Belém, v.41, n. 81, Jul./Dez./2008, p. 78). É exatamente esta a ideia adotada por Piovesan quando se refere à universalismo de confluência, pois “a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irredutível”, alcançado por um universalismo de confluência.” Não se pode olvidar que o exercício da cultura é previsto na Declaração de 1948, no entanto é inadmissível que práticas desumanas sejam cometidas sob o pretexto do gozo daquele direito como: tortura, racismo, anti-semitismo, repressão a sindicatos e igrejas, entre outros.

¹⁰ No mesmo sentido de Sarlet, Marcos Augusto Maliska adota a distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. In: MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 41.

¹¹ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. 34.

¹² SARLET, *op.cit.* p. 36.

Voltando ao tema das revoluções liberais, consideradas como essenciais para a ascensão dos direitos fundamentais, tanto a Revolução Americana quanto a Revolução Francesa, tiveram fortes características liberais, em função de terem ocorrido num contexto de ascensão do individualismo em detrimento da intervenção absolutista do Estado¹³, representando uma consequência do pensamento burguês do século XVIII.

No entanto, sobre este assunto, Ingo Wolfgang Sarlet acentua que há algum conteúdo social no constitucionalismo da França, uma vez que o processo revolucionário deste país, que tinha como objetivo fundar uma nova ordem constitucional foi marcado pela presença dos ideais da social democracia com especial preocupação com o princípio da igualdade.¹⁴

A identificação de um conteúdo social na Revolução Francesa também foi alvo dos estudos desenvolvidos por Dieter Grimm¹⁵ na análise sobre um possível retorno à compreensão liberal dos direitos fundamentais, a ser sumariamente relatada. Grimm se apropria da compreensão jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva para avaliar o processo de positivação dos direitos humanos na França e nos Estados Unidos.

Quando os direitos fundamentais são encarados a partir do prisma da perspectiva jurídico-subjetiva, observa-se a presença de um poder defensivo dos indivíduos perante as intervenções estatais, mantendo-se o *status quo*. Com a perspectiva jurídico-objetiva, revelam-se os deveres de atuação estatal em relação aos direitos originários a prestações ou ao direito de participação dos indivíduos; trata-se de um dever de proteção do Estado das liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais.¹⁶

Grimm traça um paralelo entre as revoluções liberais ora em comento, identificando as principais diferenças entre as duas e quais consequências isso pode acarretar para a compreensão dos direitos fundamentais.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. José Luis Bolzan de Moraes. **Ciência Política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.p. 48.

¹⁴ SARLET, *op. cit.* p. 51.

¹⁵ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madri, Ed Trotta, 2006. p. 155.

¹⁶ *Ibidem*. p. 155 e 156.

A circunstância em que se deu a Revolução Americana em 1776 foi a de submissão ao Parlamento Britânico (e, portanto, de limitações à liberdades e de tratamento desigual), carecendo os Estados Unidos da América de um sistema jurídico pautado em norma constitucional, baseado tão somente em leis ordinárias devido a sua condição de colônia.¹⁷

O objetivo imediato era conseguir independência e, como decorrência desta, o advento de uma nova constituição.¹⁸ Apesar disso, no século XVIII, a colônia já usufruía de uma ordem social consideravelmente liberal, que só eventualmente era perturbada pela Inglaterra. Com a revolução, foi garantido o direito contra abusos estatais assim como foi assegurada a exigibilidade judicial da omissão do Estado na nova Constituição.¹⁹

A França, por sua vez, pretendia a completa reforma da ordem social, pois a instituição de privilégios para a nobreza e o clero, limites estamentais, entre outros, comprometia o exercício da liberdade e da igualdade aos indivíduos, restando somente deveres e obrigações. A elaboração de um catálogo de direitos fundamentais consistiu na preocupação primordial dos revolucionários franceses, a transição do modelo de Estado Feudal para Estado Liberal-Burguês só ocorreu mais tarde.²⁰

Com efeito, o raciocínio de Grimm se completa após afirmar que com a Revolução Americana, os indivíduos passaram a ter o direito de exigir a omissão estatal diante de abusos:

De ahí que la historia del surgimiento de los derechos fundamentales en su país de origen abogue, de hecho, por la defensa frente a la intervención como función originaria de los derechos fundamentales.” E completa: “ Mas, cuando se dirige la mirada a Francia, el país europeo donde se originan los derechos fundamentales, la imagen se modifica”. Concluído: “(...) De ahí que la revolución americana se agotara en el cambio del poder político y en la adopción de precauciones frente a su abuso, mientras que para la francesa el cambio del poder político no constituyó sino el medio para la postergada reforma del orden social. La verdadera meta de la Revolución se hallaba en la reorganización de aquél em torno de las máximas de libertad e igualdad. Su realización, por tanto, exigía una renovación radical de los derechos civil, penal,

¹⁷ *Ibidem*.p. 158 e 159.

¹⁸ SARLET, *op. cit.* p. 52.

¹⁹ GRIMM, *op. cit.* p. 155.

²⁰ *Ibidem*. p. 158 e 159.

procesal, etc, mientras que nada sabemos de tales grandes reformas tras la revolución americana.²¹

Ou seja, no contexto revolucionário francês, não é possível atribuir aos direitos fundamentais o caráter de direitos subjetivos de proteção frente ao Estado, pois eles exerceram a função de princípios supremos condutores da reforma da ordem social, consubstanciando-se como elementos de extrema importância para a reforma do direito (do direito civil, do direito penal, do direito processual, entre outros).

Os direitos fundamentais, no exercício da função de mandatos de atuação, para que o legislador os tenha como base para a reforma social, consiste exatamente na sua função jurídico-objetiva.²² Somente após a transformação da ordem social, em termos de liberdade e igualdade, é que puderam defender na França, a função negativa dos direitos fundamentais.²³

Embora não seja o foco desse trabalho o desenvolvimento profundo a respeito das perspectivas jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva, devido este tema ter sido pouco abordado na doutrina,²⁴ cabe fazer algumas considerações.

A questão proposta por Grimm²⁵, se a função clássica dos direitos fundamentais consiste somente na defesa perante as intervenções abusivas do Estado, adquire importância na medida em que a resposta que sobrevir poderá acarretar consequências para a efetividade desses direitos.

A identificação de conteúdo social na revolução francesa, em que os direitos fundamentais tomaram forma de mandatos de atuação, ao invés de um simples poder de defesa em relação ao Estado, mostra que não é possível delimitar a função de tais direitos, o que já vem sendo admitido na doutrina, embora de forma superficial.²⁶ A compreensão dos direitos fundamentais somente como forma de impedir que o Estado tivesse acesso à liberdade individual (perspectiva jurídico-subjetiva) foi interessante enquanto este não apresentava ameaça aos interesses da classe dominante, a burguesia.²⁷

²¹ GRIMM, *loc.cit.*

²² GRIMM, *loc.cit.*

²³ GRIMM, *loc. cit.*

²⁴ Esta informação foi retirada da obra de SARLET, *op. cit.* p. 150.

²⁵ GRIMM, *loc. cit.*

²⁶ *Ibidem.* p. 150.

²⁷ *Ibidem.* p. 163.

Por conseguinte, quando surgiram demandas que requeriam a não intervenção estatal em favor da liberdade, a doutrina do século XIX se posicionou de forma mais restrita, com a progressiva dogmatização da função negativa dos direitos fundamentais vinculando a atividade do Estado tão somente ao princípio geral da legalidade da Administração.²⁸ Neste caso, o que pareceu se sobrepor no momento de escolher a perspectiva para compreender os direitos fundamentais foram os interesses da classe dominante, levando-se a crer que apenas por convenção, oportunismo, tal interpretação foi adotada.

Diante da ineficácia das premissas liberais, e da falácia de que a liberdade e a igualdade, sem a intervenção do Estado, conduzem automaticamente à prosperidade e a justiça, as atenções voltaram a incidir o foco na perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Pois, as liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais não têm utilidade para aqueles que não possuem os pressupostos materiais para seu usufruto.²⁹

Como razão para expandir a proteção a ser promovida pelos direitos fundamentais, Grimm apresenta a questão social referente à metade do século XIX, que provou que o bem estar social não é tão somente uma questão de talento e diligências. A revolução industrial salientou os efeitos da doutrina liberal, em razão da carência de condições materiais que suportem o exercício das liberdades, originando grande número de indigentes.³⁰ É justamente neste contexto social e de crise do capitalismo, que a doutrina do welfare state passa a atuar como principal, deixando para trás a “mão invisível” do Estado.

Para reforçar a ideia exposta, de que o recurso à intervenção do Estado só foi possível com a anuência da burguesia, ressalte-se que foi por causa do perigo que representava o crescimento das tensões sociais para esta classe, que foi permitida a abertura de maior espaço para a incidência dos planos estatais. E mais: a burguesia, detentora do poder econômico, se aproveitou dessa flexibilização para fincar raízes de sua doutrina liberal e suas atividades de

²⁸ “Ciertamente, cuanto menos amenazados estaban los intereses de la burguesía por el Estado, más disminuía la valoración burguesa de los derechos fundamentales. Cuando el Cuarto Estado comenzó a reclamar como meta tales derechos para cubrir su déficit de libertad, su contenido de intervención fue negado por parte de la doctrina iuspubicista: hacia el final del siglo XIX, aquéllos habían perdido ya completamente su referencia a la libertad para reducirse a formulaciones casuísticas del principio general de la legalidad de la Administración.” (*Ibidem*.p. 163).

²⁹ *Ibidem*. p. 161.

³⁰ *Ibidem*. p. 162.

acumulação e expansão de capital a partir dos benefícios fornecidos através da intervenção do Estado.³¹

Com as considerações feitas, é possível concluir que o atrelamento realizado entre os direitos fundamentais e a prevalência de sua compreensão por meio da ótica jurídico-subjetiva, trata-se de uma escolha política que se submete à liberdade do intérprete. Admitir essa preferência significa anuir junto aos setores mais tradicionais da doutrina, de forma a se distanciar cada vez mais da realidade, que requer também uma interpretação jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, conforme bem acentua Grimm, quando assinala que se trata de uma questão de necessidade e não de uma moda passageira.³²

O que parece claro é que se pretende afastar a compreensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais por ela indicar de modo mais visível o montante de custos que isso acarreta. Observa-se que somente quando foi interessante para a classe média, é que vieram à tona demandas de judicialização das políticas públicas no Brasil, por exemplo, principalmente em relação ao direito à saúde. A exigibilidade judicial dos direitos sociais tem como base o argumento pautado na compreensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

As conclusões apontadas por Virgílio Afonso da Silva, em pesquisa sobre as demandas individuais de tratamentos médicos e de medicamentos no Estado de São Paulo, mostram semelhantes resultados em três casos mencionados, todos desastrosos no que se refere à igualdade. Foram conclusões do seguinte porte: muitos pedidos eram baseados em prescrições médicas emitidas por médicos privados; ações foram propostas por advogados particulares; demandantes que moram nos bairros nobres de São Paulo; remédios requeridos às vezes sem autorização para venda no Brasil; demandantes que não utilizam o sistema público de saúde; decisões cuja base era a premissa de que o direito à saúde é um direito individual.³³

³¹ STRECK, Lenio Luiz. José Luis Bolzan de Moraes. **Ciência Política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 66.

³² GRIMM, *op.cit.* p. 167.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights**. Paper apresentado ao VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Atenas, 2007. p.15.

A partir de conclusões desse tipo, é que se infere que os beneficiados por estas decisões não têm sido os cidadãos mais pobres, pois estes não possuem condições para custear um advogado particular para ter acesso ao Judiciário, para adotar plano de saúde privado, e tampouco morar em bairros nobres.

O intento deste trabalho em trazer a seguinte reflexão, até o presente momento, é confirmar o fato de que a defesa e proteção de direitos, de certa forma, se vinculam aos interesses da classe dominante. Em outras palavras, a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais só foi substancialmente valorizada quando pertinente à classe média, este dado, até então, tem se mostrado incontestável. Voltaremos oportunamente a encarar o tema no tópico reservado à judicialização do direito à educação.

É a partir do contraste entre a forma que se deu a Revolução Americana e a Revolução Francesa que Grimm alega que a defesa negativa dos direitos fundamentais não constitui a função clássica deles, inserindo-se nesta, também, a defesa positiva.

Voltando ao tema da passagem do Estado Liberal para o Estado de bem estar social, diga-se que as novas necessidades sociais trouxeram consigo a classificação dos direitos humanos em dimensões.

São direitos humanos de primeira dimensão³⁴, os nascidos no contexto histórico da ascensão do liberalismo. Eles se referem ao dever negativo do

³⁴ Sobre o conceito de direitos humanos, Jean Carlos Dias expõe seu pensamento, apresentando a diferença entre liberdades individuais e os direitos humanos. Na investigação do conteúdo dos direitos humanos, esse autor parte da premissa de que os direitos humanos extrapolam as fronteiras estatais atingindo dimensão global. Desse modo, Jean Carlos Dias analisa que as liberdades públicas (que também denomina de individuais) foram chamadas de direitos humanos de primeira dimensão (de oposição ao poder estatal) ao lado dos direitos sociais, econômicos e culturais como os de segunda dimensão direcionados para os indivíduos enquanto membros de relações de produção econômica. Jean retira do rol dos direitos humanos as liberdades individuais. E a razão é simples: para ele os direitos humanos possuem natureza positiva, isto é, impelem a atuação estatal para que haja a devida salvaguarda daqueles, e, se as liberdades individuais demandam inércia dos poderes públicos, não há como confundi-las com direitos humanos. Em outras palavras, os direitos humanos requerem atividade protetiva do Estado e as liberdades públicas um não fazer. Logo, para Jean Carlos Dias, as liberdades individuais não se confundem com os direitos humanos, pois aquelas se relacionam com a abstenção estatal enquanto estes se apresentam como um dever de atuação. Essa natureza indica que as ações do Estado devem ser efetuadas para a busca incessante da preservação e da tutela dos direitos humanos. É que para aquele autor, o indivíduo titular de direitos humanos, que simbolizam a transferência da individualidade pautada nas expectativas patrimoniais de cada membro da sociedade para o campo universal da dignidade humana, não pode ser confundido com aquele indivíduo alvo da teoria clássica liberal, que se opõe ao Estado por ser a medida do campo de

Estado, que o obriga a um não-fazer (abstenção), para desse modo promover a proteção de direitos individuais frente a atitudes abusivas daquele. É que, conforme já foi dito, o nascimento desses direitos se deu com a ascensão da ideologia liberal preconizada pelos burgueses pretendendo-se a contenção da autoridade estatal com a transformação dos pilares da organização dos países. Então, tais constituições trouxeram a divisão das funções estatais entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário bem como a declaração de direitos³⁵.

Por outro lado, são direitos humanos de segunda dimensão, os relacionados ao advento da Revolução Industrial no século XIX, e ao crescimento dos movimentos sociais proporcionado pela atmosfera sócio-política da industrialização. São os direitos econômicos, sociais e culturais, cuja natureza se caracteriza pela exigibilidade de prestações positivas do Estado. O objetivo de efetivar esses direitos consiste em eliminar desigualdades sociais determinando normas para a saúde, relações de trabalho, educação, previdência, entre outros. Nesse contexto, as constituições foram influenciadas pelos valores da social-democracia.

Os direitos humanos de primeira dimensão (civis e políticos) ficaram de um modo preponderante associados à obrigatoriedade negativa do Estado, enquanto que para os direitos humanos de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais)³⁶ predominava a noção de que ao estado atribuíam-se obrigatoriedade positiva.³⁷

Contrariando a linha clássica de raciocínio, quanto à diferenciação de obrigações em positivas e negativas, para a efetivação dos direitos humanos, Abramovich aduz que existem direitos que, em que pese serem identificados *prima facie* como uma obrigação negativa por parte do Estado (limitação da

atuação dos poderes institucionais. (Dias, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. p.111 e 113).

³⁵ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 41.

³⁶ Os termos “direitos econômicos, sociais e culturais” e “direitos sociais”, serão utilizados como sinônimos neste trabalho, embora existam diferenças de caráter histórico e conceitual entre ambos. Segundo Victor Abramovich, a expressão “direitos econômicos, sociais e culturais” advém do direito internacional, enquanto que o termo “direitos sociais” é oriundo do direito constitucional (ABRAMOVICH, Victor e COURTIS Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid, Trotta, 2004, 2ª. Ed. p. 120)

³⁷ ABRAMOVICH, Victor. **Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados**. In: Sur, nº 2, 2005. p. 189 e 190.

intervenção estatal na liberdade dos indivíduos), requerem consideráveis atividades estatais (obrigações positivas) que garantam o exercício da liberdade bem como bloqueiem qualquer cerceamento ilegal deste.³⁸

Para isso, informa aquele autor que é necessário empreender funções de polícia, segurança, defesa e justiça (que implicam gastos para o Estado), que impeçam interferências na liberdade, seja por parte do Estado seja por particulares. Ou seja, Abramovich pretende afirmar que os direitos civis e políticos são compostos por um complexo de obrigações positivas e negativas.³⁹

Abramovich defende que o mesmo complexo de obrigações positivas e negativas existe nos direitos sociais, econômicos e culturais, identificando nestes, até então conhecidos como “direitos-prestação”, obrigações negativas como: o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde; o direito à educação pressupõe a obrigação de não piorar a educação; o direito à preservação do patrimônio cultural implica a obrigação de não destruir esse patrimônio. Em suma, do mesmo modo que os direitos de primeira dimensão, os de segunda dimensão também são constituídos tanto de obrigações positivas quanto negativas.⁴⁰ Sendo possível concluir que, os direitos sociais, econômicos e culturais, assim como os direitos civis e políticos, são direitos prestacionais, que vinculam a atuação do Estado.

O aspecto trabalhado na concepção de que os direitos sociais são direito-prestação, se funda na falsa ideia de sua não-acionabilidade. Construiu-se uma estrutura ideológica ao redor dos direitos civis e políticos, dando-nos a impressão de que este grupo de direitos merece reconhecimento, enquanto que o grupo dos direitos sociais não, com justificativas inúmeras, dentre as quais, as principais já foram destacadas.

Ambos os grupos de direitos necessitam de uma responsável observância, embora seja um fato que as violações dos direitos civis e políticos ainda tem sido consideradas mais sérias pela comunidade internacional em

³⁸ ABRAMOVICH, *loc.cit.*

³⁹ *Ibidem.* p. 190 e 191.

⁴⁰ ABRAMOVICH, *loc.cit.*

detrimento dos direitos sociais⁴¹, realidade cultural que deve ser progressivamente transformada.⁴²

1.1 Estado Social e Democrático de Direito: protetor dos direitos sociais

A essência democrática do Estado Social é identificada pela forma como este modelo estatal construiu seus pilares: surgiu das reivindicações das massas trazidas pela revolução industrial, bem como da percepção da insuficiência da ideologia liberal para sustentar o próprio modelo. É resultado da união dos valores da liberdade e da igualdade, e se volta, principalmente, para o regramento da ordem econômica e social nas Constituições.

O surgimento do Estado Social é chamado, conforme leciona Paulo Bonavides, como a revolução da sociedade, a terceira ocorrida na Idade Moderna, após a revolução da burguesia (Estado Liberal) e a revolução do proletariado (Estado Socialista), de caráter plural e democrático, centrada no valor da pessoa humana enquanto membro de uma coletividade em detrimento de uma noção puramente individual da existência.⁴³

Para o mencionado autor, a terceira revolução

irrompe silenciosa e irreprimível na segunda metade do século XX, com o socialismo ou sem o socialismo. Mas necessariamente é a revolução pluralista, democrática, que não derrama sangue nem ascende labareda, inspirada menos na referência do indivíduo do que no valor pessoa humana, enquanto princípio cuja inserção não se pode separar do grupo ou da categoria coletiva. Ocorre sob a égide de uma liberdade que tanto há de ser material como também formal, ficando, porém, fora do alcance e do golpe intruso de uma vontade eventualmente usurpadora, como é a

⁴¹ Os elementos elencados para justificar a violação dos direitos sociais por Flávia Piovesan foram: a ausência de forte suporte e intervenção governamental e de pressão internacional em favor desta. O desrespeito a esses direitos consiste num problema de ação e de prioridade governamental e implementação de políticas públicas que supram as mazelas sociais. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.173).

⁴² PIOVESAN, loc.cit.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 352-363 passim.

vontade do Estado, quando se move além do raio de limitações que só a Constituição pode traçar com legitimidade.⁴⁴

Das categorias de Estado Social apresentadas por Bonavides, quais sejam: Estado Social conservador; Estado Social da concretização da igualdade e da justiça social; Estado Social, que altera e transforma o status quo da sociedade capitalista e abre caminho à implantação do socialismo; e o Estado Social das ditaduras, a mais adequada à Constituição de 1988, bem como aos interesses deste trabalho é a segunda.

A categoria destacada, a de um Estado Social da concretização da igualdade e da justiça social, preconiza que, o Estado auxilia o desenvolvimento do ramo privado e, ao mesmo tempo, também determina medidas que acolhem os anseios dos trabalhadores. É um modelo de crescimento na área da educação, da saúde, da previdência, da garantia salarial, do seguro desemprego, dos benefícios sociais da lei trabalhista, entre outros, com o escopo de propiciar a união do trabalho com o capital, de modo a amenizar a selvageria do capitalismo.⁴⁵

Há que se salientar, nesse ínterim, que existe estreita ligação entre a constituição, o Estado de Direito e os direitos fundamentais. Estes somente encontram abrigo no seio daquele modelo de Estado, uma vez que ao mesmo tempo legitimam e impõe limites ao poder estatal.⁴⁶ A conjugação de normas presentes em vários artigos da Constituição de 1988, indica, portanto, que a República Federativa do Brasil seja um ou tenha pretensões de ser um Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁷

A construção de um Estado Social nos moldes preconizados pela Carta de 1988,⁴⁸ de modo a conviver pacificamente com o capitalismo da livre iniciativa

⁴⁴ *Ibidem*.p. 360.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 361.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 68 e 69.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 71.

⁴⁸ A Constituição é o norte a ser seguido pelo juiz em sua atividade jurisdicional. A esse respeito, diga-se que a carta constitucional deve possuir duas características, quais sejam a legitimidade e a função. A legitimidade é fruto do consenso racional dos cidadãos, isto é, a Constituição, neste aspecto, reflete a vontade do povo e é espelho das teorias do contrato social. Já a função se refere à garantia dos direitos dos cidadãos, para obstar qualquer violação por parte do Estado de modo a proteger a sociedade das majorias ora eleitas que venham a descumprir a norma constitucional, ou seja, a Constituição não deve apenas ter o escopo de não permitir que se crie

e do lucro, fato social da sociedade moderna, é um dos maiores desafios a serem discutidos e perseguidos pela democracia representativa e pela sociedade ao mesmo tempo.⁴⁹

A pretensão é de que o núcleo político fundamental presente na Constituição de 1988 se sobreponha à eventual vontade emanada por uma maioria representativa que esteja em dissonância com aquele, o que de fato, dentro de um contexto de um Estado Democrático e Social de Direito, determina que não só o Executivo e o Legislativo se ocupem da realização tal mister, e sim que haja participação efetiva do Judiciário. Ou seja, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, nesse contexto, perdem a intangibilidade e o poder absoluto para ceder espaço para a soberania e supremacia da Constituição, desconstruindo a ideia de que se tratam de poderes imunes diante da violação da lei fundamental.⁵⁰

E não se trata tão somente da aplicação direta da Constituição, que poderá abrir margem para arbitrariedades e privilégios. Esse argumento acaba por comprometer a defesa da judicialização da política pública, mas não deve causar este efeito. Pelo contrário, deve apenas alertar ao julgador que ele se encontra, assim como os demais poderes do Estado, limitado no exercício de suas atribuições pelos parâmetros que são traçados pela própria Constituição.

A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que consiste na essência de tais direitos, assim como a perspectiva jurídico-subjetiva, foi abandonada pelo constitucionalismo liberal, e somente diante da insuficiência deste em lidar com as grandes transformações sócio-econômicas propiciadas pela Revolução Industrial, é que surgiu a necessidade de ressuscitá-la por meio

um Estado Absolutista. Ao contrário, como um conjunto de regras tanto formais como substanciais, a Constituição tem em seu conteúdo programa político a ser concretizado pelos poderes institucionalizados. Desse modo, o papel que a Constituição exerce no seio do Estado Democrático e Social de Direito, é o de promover a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a garantia da democracia. Nesse ponto, Streck faz uma consideração a respeito da convivência entre o conteúdo do texto constitucional oriundo de um pacto constituinte forjado, que indica a necessidade da realização dos direitos fundamentais e, de outro lado, a complicada relação entre os poderes do Estado, eleitos por majorias que por vezes não estão em consonância com as normas constitucionais. A problemática vigente na idealização de uma jurisdição constitucional, dentro de um Estado Democrático e Social de Direito, é justamente a de desvendar a legitimidade do Poder Judiciário em desconstituir atos normativos do Poder Executivo assim como declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo Poder Legislativo, tendo-se em vista que os membros destes são eleitos. Existe grau de hierarquia entre as características de legitimidade e de função? (STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2ª edição, p. 99 e 100)

⁴⁹ BONAVIDES, *op.cit.* p. 352.

⁵⁰ STRECK, *op.cit.* p. 104.

da idealização de um Estado Social de Direito, que além de se preocupar com a produção de normas gerais, guarda maior atenção em conduzir a sociedade para a busca de metas predeterminadas.⁵¹

O contexto em que se deu a construção do Estado Social pode, também, ser traduzido como o de crise de legitimidade do Poder Legislativo, em que a representação da soberania por este poder abriu brechas para a busca dos anseios sociais em outros poderes. É que o Estado Liberal carrega em sua ideologia constitucional que ao Poder Legislativo incumbe o papel de representação máxima da sociedade, o que confere o status de soberania às leis por ele elaboradas (Estado Legislativo), restando ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário somente a tarefa de executar as normas.⁵²

Com relação à representatividade máxima a ser realizada prioritariamente pelo Poder Legislativo, deve ser levado em consideração que a relação entre candidato e eleitor não tem sido o ponto fundamental para a elaboração de políticas, que não podem ser confundidas com propostas de governo apresentadas nos períodos de eleição. O que está demonstrado na realidade hodierna é que o modelo de democracia representativa muitas vezes é deturpado pelo cotidiano dos congressistas e do Executivo. Em outras palavras, a defesa deste protótipo não deve ser cega, e nunca deverá ser argüida em detrimento da proteção dos direitos sociais, portanto a representatividade⁵³ não deve ser uma ficção.

Assim, a mudança do Estado Liberal a um Estado Telocrático (governado por um propósito ou por objetivos determinados), faz questionar o papel dos poderes do Estado, pois a legitimidade deste passa a pautar-se na implementação de finalidades coletivas, devido às necessidades sociais.⁵⁴

⁵¹ Para o constitucionalismo liberal, ao Estado cabe promover, por meio de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança (física e jurídica) para a vida individual, ou seja, a ele não compete orientar a sociedade civil para a realização de objetivos comuns, o que não ocorre com a Constituição da República de 1988, cujo artigo 3º indica os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: revista dos tribunais, vol. 737, março de 1997, p. 16.)

⁵² COMPARATO, *loc. cit.*

⁵³ Jean Carlos Dias afirma que atualmente a sociedade tem sido melhor representada por grupos de pressão, ONGs, entre outros, que acabam levando as demandas sociais ao Judiciário, consistindo em verdadeira representação dos interesses da coletividade. (Dias, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. p. 133)

⁵⁴ COMPARATO, *op. cit.* p. 17.

Logo, ao Poder Judiciário compete o julgamento de questões ditas políticas (que a princípio estariam reservadas somente ao Poder Legislativo), quando se tem em vista as Constituições do moderno Estado Social, assentada na promoção do bem estar social através da efetivação dos direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, culturais, econômicos, entre outros). A esse respeito, Abramovich diz que:

(...) el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de una conducta concreta que deba exigirse al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la de razonabilidad, o bien la de carácter adecuado o apropiado, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción.⁵⁵

Nesse sentido, em que pese os argumentos de que aos juízes não foi delegado pela sociedade quaisquer poderes para gerir a coisa pública, uma vez que seus membros não foram eleitos, a eles compete o papel constitucional da guarda dos objetivos juridicamente vinculantes expostos na Constituição.⁵⁶

⁵⁵ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid, Trotta, 2004, 2ª. ed. p. 126.

⁵⁶ COMPARATO, *op. cit.* p. 19.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

2.1 Considerações históricas sobre a educação nas constituições brasileiras

A educação foi alvo da preocupação do Estado desde a Constituição Imperial de 1824, embora de forma bastante sucinta, pois o pensamento preponderante era de que a educação deveria ser promovida pelo Estado e pela Igreja.⁵⁷ Tudo isso porque antes dessa época, existia um modo de educação fornecida pelos jesuítas aos índios brasileiros, através da catequização, para que a relação entre colonizador e colonizado se tornasse mais compreensível para ambos, razão por que foram ensinados a ler, escrever, a contar e a falar a língua portuguesa.⁵⁸ Esta forma de ensino, que gradualmente expandiu-se com a criação de escolas, era custeada por verbas oriundas de parte dos dízimos conferidos à Corte Real. O Estado apenas mantinha escolas militares, onde era ensinado o uso de armas, construção de fortificações e artilharia.⁵⁹

A Constituição Imperial de 1824⁶⁰ cuidou do tema da educação no tópico reservado aos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, determinando no artigo 179, inciso XXII, garantia de gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos, e no inciso XXIII, do mesmo artigo, a garantia de

⁵⁷ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 21.

⁵⁸ LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 54.

⁵⁹ Com a expulsão dos jesuítas, a educação deixou de ser realizada, apenas voltando com a chegada da família real no Brasil, ocasião que foram criados por D. João: a Imprensa Régia, a Biblioteca Nacional, um museu, escolas de ensino superior, a Escola Naval, a Escola Militar, cursos de medicina no Rio de Janeiro e na Bahia, cursos de economia, de agricultura, de química e de desenho técnico. (LIMA, *loc.cit.*).

⁶⁰ Maliska afirma que a Constituição Imperial de 1824 possuía fortes características liberais, apresentando-a como a primeira do mundo a subjetivar e positivar direitos, no entanto não deixa de identificar a presença de uma contradição muito forte, pois embora tivesse essa aparência liberal, a Constituição de 1824 estava vigente num regime conservador em que conviviam ideais de liberdade ao lado da escravidão, por exemplo. (MALISKA, *op. cit.* p. 22).

colégios e Universidades, lugares onde seriam ministradas aulas sobre os elementos das ciências, das belas-artes e das artes.⁶¹

A Constituição de 1891 foi elaborada para inaugurar nova forma de Estado e de Governo, passando o Brasil a ser uma República Federativa. A nítida influência que recebeu da Revolução Americana gerou o nome de Estados Unidos do Brasil para a República que se formara. A cisão entre o Estado e a Igreja Católica foi uma das maiores transformações ocorridas⁶², acarretando a ruína da monarquia e a ascensão da República, de modo que a educação, ora considerada como incumbência da religião, passava a adquirir natureza laica.⁶³

A educação foi tema do artigo 34, n. 30, que dispunha sobre a competência privativa da União de legislar sobre o ensino superior. No artigo 35, n. 2, 3 e 4, constava a incumbência do Congresso Nacional, embora de forma não privativa, de promover o desenvolvimento das letras, artes e ciências; criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; e prover a instrução secundária no Distrito Federal.⁶⁴

A Constituição de 1934 teve como antecedente histórico a revolução de 1930, tendo sido elaborada sob a inspiração de um espírito democrático, reservou um capítulo todo dedicado ao tema da educação⁶⁵. A ordem social, a família, a cultura e os direitos sociais tiveram especial atenção na referida Carta, uma vez que esta sofreu influências da Constituição de Weimar de 1919, abrindo mão dos ideais liberais. A importância do direito à educação foi crescendo progressivamente, como um fenômeno mundial que atingiu diversas constituições, como a do México (1917) e da Russa (1919).⁶⁶

⁶¹ A redação do artigo 179 da Constituição Imperial de 1824 era: “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XXXII - A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. XXXIII - Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.”

⁶² MALISKA, *op. cit.* p. 23

⁶³ O dispositivo que mencionava essa mudança era o artigo 72, parágrafo 6º, cuja redação se reproduz: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.”

⁶⁴ Artigo 34, n. 30 e artigo 35, n. 2, 3 e 4 da República Federativa do Brasil de 1891.

⁶⁵ LIMA, *op. cit.* p. 56.

⁶⁶ MALISKA, *op. cit.* p. 24.

A criação do Ministério da Educação refletiu o processo de reconhecimento da educação como direito fundamental, que passava a fazer parte das preocupações do Estado com uma intensidade cada vez maior.⁶⁷

O Título V (da família, da educação e da cultura), capítulo II, do artigo 148 até o artigo 158, foi reservado a dispor sobre a educação e a cultura. Dentre os quais, destacar-se-á aqueles que se revestem de maior notoriedade.

A concepção de educação encontrava-se no artigo 149:

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.

O papel a ser desempenhado pelo Estado passou a ser dividido entre as entidades federativas, com a participação de todos eles na criação de fundos de educação. O artigo 157 dispunha que “a União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação”, que seriam formados pelo produto da adição das sobras das dotações orçamentárias, com as porcentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros a serem investidos somente em obras educativas.⁶⁸ Com este fundo, foi autorizado o fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudos, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas, para os alunos necessitados.⁶⁹

Foi estabelecida gratuidade ao ensino primário integral e de frequência obrigatória extensivo aos adultos⁷⁰, e tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de torná-lo mais acessível.⁷¹ Outro detalhe trazido por esta Constituição foi a inauguração da prática de vinculação do orçamento para a educação. E, também, que a União e os Municípios aplicariam nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos

⁶⁷ FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação in: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 142.

⁶⁸ Artigo 157, §1º, da Constituição da República de 1934.

⁶⁹ Artigo 157, §2º, da Constituição da República de 1934.

⁷⁰ Artigo 150, §único, “a”, da Constituição da República de 1934.

⁷¹ Artigo 150, §único, “b”, da Constituição da República de 1934.

sistemas educativos.⁷² E que, para as zonas rurais, a União reservaria no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.⁷³

Por fim, a Constituição de 1934 rompeu o ensino laico, determinando a frequência facultativa ao ensino religioso, que passava a ser ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, manifestada pelos pais ou responsáveis, e constituindo matéria nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.⁷⁴

A Constituição de 1937 trouxe consigo profundas mudanças no trato com a educação em relação à Constituição de 1934. Ela foi outorgada no contexto da vigência de um regime facista no Brasil, o Estado Novo, demonstrando o autoritarismo do governo que se instalara a partir dos privilégios que foram conferidos ao chefe do Executivo.⁷⁵ A Carta evidenciava a educação como a forma de unificar moral e politicamente a nação e, também, de aumentar a produtividade do Brasil, atribuindo de certa forma importância maior ao ensino profissionalizante.⁷⁶

É nítida a redução do número de artigos dedicados à educação. Enquanto que a Constituição de 1934 dispunha que a educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, a Constituição de 1937 derruba essa conquista do povo brasileiro.⁷⁷

A Carta de 1937 considerou como primeiro dever do Estado o ensino pré vocacional profissional destinados às classes menos favorecidas.⁷⁸ Ou seja,

⁷² Artigo 156, caput, da Constituição da República de 1934.

⁷³ Artigo 156, §único, da Constituição da República de 1934.

⁷⁴ Artigo 153 da Constituição da República de 1934.

⁷⁵ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 28.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 143 e GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade in: GARCIA, Emerson (Org). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro. p. 166.

⁷⁷ Artigo 127, da Constituição da República de 1937, dispunha que: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais, e que o Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. Reservando-se somente aos pais miseráveis o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

⁷⁸ Artigo 129, segunda parte, da Constituição da República de 1937. A terceira parte do referido artigo dispunha que: “é dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público”

foi criado um modelo discriminatório para o sistema de ensino brasileiro, com escolas secundárias, cujo objetivo era preparar a classe dirigente de um lado, e escolas profissionais para a classe dirigida.⁷⁹

Não houve previsões de dotações orçamentárias para o ensino informando o quantum a ser gasto por cada entidade federativa, esta matéria foi tratada por meio de decreto-lei durante toda a vigência da Constituição de 1937, reafirmando a centralização das medidas político-administrativas, e, portanto, o autoritarismo do governo da época.⁸⁰

A Constituição da República de 1946 tomou como base a Constituição de 1934, fazendo renascer os ideais democráticos presentes nesta, aprimorando o tratamento com a educação, uma vez que visava reavivar a democracia perdida com o Estado Novo. Resgatou-se a declaração de que o direito à educação é direito de todos, a ser oferecido tanto no lar quanto na escola, devendo inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.⁸¹ E também voltaram as vinculações constitucionais das verbas referentes ao financiamento da educação.⁸²

Em 1961, foi elaborada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 4.024).⁸³

A Constituição de 1967 seguiu uma lógica antidemocrática⁸⁴, em razão das influências que sofreu dos fatos que antecederam a sua promulgação pelo movimento militar, que tomou o poder em favor de uma “revolução permanente”, que, na verdade, representava a instauração de mais uma ditadura no Brasil.⁸⁵

Foram duas as modificações mais significativas nessa Constituição: a eliminação da previsão orçamentária de porcentagens direcionadas ao desenvolvimento e à manutenção do ensino; e a autorização da participação da

⁷⁹ MALISKA, *op. cit.* p. 29.

⁸⁰ *Ibidem.* p. 30.

⁸¹ Artigo 166, da Constituição da República de 1946.

⁸² Artigo 169, da Constituição da República de 1946.

⁸³ FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação in: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 143.

⁸⁴ O artigo 168, §2º, da Constituição de 1967 (Título IV, Da família, da educação e da cultura) determinava que: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. §2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.”

⁸⁵ MALISKA, *op.cit.* p. 32 e 33.

iniciativa privada no ensino.⁸⁶ Critica-se tal permissão, pois, além dela, o Estado garantia ao ensino privado o amparo técnico e financeiro ao invés de utilizar estes recursos para aprimorar o ensino público. O Brasil, tal como sucede até os dias atuais, carecia de projetos políticos que viabilizassem a mobilidade social, e esse auxílio à iniciativa privada, na prática, acaba se tornando um modo de tornar mais difícil a distribuição das riquezas no país.⁸⁷

A Constituição de 1969 foi, na verdade, constituída por emendas constitucionais, que provocaram muitas mudanças na Constituição de 1967, suprimindo os resquícios de conteúdo de democracia constantes nesta, para dar azo somente aos interesses dos militares, guardando apenas uma aparência de que pretendia atender ao interesse coletivo.⁸⁸

Como exemplo, basta comparar o artigo 168 da Constituição de 1967 que dizia que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; *assegurada a igualdade de oportunidade*, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana” com o artigo 176 da Constituição de 1969 que determinava que “a educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola”. Note-se que a garantia de promoção de igualdade de oportunidade foi retirada do novo texto constitucional. (grifo nosso)

Outro ponto que merece destaque é a eliminação da liberdade de cátedra ainda presente na Constituição de 1967, no artigo 168, inciso IV (embora esta já tivesse caráter autoritário), com a inclusão do disposto no artigo 176, inciso VII, na Constituição de 1969, que dispunha sobre a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério.

A disposição normativa em comento punha a salvo a prática de abuso de direito individual ou político que tivesse como propósito a subversão do regime democrático ou de corrupção, constante no artigo 154.⁸⁹

As vinculações orçamentárias para o desenvolvimento e manutenção do ensino retornaram com a emenda constitucional n. 24, de 1º de dezembro de

⁸⁶ Vide artigo 168, §2º da Constituição de 1967.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 33.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 35.

⁸⁹ Artigo 154 e 176 da Constituição de 1969.

1983, acrescentando o parágrafo 4º ao artigo 176 cuja redação determinava a aplicação anual, de nunca menos de treze por cento por parte da União; e de vinte e cinco por cento, no mínimo, a serem aplicados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.⁹⁰

Antes da referida emenda, só havia previsão para a vinculação do orçamento dos Municípios, tanto que o artigo 15, §3º, alínea “f”, previa a intervenção neles em caso de inaplicação no ensino primário, em cada ano, de pelo menos vinte por cento da receita tributária municipal.⁹¹

2.2 Conceito de direito à educação

Embora a elaboração do conceito de educação não seja própria do ramo jurídico, uma vez que outras ciências, como a pedagogia, estão mais habilitadas a realizar este ofício, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9394/96 – LDB) trouxe consigo uma definição que importará para os fins deste estudo. O artigo 1º desta lei considera que a educação:

abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Esse complexo de influências, quando coadunados, forma a personalidade da pessoa humana, fomentando a progressão da capacidade crítica perante a realidade.

A educação tem o condão de aprimorar as qualidades e habilidades do ser humano para a vida, para o trabalho e para o exercício da cidadania. Torna os cidadãos capazes de identificar seus direitos e deveres democráticos, pois a partir

⁹⁰ Artigo 176, §4º da Constituição de 1969.

⁹¹ Artigo 15, §3º, alínea “f” da Constituição de 1969.

dela passam a assimilar com clareza os problemas sociais, econômicos, ambientais e culturais da comunidade em que está inserido.⁹²

A partir das considerações feitas, tem-se que o desenvolvimento de um Estado Social e Democrático de Direito, supõe a existência de indivíduos que tenham acesso à educação, e, portanto, de um sistema de ensino capaz de formar cidadãos qualificados não só para o trabalho, mas também para a prática da cidadania, para a formação da personalidade, para o próprio sentido da existência humana, o que se torna possível através do exercício da razão, da crítica, a ser iniciado na escola, embora também seja dever da família, com a colaboração da sociedade, a concretização desse ideal constitucional.⁹³

A educação se expressa de forma abrangente, extrapolando os limites das instituições de ensino, de pesquisa, para agregar o envolvimento social e familiar do indivíduo, criando uma estrutura que amolda individualmente os caracteres das pessoas.

Segundo o esquema disposto pela LDB, a educação escolar é formada pela educação básica (onde se incluem a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio) e a educação superior.⁹⁴

Nesse contexto introdutório do trabalho, há que se mencionar Paulo Freire, ilustre estudioso das práticas de ensino, para que a noção sobre a educação se amplie, pois de fato ela transita entre os ramos das ciências jurídicas e da pedagogia. Para os que pensam que a educação se restringe ao ato de ensinar e que este, por sua vez, se limita à transferência de conhecimentos, Paulo Freire elabora argumentos em favor do pensamento de que ensinar consiste em criar possibilidades para a produção ou construção de conhecimento.⁹⁵

É que, para o pedagogo, não existe docência sem discência. Significa dizer, nas palavras de Paulo Freire, que “quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma ao ser formado.” Dito de outro modo, tantos os professores quanto os alunos ensinam e aprendem durante as práticas

⁹² FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação in: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 141 e 142.

⁹³ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade in: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro. p. 149.

⁹⁴ Vide artigo 21, incisos I e II da LDB.

⁹⁵ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 22.

de ensino, pois parte-se da ideia de que o ser humano enquanto resultado de um contexto histórico, é um ser inacabado e em contínua aprendizagem. O ato de ensinar, então, só se concretiza quando os destinatários (alunos) ensinam enquanto aprendem, e, ao mesmo tempo em que os emissores (professores) aprendem enquanto ensinam.⁹⁶

A Constituição de 1988 traz profunda descrição de como o direito à educação será implementado, as fontes de custeio, as garantias, os princípios, a finalidade e a atuação dos poderes do Estado, pois nascida em circunstâncias de redemocratização⁹⁷ do país, carrega mudanças substanciais em termos de concretização dos direitos sociais no Brasil.

No artigo 6º, Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, da CR/88, há declaração do direito à educação como um dos direitos sociais e nos artigos 205 a 214, no Título VIII, *Da ordem social*, há um elenco de normas gerais a serem seguidas pelo Estado. Em se tratando de regras sobre o direito à educação, há a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9394/96) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) destacando-se dentre outras legislações que cuidam do presente tema.

O conceito de direito à educação a ser pormenorizado é o constante do artigo 205 da CR/88, cuja redação é:

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.

Deste enunciado, é possível retirar o conceito de direito à educação, identificando-se os elementos deste, quais sejam, os destinatários (todos), os responsáveis em promovê-la (Estado e a família), e as finalidades.⁹⁸

Na busca por compreender o artigo 205 da CR/88, Maliska⁹⁹ desenvolve investigação para se chegar ao conceito de direito à educação seguindo reflexão produzida por Jean Piaget em obra que este analisa e comenta

⁹⁶ *Ibidem*. p. 23.

⁹⁷ FERREIRA, op. cit. p. 143.

⁹⁸ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 155.

⁹⁹ MALISKA, *loc. cit.*

o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que diz respeito à educação, e segregando os componentes do conceito desse direito afirmando que “é importante analisar: (i) a educação como direito de todos; (ii) o dever do Estado e da família e a colaboração da sociedade; (iii) o pleno desenvolvimento da pessoa; (iv) o preparo para o exercício da cidadania; (v) a qualificação para o trabalho.”¹⁰⁰

2.2.1 A educação como direito de todos

A educação como direito de todos é abordada por Maliska partindo-se da premissa de que a Constituição, nesse ponto, não se refere somente ao direito de aprender a ler e a escrever, pois inclui outras atividades a estarem presentes na escola, que abranjam o desenvolvimento do intelecto, do raciocínio lógico do indivíduo, de todas as funções mentais da pessoa, da habilidade para captação de conhecimentos e dos valores morais que se conectam com aquelas funções. Considera aquele autor que a noção de desenvolvimento do ser humano passa pela dimensão intelectual e pela dimensão moral. Estar presente num ambiente escolar que proporcione a construção de operações da lógica se refere somente a uma parte do direito à educação.¹⁰¹

Maliska segue a ótica de Piaget, e considera, portanto, que o aprendizado se subordina aos fatores de hereditariedade, de adaptação biológica, e aos fatores de transmissão ou de interação social. Em síntese, nessa visão o direito à educação passa pela análise de todos esses fatores, isto é, o indivíduo tem o direito de ser posto em um meio escolar que propicie capacitação em

¹⁰⁰ O artigo 26 da Declaração Universal dos direitos humanos determina essencialmente que “1 - Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos no que diz respeito aos ensinamentos elementares e fundamentais. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve ser assegurado a todos, em plenas condições de igualdade, em função do mérito. 2 – A educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Ela deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3 – Os pais têm, por prioridade, o direito de escolher o gênero de educação a dar a seus filhos”.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 157.

elaborar operações lógicas próprias, ocasionando o próprio desenvolvimento natural do ser humano tanto em seu aspecto intelectual quanto moral.¹⁰²

A explicação encontrada por Maliska, a respeito da educação como direito de todos, no entanto, encontra maior identificação com o conteúdo referente à educação para o pleno desenvolvimento da pessoa, uma vez que tem em conta que o ser humano possui o aspecto moral e o intelectual a serem trabalhados como parte do processo educativo e não simplesmente que deve operar questões de matemática ou decorar regras gramáticas, atividades que não podem ser desprezadas devido a importância deste aprendizado, mas que não se restringe a educação na execução delas.

No entanto, parece ser mais adequado que a referência à educação como direito de todos, feita pelo constituinte, constitui tentativa de afastar todas e quaisquer discriminações levianas para o acesso e usufruto daquele direito. Veda-se, portanto, a criação de embaraços que impeçam que o “todos” referido no texto constitucional, não atinja a toda comunidade, independentemente de quaisquer circunstâncias como, por exemplo, a idade, motivo pelo qual o ensino fundamental obrigatório e gratuito é garantido também para aqueles que não tiveram acesso a ele na época própria.¹⁰³

A educação como direito de todos é reflexo tanto do princípio da igualdade constante no artigo 5º, caput, da CR/88 como se trata, também, de uma nítida alusão ao princípio da universalidade que é identificado no conteúdo de outras disposições constitucionais sobre a educação. Como exemplo, cite-se o inciso I, do artigo 206, que enuncia a igualdade de acesso e permanência na escola, e o inciso I do artigo 208 que declara que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, assegurada sua oferta gratuita para *todos* os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

¹⁰² *Ibidem.* p. 156.

¹⁰³ Vide artigo 208, inciso I, da CR/88,.

2.2.2 A educação como dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade

A participação do Estado, da família e a colaboração da sociedade como dever a ser cumprido para alcançar a efetivação do direito à educação é mais um elemento do conceito deste direito que se refere às funções desempenhadas por tais agentes no processo educativo dos sujeitos.

A Constituição e leis infraconstitucionais (como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei n. 9394/96 e o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei n. /90) definem o papel do Estado possuidor de um dever em promover a educação. A atuação estatal se dá por meio de criação de políticas públicas e de atos administrativos que regulamentam o exercício do direito à educação.

A Constituição institui normas a serem seguidas pelo Poder Público de forma a moldar a sua atividade como: os princípios que regem o ensino (artigo 206 e incisos da CR/88), garantias que visam efetivar o direito à educação (enumeradas no artigo 208 e seus incisos, da CR/88), previsão de destino dos recursos públicos com reserva de porcentagens mínimas do orçamento direcionados ao investimento em educação a ser obedecida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 212 e seus parágrafos da CR/88), entre outras disposições normativas que vinculam a atuação estatal.

Então, os deveres do Estado consistem em executar artigos constitucionais que encontrem conexão com direito à educação assim como aplicar as leis que regulamentaram os artigos 205 a 214 da CR/88. Ou seja, implementando políticas públicas de promoção ao acesso e permanência no ensino, assim como atos administrativos que visem o mesmo fim, isto é, atividades que serão analisadas em diversos tópicos deste trabalho.

A colaboração da sociedade se dá através do ensino privado, por meio das oportunidades a serem facilitadas e/ou propiciadas por ela, e com o envolvimento da família.¹⁰⁴ Outra forma de contribuição a ser dada pela sociedade

¹⁰⁴ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 158.

é por meio da participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.¹⁰⁵

A iniciativa privada no ensino deve obedecer às normas gerais da educação nacional presentes na Constituição no que for compatível com sua natureza, e somente poderá ser realizada com autorização e avaliação de qualidade por parte do Poder Público de acordo com o teor dos incisos do artigo 209 da CR/88. A gratuidade na educação, por exemplo, disposta no inciso IV do artigo 206 da CR/88, é direcionada apenas para as instituições de ensino público. A garantia de padrão de qualidade, liberdade de aprender, pesquisar, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, entre outras normas constitucionais destinam-se para todas as instituições de ensino.

No que tange, ainda, à participação da sociedade na efetivação do direito à educação, há que se ressaltar que é nela que a educação é desenvolvida, sendo, portanto, o lugar das oportunidades, é de onde sobrevêm as circunstâncias que tornam concreto o exercício daquele direito. A sociedade tem que colaborar no sentido de transformar esse potencial transformador existente no espaço social em realidade concreta para os indivíduos.¹⁰⁶

Considerando que o Brasil assinou a ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que tem em seu corpo disposições sobre a educação, temos que estas servem como parâmetros para interpretação das normas constitucionais da educação.¹⁰⁷

Desse modo, tendo em conta que o artigo 26 deste documento internacional define que a participação da família se manifestará na escolha dos pais sobre o gênero da educação que pretendem fornecer aos filhos, Maliska¹⁰⁸ avalia essa colaboração como um dever (em sentido geral) que abrange: o direito ao exercício discricionário da escolha sobre o gênero da educação e um dever de educar, em sentido estrito, que é o dever propriamente dito qualificado como jurídico, uma vez que decorrente das exigências de participação da própria

¹⁰⁵ Vide artigo 14, inciso II da LDB.

¹⁰⁶ MALISKA, *loc. cit.*

¹⁰⁷ MALISKA, *loc. cit.*

¹⁰⁸ Sobre o assunto, Maliska aduz que: “o verbo dever deve ser compreendido como algo mais que ter direito. Desta forma, os pais não somente possuem o direito de educar os filhos e de determinar o gênero da educação a ser dado a eles, como possuem o dever de exercê-lo. Quanto ao gênero, os pais possuem a facilidade de optar; quanto à educação, não possuem margem de discricionariedade, devem exercer o direito de educar”. (*Ibidem*.p. 159)

Constituição, em, por exemplo, zelar pela freqüência à escola (artigo 208, §3º, CR/88), em assegurar com absoluta prioridade no ensino à criança e ao adolescente (artigo 227) e o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (artigo 229 da CR/88).¹⁰⁹

2.2.3 A educação para o pleno desenvolvimento da pessoa

Para empreender reflexões sobre o pleno desenvolvimento da pessoa, importante interpretar o que se pretendeu com a inclusão do termo “pessoa” no dispositivo constitucional em comento.

O primeiro aspecto a ser destacado é que o termo “pessoa” está direcionado a todos os seres humanos, sem diferenciações quanto à idade, ao sexo, à crença, à etnia a que pertença, à ideologia política, aos costumes, entre outros, constituindo evidente referência ao termo “todos” igualmente presente no caput do artigo 205, demonstrando a coerência entre os valores apropriados pelo legislador constituinte. O intuito é justamente que este dispositivo constitucional atinja a todos, sejam crianças, jovens, adultos, homens e mulheres, indistintamente.¹¹⁰

O segundo aspecto se relaciona com o conteúdo de pessoa. Maliska salienta o lado psicológico, ligado à noção de indivíduo considerado em relação a si mesmo, é o seu egocentrismo moral e intelectual; e o lado sociológico da pessoa, referente à noção de personalidade, que se reporta à consciência moral e intelectual, de onde provém a adaptabilidade social que torna o indivíduo consciente e respeitoso das normas sociais, uma vez que sabedor da reciprocidade que há nelas. E é a progressão destas duas faces, quais sejam, a psicológica e a sociológica, que constrói seres humanos autônomos.¹¹¹

Pretender o desenvolvimento pleno da pessoa é reconhecer que o ser humano não se restringe a um corpo físico provido de racionalidade, mas que

¹⁰⁹ MALISKA, loc. cit.

¹¹⁰ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 237.

¹¹¹ MALISKA, op.cit. p. 160.

também há emoção, sentimentos, vontades. É dizer que a educação não deve se voltar unicamente para a preparação de indivíduos para o êxito econômico do país, ou seja, para os mercados de trabalho.¹¹² É, por fim, querer alcançar progressivo crescimento das funções mentais das pessoas, com ampliação dos conhecimentos e dos valores morais.¹¹³

O desenvolvimento pleno da pessoa humana revela, também, a capacidade do ser humano em criar relações sociais, emitir juízos de valor perante a realidade, enfim. Não se pode olvidar, por outro lado, que a referência à pessoa não está ligada somente à ideia de um sujeito de direito que é alvo da norma, dotado de personalidade e capacidade jurídica, conforme preceitua o artigo 1º do Código Civil, quer-se evidenciar, também, a noção de dignidade da pessoa humana¹¹⁴, que é respeitada ao se promover um desenvolvimento que esteja mais próximo da completude por meio da educação, já que ela é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, CR/88).

Há que se salientar a conotação moral que adquire o conceito de pessoa, a partir da inserção da valorização da dignidade da pessoa humana como componente do desenvolvimento pleno da pessoa. Sobre este aspecto, Clarice Seixas Duarte¹¹⁵ afirma que o conceito de “pessoa” nos direciona aos modos de compreensão do mundo e de interação social que os indivíduos realizam provocando mudanças no meio ambiente, sem só simplesmente se enquadrar numa relação puramente física de causa e efeito. Quer dizer que o ser humano como causa inteligente proporciona efeitos inteligentes, pois é capaz de transformar a realidade e não apenas se submeter passivamente a elas.

Essas formas de compreensão e ação no mundo só existem em virtude de processos de aprendizagem que permitem elaborar tais formas de saber escolhidas por cada comunidade e repassadas ao longo do tempo para as outras gerações. Essa noção de “pessoa” leva à percepção de si mesmo e do outro como sujeitos com aptidão para criar elucubrações sobre as circunstâncias, e é de onde provém o sentido moral, pois o sistema educacional deve respeitar

¹¹² DUARTE, loc. cit.

¹¹³ MALISKA, op.cit. p. 157.

¹¹⁴ DUARTE, op. cit. p. 238.

¹¹⁵ DUARTE, loc. cit.

dignidade da pessoa humana criando indivíduos que identifiquem e respeitem a dignidade alheia.¹¹⁶

É, então, responsabilidade da educação escolar criar ambientação adequada ao desenvolvimento pleno da pessoa, com a noção de plenitude ora trabalhada, tendo-se em vista sempre as diversas dimensões do ser humano: sociológica, psicológica, filosófica, moral, existencial, religiosa, cultural, entre outras. O direito ao pleno desenvolvimento da pessoa é o direito em ver serem criados seres autônomos intelectual e moralmente que respeitam a independência do outro, o que garante legitimidade à regra da reciprocidade.¹¹⁷

2.2.4 A educação como preparação para o exercício da cidadania

Dizer que o direito à educação objetiva o preparo para o exercício da cidadania implica afirmar que este direito se expressa também como o direito a ter infraestrutura idônea para criar, e quando já existir, fortalecer, o monitoramento das atividades empreendidas pelo Estado por parte do povo.¹¹⁸

E não há como desvincular o exercício da cidadania da democracia que autoriza a participação dos indivíduos nos rumos das atividades empreendidas pelo Estado, viável somente quando as pessoas estejam aptas para participar da gestão estatal junto com o Poder Público. A referida aptidão confunde-se com as condições intelectuais e morais propiciadas pela educação, surgindo daí a importância em tratar da relação entre democracia, educação e cidadania. A educação edifica a capacidade de participação qualitativa do cidadão tornando-o ativo, consciente e autônomo na seara política, considerando o ideal da construção do Estado Social e Democrático de Direito.

Democracia, na forma concebida por Lênio Luiz Streck, significa a construção de uma estrutura composta por normas, que indicam os atores e a forma do jogo de modo a definir quem vota (todos), onde se vota (onde for

¹¹⁶ DUARTE, loc. cit.

¹¹⁷ MALISKA, op.cit. p. 160.

¹¹⁸ Ibidem. p. 161.

necessário realizar deliberações coletivas) e quais os procedimentos (regra da maioria).¹¹⁹ A pretensão da construção de um Estado Democrático pressupõe que estejam sólidas as bases de sua ascensão, quais sejam: o aspecto psicossocial, a cultura política, as condições sócio-econômicas, as condições institucionais e as condições instrumentais da democracia. Todos estes componentes encontram-se intrinsecamente interagidos com a educação.¹²⁰

O aspecto psicossocial orienta que a educação compõe a inserção do ser humano na realidade social, mas não é somente por meio do exercício da razão que este delibera frente às escolhas, pois existem outras dimensões como os sentimentos, a intuição, entre outros, destacando-se o inconsciente, alvo das propagandas, principalmente das que possuem cunho político, o que pode vir a comprometer o processo democrático se cidadão não tiver criticidade diante delas.¹²¹

A cultura política se refere ao modo como a sociedade encara os governantes e de como os admite, pois estes necessitam da aprovação daquela para permanecer no poder. Assim sendo, a tolerância perante as diversas opiniões políticas constitui no fator elementar para alcançar o ideal de democracia se promovida a igualdade de participação de todos para chegar ao governo. Ora, para que haja igualdade de participação e tolerância é necessário que os cidadãos estejam em condições sócio-econômicas favoráveis para montar esse quadro.¹²²

As condições institucionais são: o Estado de Direito, com seus postulados da legalidade, da isonomia e da justicialidade e a limitação de atuação dos Poderes do Estado. Legalidade, para a limitação do arbítrio tanto dos governantes quanto dos governados; isonomia, para que seja assegurada igualdade de condições de exercício de direito para todos; e justicialidade, que informa que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada por um juiz independente e imparcial.¹²³

¹¹⁹ STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2ª edição. p. 108.

¹²⁰ As condições para a construção da democracia são tratadas por Fernando Galvão de Andréa Ferreira. (FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação in: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 133).

¹²¹ FERREIRA, *loc.cit.*

¹²² *Ibidem*. p. 134.

¹²³ *Ibidem*. p. 137.

As condições instrumentais se expressam por meio da construção de um complexo de estruturas que favoreçam a consolidação da democracia. Para isso, deve-se criar situação social que possibilite a formação de opinião pública esclarecida, com a participação de todas as facções políticas nos meios de comunicação de modo equânime e sem manipulações indevidas. O sistema eleitoral deve ditar regras que atendam à responsabilidade do Estado de traduzir a vontade do povo, e o sistema de governo que execute seus planos sempre incentivando a participação a participação máxima do povo.¹²⁴

Todas essas condições somadas formam os pilares da construção da democracia, e elas só se tornam possíveis com educação, que é a mais adequada forma de fazer desenvolver a capacidade de refletir sobre os problemas sociais, para que venha à tona o ímpeto de transformar a realidade através dos esforços que vierem a empreender em movimentos sociais, partidos políticos, entre outros.

Lênio Luiz Streck menciona que a consolidação da democracia, com a prevalência da vontade da maioria, somente é viabilizada mediante a garantia dos direitos de liberdade, da existência de partidos políticos, de eleições, sufrágio universal e decisão por maioria ou por acordo, assegurada a possibilidade de debate. E além desses fatores, enumera a justiça social como elemento fundamental indissociável da democracia, que consiste em condição de procedibilidade desta. A preocupação com as gerações vindouras também é lembrada por aquele autor, através da preservação do meio ambiente e a preocupação com o desenvolvimento sustentável, como medidas que requerem a democracia.¹²⁵

É o exercício da cidadania, alcançado genuinamente somente pela educação, que promove a democracia, e, conseqüentemente, o estabelecimento de um Estado Democrático e Social de Direito, razão por que a educação merece especial atenção e deve ser alvo de prioridade nas ações do governo. A educação é, portanto, a principal via a ser trilhada para o aprimoramento das instituições estatais que concorrerá para a redução das desigualdades sociais.¹²⁶

¹²⁴ *Ibidem*. p. 139.

¹²⁵ STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2ª edição. p. 108.

¹²⁶ FERREIRA, *op.cit.* p. 145.

Por fim, os eleitores devem estar em condições mínimas de educação para que seja realmente legítimo o processo eleitoral.

Outro aspecto interessante que guarda correspondência com a educação como preparo para o exercício da cidadania, é o ressaltado por Paulo Freire quando aborda que o ato de ensinar exige respeito aos saberes dos educandos. O autor sugere que seja feita ponte entre esses saberes com os conteúdos que são ministrados em sala de aula.¹²⁷

Os exemplos fornecidos por Paulo Freire esclarecem como podem ser identificados os pontos de encontro entre as experiências vividas no cotidiano dos alunos e as disciplinas. Nesse sentido, afirma que a vivência de uma realidade, cuja negligência do Poder Público é evidente, pode ser aproveitada para trazer para a sala de aula discussão sobre a poluição da água (rios, riachos, córregos), a saúde da comunidade (bem estar das populações, os riscos que oferecem os lixões, etc), a ausência de lixões nos centros urbanos, entre outros.¹²⁸

Esses questionamentos, sobretudo sobre o descaso do Poder Público em determinadas áreas, as implicações políticas e ideológicas de escolhas que são feitas em tratar com maior apreço a uma determinada classe em detrimento da outra, para Paulo Freire, consiste em uma exigência que o próprio processo ensino-aprendizagem requer, e encontram estreita relação com o preparo para o exercício da cidadania.¹²⁹ Pois, coloca os alunos em condições de refletir sobre a realidade em que eles estão imersos, fazendo-os como agentes pensantes perante o abandono a que podem estar sujeitos, gerando um incômodo que os levem a querer mudanças.

Por fim, o que se pretende é ressaltar esse papel da educação: o de formar sujeitos democráticos, presente no artigo 205 Constituição de 1988 quando afirma que a educação objetiva o preparo para o exercício da cidadania.

¹²⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa.** São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 30.

¹²⁸ FREIRE, *loc. cit.*

¹²⁹ FREIRE, *loc. cit.*

2.2.5 A educação para a qualificação para o trabalho

Este tópico diz respeito ao aspecto da educação que prepara o indivíduo para o mercado de trabalho, envolvendo o direito a uma instrução suficiente para promover a qualificação deste, pois é evidente a indispensabilidade de um mínimo de preparo profissional para a realização de muitos ofícios.

Como exemplo, em se tratando de concursos públicos, a Administração Pública hierarquiza os vencimentos dos servidores conforme o grau de ensino, então para os que têm nível fundamental o salário é menor do que para aqueles que têm o nível superior. E mais, a pontuação dos candidatos sujeitos a prova de títulos também se baseia na maior qualificação dos currículos, isto é, aqueles que possuem pós-graduação lato sensu (especialização) auferem menos pontos do que aqueles que possuem mestrado e doutorado, tamanha é a valorização do conhecimento. A realidade privada não é diferente, ganha a vaga nas empresas os candidatos que demonstrem os saberes mais elevados.

Pois, é sabido que por meio da educação atinge-se o mercado de trabalho mais facilmente, em razão dos inúmeros benefícios que o acúmulo de conhecimentos fornece para a pessoa. Sobre o assunto, Maria Cristina de Brito Lima¹³⁰ oportunamente questiona “quantos não chegam a trabalhar porque não sabem ler, compreender as distinções e mesmo ter a capacidade de aprender a manejar o equipamento necessário à produção do trabalho?”.

A citada autora leva em consideração a importância econômica da educação, afirmando que:

em termos microeconômicos, a educação permite aos indivíduos adquirir conhecimentos gerais e assimilar informações de modo mais eficiente. Trabalhadores com maior escolaridade adaptam-se mais facilmente a novos processos de produção, tem melhor capacidade de comunicação, o que lhes permite cooperar com os colegas na solução de problemas de produção. São, por isso, capazes de executar tarefas mais complexas em manufaturas e serviços, aproveitando melhor a tecnologia e

¹³⁰ LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.89 e 92 *passim*.

tornando-se mais produtivos. Por tudo isso, acabam adicionando valor ao produto econômico do país.¹³¹

Para atender a essa demanda, e também ao princípio de que a educação faz caminhar para as novas invenções, para o exercício da cidadania e para o desenvolvimento de um modo geral é que o legislador constituinte determinou esse objetivo no caput do artigo 205, a ser perseguido pelo Estado, pela família com a colaboração da sociedade. É um aspecto da educação que, no entanto, não se restringe a ele, como já afirmado.

Desse modo, o conceito do direito à educação pelo prisma constitucional definido no artigo 205, passa pela presença dos elementos enumerados por este e neste trabalho analisados. O direito à educação é, portanto, ao mesmo tempo um direito e um dever que possui destinatários e objetivos próprios.

2.3 Natureza do Direito à educação

Necessário adentrar no problema teórico que enfrenta o conceito de justiça para desvendar a natureza do direito à educação e para delimitar qual justiça se busca com a implementação desse direito. De um lado tem-se a noção de justiça distributiva, e de outro de justiça comutativa.

A justiça comutativa diz respeito às regras que devem orientar as relações jurídicas entre as pessoas, se ocupando em dispor de meios para forçar a satisfação das obrigações contratuais ou legais, e em aplicar sanções penais e administrativas. Deve ser observada sob o prisma da justiça estática, que se refere ao julgamento de causas uniformemente de acordo com as regras pré-estabelecidas.¹³²

A justiça distributiva se refere ao assenhoreamento individual do fundo social comum, fundo de benefícios e de custos, guardando relação com a

¹³¹ LIMA, *op. cit.* p. 90.

¹³² LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 129.

conexão existente entre o todo e as partes, entre o comum e o particular. Está vinculada à noção de bem comum, e não busca a conservação do estado das coisas, pois conta com a possibilidade da modificação das circunstâncias provocadas pela aplicação mutante das regras na sociedade. Dito de outra forma, a justiça distributiva caminha ao lado da ideia de justiça dinâmica, que consiste na transformação das regras.¹³³

A análise da natureza do direito à educação pode se encontrar na seara da justiça comutativa (que se liga à justiça estática) ou da justiça distributiva (que se liga à justiça dinâmica). Tem-se que partir para a investigação de como este direito pode ser efetivado e o quanto é judicializável. O direito à educação é fornecido pelo Estado por meio de serviços públicos, está inserido no título constitucional referente à Ordem Social, portanto diretamente relacionado com a busca pelo equilíbrio das riquezas na sociedade, o que deve ser proporcionado através de políticas públicas, e muitas delas possui disposição na Constituição.

Em artigo produzido por Clarice Seixas Duarte¹³⁴, há referência à natureza social do direito à educação, que para ela significa dizer que sua dimensão ultrapassa extensão individual de direitos. Embora exista o exercício individual, o direito à educação se caracteriza como bem que pertence simultaneamente a todos, ou seja, sua titularidade é coletiva, própria de um número indeterminado de pessoas até mesmo das futuras gerações, e este caráter comum não pode ser desvinculado desse direito.

O direito à educação se inclui no âmbito da justiça distributiva, pois a partir desta é que será feito controle de constitucionalidade de leis, atos e programas a respeito da implementação desses direitos, na busca do equilíbrio material dos indivíduos, uma vez que se considera a natureza social desse direito.

O direito à educação é, portanto, um componente que se deixa alcançar pela justiça distributiva. É o que se infere da análise dos princípios constitucionais direcionados para a concretização do direito à educação. A igualdade de condições e permanência na escola (artigo 206, inciso I, CR/88),

¹³³ *Ibidem*. p. 124 e 125.

¹³⁴ DUARTE, Clarice Seixas. *Educ. Soc. A Educação como um direito fundamental de natureza social*. Campinas, vol. 28, n. 100 – Especial. p. 691-713, out. 2007. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em 18.04.2008.

assim como a garantia de ensino fundamental (obrigatório), para aqueles que não tiveram acesso a ele na idade própria (artigo 208, inciso I, CR/88), são postulados que indicam o propósito do legislador em minar o desequilíbrio social no que tange ao exercício do direito à educação, e, conseqüentemente, a natureza social deste direito e a sua inserção na esfera da justiça distributiva. É a busca da igualdade material, no intento em manter pessoas em condições desfavoráveis sob a tutela de ações estatais. Por este motivo que determina a Constituição que o ensino público será gratuito.

Ao abordar o tema da natureza do direito à educação, e considerando que este possui conteúdo social, André Ramos Tavares¹³⁵ alerta para a dimensão que aquele direito assume na forma de uma clássica liberdade pública. Para exemplificar, indica o princípio constitucional da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, e divulgar o pensamento, a arte e o saber inserido no inciso II do artigo 206 da CR/88. Aduz que essa liberdade declarada pelo legislador constituinte se expressa na liberdade de cátedra e a liberdade de escolha. Quanto a esta, relata o autor que a opção reservada aos pais em preferir o ensino público ou o privado demonstra a dimensão individual do direito à educação:

Assim, é possível falar numa dimensão não-prestacional do direito à educação, consistente no direito de escolha livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como 'versões oficiais da História' impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos (não veta determinadas obras ou autores, por questões ideológicas, políticas ou morais).¹³⁶

Desse modo, além da natureza social que evidentemente assume o direito à educação, há simultaneamente, como bem acentua o supra mencionado autor, essa dimensão que o aproxima dos direitos civis e políticos, qual seja, a não-prestacional, que revela uma parcela do exercício individual do direito em comento, ao lado do exercício coletivo. Outro exemplo fornecido por André

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Souza neto, Cláudio Pereira de. Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 777.

¹³⁶ TAVARES, *loc.cit.*

Ramos Tavares foi quanto à facultatividade do ensino religioso e da pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas no ensino, garantias que impedem o Estado de se imiscuir arbitrariamente, e, portanto, ilegalmente, no plano de exercício da liberdade.¹³⁷ Aos Poderes Públicos foi designada ordem tácita de obrigatoriedade negativa. A estes exemplos, pode ser incluída, ainda a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial que gozam as universidades públicas e privadas, que também consistem em representação do exercício da liberdade.

2.4 Princípios constitucionais da educação

A Constituição elenca os princípios que orientam o dever do Estado em prestar serviços públicos que promovam o direito à educação e o direito dos indivíduos em exercitá-lo. O artigo 206 da CR/88 enumera expressamente os princípios constitucionais da educação, são eles: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos da rede pública; gestão democrática de ensino público, na forma da lei; garantia de padrão de qualidade; piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal.

Embora não previsto expressamente no rol do artigo 206 da Constituição, a universalidade de acesso ao ensino consiste em mais um princípio referente ao direito à educação que igualmente possui força normativa e que se encontra em diversos dispositivos, conforme será estudado neste trabalho.

¹³⁷ TAVARES, *loc. cit.*

2.4.1 Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola

A baixa escolaridade de parte significativa da população brasileira traz à tona um problema antigo e que não se refere somente às questões de justiça, morais e éticas, é uma celeuma de índole sócio econômica que trava a evolução de países que ainda se encontram na situação de subdesenvolvimento.¹³⁸

Fazer referência à igualdade em relação às condições e ao acesso e permanência na escola, como princípio constitucional a servir de base para a educação, é o reconhecimento por parte do legislador constituinte de que as desigualdades existentes devem ser superadas progressivamente ou, no mínimo, diminuídas, e representa, também, o direito à matrícula¹³⁹.

As desigualdades no ensino para o acesso e permanência na escola (de um lado estando pessoas que tem facilidades para comprar material didático, uniforme, merenda escolar, pagar escola particular, enfim de ter acesso à escola e se manter nela; e de outro, pessoas com dificuldades financeiras em custear todo o arcabouço que reclama freqüentar uma escola com ensino de qualidade) fazem perceber a existência de uma conexão entre este desequilíbrio social e financeiro que há entre os grupos sociais e o ingresso e continuidade nas instituições de ensino por grupos beneficiados e por grupos vulneráveis.

Explicando melhor, a desproporção na distribuição de renda no país leva a desníveis educacionais que trazem conseqüências consideravelmente malélicas para países em condição de subdesenvolvimento como o Brasil, permitindo que num mesmo país exista um doutor em determinada ciência ao lado de um analfabeto.

Como é dever do Estado promover a educação, cabe a ele corrigir essa situação por meio de medidas (políticas públicas)¹⁴⁰ que proporcionem os devidos ajustes entre os indivíduos em desvantagem perante os que se

¹³⁸ SCHWARTZMAN, Simon. **Cadernos Adenauer VII**, n. 2. Educação e pobreza na América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho de 2006. p. 9.

¹³⁹ A relação feita entre o princípio de igualdade de condições e permanência na escola com o direito à matrícula foi feita por Maria Cristina de Brito Lima. (LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 90).

¹⁴⁰ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 241.

encontram numa situação financeira mais favorável, pois conforme o caput do artigo 205 da CR/88, a educação é direito de todos.

O princípio em debate desdobra a igualdade em duas vertentes: a de acesso e a de permanência na escola. Em ambos os casos, porém, há inclusa a noção de igualdade, que, paradoxalmente, significa a própria desigualdade e, portanto, a autorização para o tratamento desigual entre as pessoas para se buscar a referida pretensa igualdade.¹⁴¹

A menção que o inciso I, do artigo 205 faz sobre o princípio da igualdade, de modo a construir o princípio específico da educação ora em comento, relembra-nos de que, embora a Constituição declare no caput do artigo 5º que “todos são iguais perante a lei”, não basta ir muito longe em reflexões para chegarmos à conclusão de que ou esse dispositivo não corresponde à realidade brasileira de diversidade cultural, econômicas, de gênero, políticas, de cor, de características físicas de um modo geral e até intelectuais, ou ele na verdade quer dizer que buscar-se-á essa pretensa igualdade através de medidas não necessariamente equânimes, mas discriminatórias no melhor sentido que se possa atribuir a essa palavra, e quando o alvo desses benefícios forem grupos vulneráveis perante a sociedade, o que não exclui a obediência às normas gerais do ensino.¹⁴²

São vedadas condutas que criem condições levemente discriminatórias para se ter acesso ao ensino, pois incabível seria, por exemplo, se uma escola pública ou privada criasse condição para o ingresso dos alunos em virtude de cor, crença religiosa, opção política ou sexual, entre outras, comportamentos inconcebíveis no texto constitucional de 1988. Esse é um exemplo de regra geral a ser obedecida pelas instituições de ensino: a adoção de critérios gerais que atinjam a todos indistintamente.¹⁴³

É partindo dessas ideias iniciais que Oscar Vilhena Vieira¹⁴⁴ afirma que o princípio da igualdade assume a função de regulador das diferenças, pois do modo contrário poderia significar o cometimento de grandes injustiças, pois nossa

¹⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 281

¹⁴² VIEIRA, *loc. cit.*

¹⁴³ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 173.

¹⁴⁴ VIEIRA, *loc. cit.*

sociedade é composta por jovens, idosos, homens, mulheres, crianças, pessoas que portam necessidades especiais, tanto físicas como mentais, homossexuais, bissexuais, transexuais, pobres, classe média, ricos, negros, brancos, entre outros. Foi levando em consideração essa realidade, que a própria Constituição reconheceu no artigo 3º, inciso III, que as desigualdades sociais existem e que constituem uma meta para a República Federativa do Brasil a superação delas.

Mas, então, que discriminações são essas que conduzirão à igualdade? Como tratar do mesmo modo crianças de origem de família pobre com outras de família de classe média ou rica no que concerne ao acesso e permanência na escola? O Estado deve prover condições de alimentação, por exemplo, para as crianças que vivem na pobreza ou abaixo dela para que não haja abandono escolar.¹⁴⁵ Políticas que envolvam assistência ao aluno através do fornecimento de bolsa escola, merenda escolar, uniforme, material didático, transporte, entre outras que já vem sendo implementados no Brasil há algum tempo e que trazem algum retorno positivo para o quadro do ensino brasileiro, não são suficientes, embora de extrema importância, pois trazem algum retorno positivo para o quadro do ensino brasileiro. Ações como a bolsa escola, por exemplo, auxilia na diminuição da evasão escolar, o que, no entanto, não garante que as pessoas beneficiadas estejam recebendo ensino de qualidade, mas favorece grupos mais fracos.¹⁴⁶

Então, medidas contra o trabalho infantil¹⁴⁷, são ações que auxiliarão a permanência da criança na escola e que em certa medida estão relacionadas ao ensino. O aumento progressivo da jornada escolar até se tornar ensino em tempo integral, conforme previsão do artigo 34, parágrafo segundo da LDB, ou seja, o próprio respeito ao que já foi determinado em lei, também é uma iniciativa importante para manutenção do aluno no estabelecimento de ensino, podendo, inclusive, como bem ressalta Clarice Seixas Duarte, ser uma medida preventiva contra a criminalidade, uma vez que retira do ócio destrutivo das ruas crianças e

¹⁴⁵ MALISKA, *loc. cit.*

¹⁴⁶ Como forma de promover a igualdade de acesso ao ensino constante no inciso I do artigo 206 da CR/88 é que são concretizadas ações afirmativas com cotas raciais e sociais para ingresso na Universidade Federal do Pará.

¹⁴⁷ Este exemplo foi fornecido por Clarice Seixas Duarte. (DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 241.)

adolescentes. É também uma medida que respeita o direito dos pais ao trabalho, com a segurança em saber que os filhos estarão na escola.¹⁴⁸

O princípio de igualdade de acesso e permanência na escola é reflexo do princípio da universalidade, conforme já mencionado neste trabalho. Esta norma legitima a reclamação de grupos específicos que necessitem de proteção jurídica especial em virtude de vulnerabilidade evidente. Pois é medida de inclusão social cujo objetivo é aumentar o número de pessoas exercendo o direito à educação em submissão aos preceitos constitucionais.¹⁴⁹

2.4.2 Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber

A Constituição dispõe no artigo 3º, inciso I, que construir uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, colocando a liberdade como um valor precípuo a ser perseguido para a construção do Estado Democrático e Social de Direito, garantido na forma de direito à liberdade no artigo 5º a todos.

O direito à liberdade de ensino pode ser entendido nas diversas acepções: (a) liberdade de aprender, (b) liberdade de ensinar, (c) liberdade para pesquisar, (d) liberdade para divulgar o pensamento, a arte e o saber.

A liberdade de aprender e de pesquisar (itens a e c) se mostram na forma de liberdade, tanto dos alunos quanto dos pesquisadores, de receber conhecimentos, de ir em busca de informações, enfim, refere-se à quaisquer formas de apreensão de saber, seja de forma passiva (assistindo aulas, palestras, conferências, congressos, entre outros), seja de forma ativa (pesquisas em bibliotecas, internet, documentos, entre outros). A liberdade de aprender e de pesquisar envolve, ainda, a possibilidade do exercício crítico dos alunos e pesquisadores a respeito das informações coletadas na atividade de ensino.

¹⁴⁸ DUARTE, *loc.cit.*

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 248.

Para a liberdade de ensinar (item b) imputa-se à atividade do magistério exercido pelos professores que possuem o direito de transmitir suas ideias em sala de aula, respeitadas as normas gerais, currículos escolares, programas oficiais de ensino.¹⁵⁰ Desse modo, “impende ao professor ministrar o seu curso com a liberdade de crítica, de conteúdo, forma e técnica que lhe pareçam mais corretos.”¹⁵¹

A esse respeito, interessante mencionar o exemplo criado por Maliska¹⁵² de uma professora de ensino fundamental que utilize método de alfabetização inadequado para as crianças. Apesar de ela estar usufruindo da liberdade de ensinar e de repassar o conhecimento adquirido no referido exemplo, o profissional do ensino não pode deixar serem atingidos outros direitos fundamentais, como a proteção à infância presente no artigo 6º, da CR/88.

Em outras palavras, são as liberdades de ciência e a liberdade de investigação a serem exercidas pelos professores de todos os graus de ensino, seja básico, fundamental, médio, superior. Ao Estado não cabe fazer imposição de posições ideológicas, filosóficas e de censura.¹⁵³

Uma vez que os citados profissionais são portadores da liberdade de aprender, ensinar e pesquisar, a consequência extraída desta circunstância é a liberdade para divulgar o pensamento, a arte e o saber que, de igual forma, deve obedecer as orientações constitucionais de respeito aos direitos fundamentais. Esta liberdade guarda correspondência com a liberdade de expressão salvaguardada no artigo 5º, inciso IX, CR/88, que dispõe que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, consistindo em verdadeira ramificação do direito à liberdade.

O resultado dos estudos, pesquisas, intuição (pois o conhecimento artístico é intuitivo), enfim, todas as manifestações de pensamento, de intelectualidade, artísticas recebem a proteção constitucional da divulgação na

¹⁵⁰ Vide artigo 209, inciso I, CR/88.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255.

¹⁵² MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 178.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 177.

forma que parecer mais conveniente ao autor¹⁵⁴. É a autorização magna para a produção de artigos científicos, livros, todas as formas de expressão da arte, no ambiente educacional com a livre manifestação do pensamento e de sensações, respeitadas as próprias limitações constitucionais.

No estudo da Constituição portuguesa, Jorge Miranda analisa o princípio da liberdade de educação, informando-nos que ela é direcionada para os dois sujeitos do processo educativo: tanto para os que recebem como para os que ministram a educação, motivo pelo qual se fala em liberdade de aprender e em liberdade de ensinar, e que

com ela pretende-se propiciar o acesso aos bens culturais sem obstáculos políticos e jurídicos e estabelecer uma relação particular entre as pessoas, bem como certo equilíbrio entre a família, a sociedade civil, o Estado e outras instituições.¹⁵⁵

Para Jorge Miranda¹⁵⁶, o exercício da liberdade não se restringe à escola, mas reconhece que na vida moderna, a educação escolar adquire relevância maior nesse espaço. Pensando nisso, separa a liberdade de educação em três aspectos que considera fundamentais: liberdade para escolher a escola, liberdade em instituir escolas privadas, sem que isso prejudique a permanência de escolas públicas no sistema de ensino e a liberdade a ser vivenciada pelos professores e pelos alunos na escola.

O esquema criado pelo autor é igualmente aplicável na realidade brasileira. Sobre a liberdade do corpo docente e do corpo discente já foram registrados comentários. Há que se salientar, portanto, que nessa liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber disposta no inciso II, do artigo 206, da CR/88, também está contida a liberdade de serem criadas instituições de ensino privado conforme leciona Jorge Miranda. Tanto isso é verdade que a CR/88 determinou que o ensino é livre à iniciativa privada, apenas condicionando o exercício dessa liberdade ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.¹⁵⁷

¹⁵⁴ SILVA, *op.cit.* p. 252.

¹⁵⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. p. 435.

¹⁵⁶ MIRANDA, *loc. cit.*

¹⁵⁷ Vide artigo 209, incisos I e II da CR/88.

Sobre o direito de escolha da escola, o autor português assevera que tal direito se desmembra no direito de acesso a qualquer escola (observados os requisitos gerais prescritos na Constituição portuguesa); no direito de escolha da escola que melhor corresponda aos conceitos morais, religiosos, filosóficos, intelectuais que os pais pretendem que sejam assimilados pelos filhos; e no direito de construir escolas particulares e cooperativas.

O exercício de liberdade de escolha da escola (se a pessoa vai ingressar numa escola pública ou numa particular, ou se escolherá uma instituição de ensino superior pública ou particular), em países periféricos como o Brasil, compromete-se com a capacidade econômica de cada família. Pois, embora exista norma constitucional que assegure essa possibilidade de escolha, bem se sabe que, na prática, só escolhe quem pode custear o preço de sua escolha. Esse drama só ocorre em razão do sucateamento do sistema de ensino público brasileiro, que deixa a desejar em termos de qualidade, fazendo com que a procura pelo ensino privado se torne uma alternativa, mas que não é viável de empreender devido à má distribuição da renda.¹⁵⁸

2.4.3 Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino

O pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas está diretamente ligado com a proteção das liberdades feita no tópico anterior. O professor que exercita a liberdade de ensinar, autorizado está, portanto, para passar a seus

¹⁵⁸ A respeito da liberdade associada ao mínimo existencial, Scaff aduz que “é imperioso notar que o conceito de mínimo existencial ancorado no primado da liberdade deve possuir maior amplitude naqueles países que se encontram na periferia do capitalismo. Afinal, só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, quem possui capacidade para exercê-la. E para que seja possível este exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais”. (SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Interesse Público. Porto Alegre: editora Notadez, julho/agosto-2005, p. 218).

alunos o conteúdo da forma que mais lhe aprouver, encontrando permissão constitucional para expandir sua forma de ensino.

É a liberdade de ensinar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber que abre espaço para o pluralismo de ideias dentro do ambiente educacional.¹⁵⁹ É que a Constituição optou pela adoção de uma sociedade pluralista em reação ao histórico de opressão às diferenças, que perduram até hoje embora seja em escala menor, com a ilegítima tentativa de homogeneização filosófica, racial, religiosa, ideológica, entre outras, da sociedade.¹⁶⁰

Nota-se claramente que essa foi a escolha do legislador constituinte quando, no preâmbulo da Carta Magna de 1988, mencionou que a Assembleia Nacional Constituinte estava reunida para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, *pluralista* e sem preconceitos.¹⁶¹

É a tolerância às diferenças que deve nortear o ensino, uma vez que estamos inseridos numa realidade plural, de grupos sociais que possuem diferentes interesses, isto é, numa sociedade em permanente conflito¹⁶². Por esta razão, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no artigo 3º, inciso IV, determina que o ensino será ministrado com base na liberdade e apreço à tolerância, e não há modo mais adequado do que através da educação plural a ser desenvolvida nas instituições de ensino para mostrar aos educandos noções de respeito à diferença do outro.¹⁶³

O pluralismo de ideias no ensino, como princípio específico da educação, impede que seja elaborado programa pedagógico único a ter vigência em todo país. Há que se manter certa homogeneidade, mas deve ter margem de flexibilidade que ajustará as instituições de ensino à realidade social, cultural, econômica de cada lugar com a adoção de planejamento pedagógico próprio e

¹⁵⁹ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 179.

¹⁶⁰ *Ibidem*. p. 181.

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 145.

¹⁶² *Ibidem* p. 143.

¹⁶³ MALISKA, *op.cit.* p. 181.

dos meios que melhor pareçam aos educadores de captar o interesse dos educandos¹⁶⁴.

Com relação ao ensino fundamental, a Constituição, no caput do artigo 210, especifica o tratamento ao pluralismo fixando conteúdo mínimo com o objetivo de garantir formação básica comum para todos, porém, respeitando-se os valores culturais e artísticos nacionais e regionais. Nos parágrafos 1º e 2º do artigo em questão, é feita referência à presença do ensino religioso como matéria facultativa, e a garantia de uso das línguas maternas nas comunidades indígenas e de processos próprios de aprendizagem.¹⁶⁵

A coexistência do ensino privado e o ensino público demonstram outro aspecto da pluralidade adotada pela Constituição. Assim como a educação é dever do Estado, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, a possibilidade da iniciativa privada estar inserida na promoção de atividades de ensino de modo pago é também para atender à diversidade. Para Maliska, as instituições privadas de educação consistem em espaços públicos não estatais, onde igualmente deve haver incidência dos princípios constitucionais a respeito do pluralismo.¹⁶⁶

2.4.4 Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais

Com o princípio da gratuidade¹⁶⁷ do ensino público em estabelecimentos oficiais, há vedação clara de cobrança de taxas e mensalidades em escolas e universidades públicas, pois a educação é direito de todos e dever do Estado, e cabe a este oferecê-la em forma de serviço público gratuitamente,

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 180.

¹⁶⁵ Vide os artigos 12, 26 e 28 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em respeito, à Constituição.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 182.

¹⁶⁷ Sobre a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante n. 12 que informa que “a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”. O artigo 206, VI, tem a seguinte redação: “art. 206 – O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.”

uma vez que é custeada com a receita auferida dos tributos e das transferências constitucionalmente previstas.¹⁶⁸

É um princípio específico para as instituições de ensino do ramo público, que adquire ainda maior abrangência incluindo a gratuidade em todas as demais despesas com o ensino como, por exemplo, as das secretarias em fornecer documentos e certidões, das bibliotecas, laboratórios, exames e provas, entre outros. Compreende, ainda, o fornecimento de livros e materiais didáticos, transporte, prática desportiva e assistência à saúde, enfim todas as outras atividades que importem a manutenção e desenvolvimento do ensino.¹⁶⁹

José Afonso da Silva¹⁷⁰, a respeito desse tema, menciona a existência de correntes de educadores e de publicistas que defendem o pagamento do ensino público como forma de promover a justiça social. E a razão alegada é simples: a cobrança dos alunos ricos que têm acesso ao ensino público é necessária em virtude da injustiça que é cometida aos alunos pobres que pagam para permanecer na rede privada de ensino. E o uso a ser feito desse dinheiro arrecadado seria o investimento para prover o acesso e permanência de estudantes carentes.

A verdade é que, como bem acentua José Afonso da Silva, tanto alunos pobres quanto ricos devem ter a acesso ao ensino gratuito fornecido pelo Estado. Essa distorção em se ver alunos pobres na educação privada e alunos ricos na educação pública possui raiz muito mais profunda que se imagina e não

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 817.

¹⁶⁹ Sobre a gratuidade, alerta Jorge Miranda que além dos elementos já indicados ela “envolve não tanto não pagamento de taxas quanto atribuição de bolsas de estudo (pelo Estado e pela sociedade civil) e apoio social escolar; e, no limite, até salário escolar para compensação do salário profissional que deixem de granjear aqueles que não tenham outros meios de subsistência e que, se ele não for previsto, não poderão continuar os seus estudos.” O pensamento do jurista português se encontra em acordo com o disposto no artigo 213, §1º da CR/88 cuja redação é: “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: §1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, 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”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. p. 450 e 451)

¹⁷⁰ SILVA, *loc. cit.*

é cobrança de taxas dos alunos ricos na rede pública de ensino, medida flagrantemente inconstitucional que vai corrigir tais disparidades.¹⁷¹

As distorções são de proporções tão significativas que o processo seletivo para ingresso em Universidades Públicas é muito mais difícil, facilitando a entrada de alunos da rede particular, que de um modo geral têm melhor preparo, enquanto que a seleção dos alunos em instituições de ensino superior pagas é bem mais acessível fazendo com que os alunos oriundos do ensino público optem por elas, contando com programas de governo que promovem bolsas ou descontos na mensalidade. Em virtude dessa realidade é que Universidades Públicas, a exemplo da Universidade Federal do Pará, promovem cotas sociais direcionadas aos alunos da rede pública de ensino como modo de corrigir a referida distorção.¹⁷²

José Afonso da Silva propõe que outras medidas sejam tomadas para a realização da justiça social dentro da escola (que não seja cobrança de contribuição de alunos ricos) como fornecimento de materiais e outros auxílios para os alunos que comprovem hipossuficiência financeira, aumento de imposto sobre a renda, entre outros.¹⁷³

A gratuidade do ensino público, além de ser princípio específico da educação pública, consiste em direito relacionado à democratização do acesso à educação. A inconstitucionalidade em cobrar mensalidades ou taxas em instituições de ensino público consiste na discriminação que desnecessariamente se cria entre os alunos que têm condições financeiras de pagar e os que não têm. Comprometendo, desse jeito, a igualdade entre os estudantes na rede pública, a ser promovida com o devido uso dos tributos conforme a capacidade financeira de cada cidadão, por meio da redistribuição de renda que o sistema arrecadatório do Estado pode proporcionar. Pois, a renda auferida a título de tributos deve ter como base a capacidade financeira de cada um.¹⁷⁴

A esse respeito, Clarice Seixas Duarte¹⁷⁵ menciona a obediência ao princípio da solidariedade do Estado Social e Democrático de Direito que

¹⁷¹ SILVA, *loc. cit.*

¹⁷² SILVA, *loc. cit.*

¹⁷³ SILVA, *loc. cit.*

¹⁷⁴ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 242.

¹⁷⁵ DUARTE, *loc. cit.*

determina deveres de colaboração entre os indivíduos que se funda nos postulados da justiça distributiva que promove repartição das riquezas através do Estado.

Sobre o tema, Maliska¹⁷⁶ aduz que não existe progressividade da gratuidade, como há para a universalidade de acesso ao ensino, pois toda instituição educacional criada pelo Poder Público deve ser não onerosa para o estudante. É que o artigo 208, inciso I, CR/88 informa que o ensino fundamental será obrigatório e gratuito, inclusive para aqueles que não tiveram acesso a ele na idade adequada, enquanto que o inciso II se refere à progressiva universalização do ensino médio gratuito, disposições que poderiam levar à falsa compreensão de que se poderia criar estabelecimentos públicos de ensino não gratuito.

A progressividade que se refere o citado inciso II deve ser interpretada no sentido da ampliação da quantidade de escolas públicas assim como de universidades, uma vez que seria conduta nitidamente inconstitucional a criação de ensino pago dentro do âmbito da Administração Pública.¹⁷⁷

2.4.5 Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas

Para as funções do magistério, a Constituição reservou atenção qualificada ao colocar em forma de princípio que os profissionais da educação escolar devem ser valorizados. Pois, deve ser-lhes atribuído o devido mérito que o ofício da educação demanda, importante que é para desenvolvimento do ser humano para o exercício da cidadania e, conseqüentemente, da sociedade. Então, reconhecer o mérito desses trabalhadores significa dar-lhes incentivo e prestígio para o desempenho do labor que lhes compete todos os dias, de modo

¹⁷⁶ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 209.

¹⁷⁷ MALISKA, *loc. cit.*

que eles se sintam visíveis perante a sociedade e estimulados a utilizar o máximo de seus talentos e habilidades nas salas de aula.¹⁷⁸

A materialização deste princípio está presente no artigo 67 e incisos da LDB cuja redação se reproduz:

os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais de ensino, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: I – ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; II – aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim; III – piso salarial profissional; IV – progressão funcional baseada na titulação ou habilitação, e na avaliação do desempenho; V – período reservado a estudos planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho; VI – condições adequadas de trabalho.

A obrigatoriedade da realização de concurso público para o ingresso em cargos públicos decorre de outra norma constitucional prevista no artigo 37, inciso II, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Este mandamento advém dos princípios que regem a Administração Pública, mais especificamente, o princípio da eficiência, cujo teor é de que a qualidade dos serviços públicos seja mantida e o estabelecimento de certame público para a seleção de profissionais de ensino proporciona a escolha dos melhores.

É nítida, portanto, a correlação que há entre o princípio da eficiência e a determinação de ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos nas escolas das redes pública. Com base neste princípio, deve-se auferir maior número de vantagens com menor dispêndio possível de valores dos cofres públicos¹⁷⁹. Desse modo, infere-se que melhores educadores são selecionados por meio de concurso público. A norma constante no inciso V, do artigo 206, da Constituição simplesmente repete a lógica da disposição dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

¹⁷⁸ A esse respeito, Maliska afirma que “valorizar significa prestigiar, incentivar motivar os profissionais de ensino para que desempenhem da melhor maneira possível, suas atividades docentes. A Constituição procurou dar ao professor status que lhe é de direito, enquanto pessoa respeitada e valorizada na comunidade por exercer tão importante papel na formação dos cidadãos”. (*Ibidem*. p. 183).

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 651.

Consiste em direito do profissional da educação exigir que seja realizado concurso público de provas e títulos para o cargo de docente em instituição pública de ensino, na ocasião deste estar ocupado por período maior de seis anos por professor não concursado. É o que determina o artigo 85 da LDB, onde são ressalvados os direitos protegidos pelo artigo 41 da Constituição e pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.¹⁸⁰

Em se tratando de concursos públicos, diga-se ainda que deve haver ampla divulgação a respeito da abertura de vagas e das exigências feitas aos candidatos, em obediência ao princípio da publicidade que rege a Administração Pública (artigo 37, caput, CR/88).¹⁸¹

Com as considerações feitas acima não queremos dizer que o princípio da valorização dos profissionais da educação escolar esteja direcionado somente para o ensino público, pois é certo de que se trata, assim como os demais princípios da educação, de normas gerais voltadas para as atividades de ensino, tanto para a rede privada, quanto para a rede pública de ensino, ressalvadas algumas especificidades do ramo público como a realização de concurso de provas e títulos e a gratuidade, conforme os incisos IV e V, do artigo 206 prescrevem.¹⁸²

2.4.6 Gestão democrática do ensino público, na forma da lei

A ideia de democracia na gestão do ensino público se relaciona com o fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja o pluralismo político (artigo 1º, inciso V, CR/88), cujas referências teóricas já foram mencionadas no tópico referente ao princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

¹⁸⁰ O artigo 85 da LDB determina que “qualquer cidadão habilitado com a titulação própria poderá exigir a abertura de concurso público de provas e títulos para cargo de docente de instituição pública de ensino que estiver sendo ocupado por professor não concursado, por mais de seis anos, ressalvados os direitos assegurados pelos arts. 41 da Constituição Federal e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

¹⁸¹ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001.p.184.

¹⁸² MALISKA, *loc.cit.*

O que importa destacar neste princípio é o tratamento conferido a ele pela LDB, de modo a esclarecer o modo como ele é posto em prática na realidade do ensino público brasileiro.

É o artigo 14 da LDB que cuida dessa abordagem estabelecendo como princípios da gestão democrática do ensino público os seguintes: participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes. A produção das normas específicas dessa gestão será elaborada pelos sistemas de ensino com base nesses princípios.

Quanto ao ensino superior, o artigo 54 da LDB também determina a submissão ao princípio da gestão democrática, sendo assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos com a participação de segmentos da comunidade institucional, local e regional.

2.4.7 Garantia de padrão de qualidade

A Constituição determina que o ensino seja ministrado garantindo-se padrão de qualidade a ser controlado pelo Estado mediante atividade fiscalizatória. Ao Poder Público cabe cobrar das instituições de ensino que mantenham rigor no cumprimento do dever em proporcionar aos alunos qualidade de ensino de modo que fique esta espelhada em boas estatísticas.¹⁸³

Como se trata de uma norma (princípio) direcionada para as escolas e universidades que determina a execução de um dever para estas, automaticamente há o nascimento de um direito para o corpo discente: o direito de exigir padrão de qualidade.

O cumprimento desse princípio constitucional da educação pode ser cobrado pelos discentes, por se tratar de uma norma superior criadora de obrigação jurídica, diferenciando-se em todos os aspectos de um simples objetivo.

¹⁸³ MALISKA, *op.cit.* p. 187.

Ademais, tanto no ensino público, quanto no privado, há relação de consumidor, situação que autoriza o aluno reclamar da má prestação de serviço quando houver, seja na forma de participação da gestão do ensino (garantia do ensino público), de manifestações da associação de alunos, ou acionando o órgão de fiscalização competente pertencente ao Estado para que as devidas providências sejam tomadas.¹⁸⁴

Então, a garantia de padrão de qualidade do ensino é um dever dos estabelecimentos educacionais, e não uma meta a ser alcançada, e a “interpretação do princípio do ensino de qualidade deve levar em consideração critérios racionais, ou seja, critérios que são exigidos pela fiscalização do Estado como o mínimo à obtenção de padrões aceitáveis de qualidade.”¹⁸⁵

No que se refere a esse mínimo de coisas, Clarice Seixas Duarte aponta a existência de parâmetros objetivos na quantificação desse tanto a ser fornecido como: o grau de formação dos professores, disponibilidade de material didático e de apoio, adequação dos currículos à realidade local, implantação de sistemas de avaliação, melhorias na remuneração e nas condições de trabalho dos docentes e outros.¹⁸⁶

Como forma de obediência ao princípio de garantia de qualidade do ensino, a Constituição determina em seu artigo 209, inciso II, como condição para a manutenção da iniciativa privada no ensino a sujeição a procedimento que conceda autorização bem como avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Além da previsão constitucional supracitada, a LDB estabelece diversas formas de avaliação e supervisão a serem realizadas pelo estado na educação nacional. Como exemplo, destaque-se o artigo 9º, inciso VI, em que se assegura processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino.

Ainda sobre a garantia de padrão de qualidade, enquanto princípio constitucional da educação, o ensino fundamental (que é obrigatório e cujo acesso é direito público subjetivo) recebeu da Constituição condições

¹⁸⁴ MALISKA, *loc.cit.*

¹⁸⁵ MALISKA, *loc.cit.*

¹⁸⁶ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 243.

privilegiadas de implementação, como, por exemplo, o fornecimento de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (artigo 208, inciso VII, CR/88) com a definição de como serão custeados (artigo 212, §4º, CR/88).¹⁸⁷

2.4.8 Piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal

O propósito do constituinte ao prever a determinação de um piso salarial profissional¹⁸⁸ nacional aos educadores da rede pública, nos termos de lei federal, é conferir a esses profissionais uma estabilidade financeira que não os coloque em situação de vulnerabilidade. Este princípio é correlato ao princípio da valorização desses trabalhadores, e é condição imprescindível para que esta seja posta em prática.¹⁸⁹

Na análise do inciso IV, do artigo 67, da LDB, cuja redação prevê progressão funcional baseada na titulação ou habilitação, e na avaliação do desempenho, Maliska aduz que esta disposição presume já a existência de um

¹⁸⁷ LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 107.

¹⁸⁸ A Lei 11.738/2008 foi elaborada para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação básica no valor de 950,00 (novecentos e cinquenta reais), conforme o artigo 2º da citada Lei. Governadores de cinco estados brasileiros ingressaram com a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 4167, cujo relator é o Ministro Joaquim Barbosa, perante o Supremo Tribunal Federal para questionar, entre outras coisas, o uso do termo “piso salarial”, alegando, ainda, que eles não têm como cumprir as determinações legais por falta de orçamento. O STF deferiu, no dia 17.12.2008 em decisão plenária, parcialmente a cautelar requerida afirmando que o termo “piso salarial” se refere tão somente à remuneração, e que este será o entendimento do artigo 2º da referida Lei até o julgamento final da Adin. Foi concedida, também, cautelar em relação ao §4º, do artigo 2º da Lei, cuja redação é: “§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.” E, por fim, interpretou o artigo 3º da Lei de modo a concluir que o cálculo das obrigações relativas ao piso iria iniciar em 01 de janeiro de 2009. As informações sobre a Adin em destaque foram retiradas do informativo n. 533 do STF, disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 22.04.2009.

¹⁸⁹ MALISKA, *op.cit.* p. 184.

plano de cargos e salários, o que está diretamente ligado à valorização dos educadores, com o princípio da educação em comento.¹⁹⁰

2.4.9 Princípio da universalidade do acesso ao ensino

A universalização do ensino mostra-se como princípio mais presente nos dispositivos constitucionais. Por universalidade, há que se entender um caráter de generalidade ao acesso ao ensino. Tendo em vista esta necessidade, o legislador constituinte estabeleceu em vários artigos normas que atendem à concretização deste princípio.

O artigo 205 refere-se à educação como direito de “todos”. Conforme preceituado no tópico referente ao conceito de direito à educação, o termo “todos” direciona para a compreensão de que este direito possui como destinatário as pessoas sem que exista algum embaraço para o acesso ao sistema de ensino.

Do mesmo modo ocorre com a disposição do inciso I do artigo 206 que aborda sobre a igualdade de permanência e acesso na escola, pois se trata igualmente de uma vertente do princípio da universalidade do ensino, assim como o inciso IV, que se refere à gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. A previsão de criação de educação especial aos portadores de quaisquer deficiências também atende ao princípio em comento.

Importa destacar, que o princípio da universalidade encontra-se com sinuosidade mais significativa no inciso I, do artigo 208, que declara que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, assegurada sua oferta gratuita para *todos* os que a ele não tiveram acesso na idade própria, e também no inciso II, do mesmo artigo, que determina a progressiva universalização do ensino médio gratuito.

¹⁹⁰ MALISKA, *loc.cit.*

2.5 Garantias a serem fornecidas pelo Estado para efetivar o direito à educação

As garantias oferecidas pelo constituinte quanto ao cumprimento do dever do Estado com a educação encontram-se enumeradas no artigo 208 da CR/88. Determina a Constituição que o ensino fundamental será obrigatório e gratuito a todos, inclusive aos que não puderam concluí-lo em idade própria.

A Constituição define que a universalização do ensino médio deverá ser progressiva, e que será assegurado aos portadores de deficiência atendimento especializado, preferencialmente na rede regular de ensino. Garante que a infância (crianças de zero a cinco anos de idade) terá acesso à creche e à pré-escola e o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, conforme a capacidade de cada um. Estabelece, ainda, a Carta Magna que haverá oferta de ensino noturno regular, de acordo com as condições do educando,

Ao lado dessas garantias, residem outras cuja existência se justifica no objetivo em manter o aluno do ensino fundamental na escola, são elas: elaboração de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.¹⁹¹

Tais garantias levam em conta o contexto do estudante brasileiro que muito jovem, ou mesmo quando criança, recebe como missão auxiliar no sustento da família, afastando-se da escola e inserindo-se no mercado informal de trabalho. Por esta razão é que o constituinte cuidou de criar mecanismos para fazer aproximar da escola crianças e adolescentes, fornecendo a garantia à merenda escolar, que visa assegurar que os alunos estejam em condições ideais para propiciar tanto o crescimento intelectual bem como físico.¹⁹² Atende ao mesmo objetivo, a garantia de assistência à saúde, que é feita em caráter preventivo e envolve o amparo médico e dentário.¹⁹³

¹⁹¹ Vide artigo 208, incisos VI e VII da CR/88.

¹⁹² LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 99.

¹⁹³ LIMA, *loc. cit.*

Tais programas suplementares de alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos oriundos do recolhimento das contribuições sociais e de outros recursos orçamentários.¹⁹⁴

O direito ao material escolar e ao transporte são recursos absolutamente necessários. A oferta de material didático poupa mais um gasto a ser feito pela família com a educação e é capaz de despertar o interesse e a curiosidade do aluno que o recebe. O Estado deve elaborar estratégias para que o exercício do direito à educação seja facilitado ao máximo, motivo pelo qual o transporte também é uma garantia muito importante.¹⁹⁵

Sobre esse aspecto, tem-se que, como forma de prestigiar a supremacia da Constituição, em tema de efetividade do direito à educação, a doutrina¹⁹⁶ já entendeu, acertadamente, que a garantia constitucional de atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde consiste em efetivo dever do Estado com a educação.

A manifestação citada se deu em virtude de determinação expressa em sentido contrário feita na LDB em seu artigo 71, inciso IV, cuja redação é:

Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social.

Ocorre que uma ressalva tem de ser feita a esse respeito, pois a Constituição deferiu as benesses referidas, em respeito à especial importância ao ensino fundamental, restringindo somente a ele a permissão para abertura de programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, entre outras.¹⁹⁷ Logo, em respeito à supremacia da Constituição, essa disposição da LDB deve ser desconsiderada somente em relação ao ensino fundamental. Não

¹⁹⁴ Artigo 212, §4º da CR/88.

¹⁹⁵ LIMA, *loc. cit.*

¹⁹⁶ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 252.

¹⁹⁷ - Outro exemplo a ser mencionado quanto o respeito à supremacia da Constituição, diz respeito ao julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2925 sobre a destinação dos recursos auferidos pela CIDE (contribuição de intervenção no domínio econômico). A decisão em comento enfatizou o respeito ao disposto no artigo 177, § 4º, inciso II que determina a destinação dos recursos arrecadados pela CIDE, reconhecendo a inconstitucionalidade da Lei Orçamentária Anual de 2003 que previa finalidade diversa daquelas presentes no texto constitucional.

ocorre o mesmo com a educação infantil, ensino médio e ensino superior, caso em que não seria possível arguir uma exigibilidade nesse sentido. Trata-se de uma restrição criada pela própria norma constitucional a ser obedecida e respeitada.

A garantia prevista de que o Estado assegurará oferta gratuita para todos do ensino fundamental obrigatório, inclusive para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria, confere ao Administrador Público a obrigação de prestar serviços públicos educacionais que atendam às crianças, aos adolescentes, e, também, aos jovens e adultos. Uma política educacional não pode ser viabilizada sem a previsão de inclusão deste grupo de pessoas, que por alguma razão, não puderam ir à escola em tempo compatível com a idade escolar, a ausência desta medida gera lesão e autoriza a judicialização. No inciso I, do artigo 208, que relata esta primeira garantia, há reflexo do princípio da universalidade de acesso ao ensino, uma vez que o dispositivo claramente quis atender a todos.

Do mesmo jeito não sucede na garantia da progressiva universalização do ensino médio gratuito no inciso II, do artigo citado. Aqui, imperará a ideia de avanço paulatino a ser conseguido, o que de jeito nenhum retira o caráter obrigatório do direito à educação, mas, de certa forma, consiste em limitação ao exercício do referido direito.

O princípio da universalidade de acesso ao ensino incide mais uma vez na garantia determinada no inciso III, do artigo 208, CR/88, que ordena que aos portadores de deficiência seja reservado atendimento educacional especial, prioritariamente a ser implementado na rede regular de ensino. Novamente pretendeu-se aqui fazer com que a educação chegue a número maior de pessoas possível, inclusive aquelas que necessitem de tratamento especial em função de diferenças biológicas e físicas. Assim como na educação infantil, como fornecimento de creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade e em todas as outras garantias previstas no artigo 208, de cumprimento obrigatório.

Em suma, o legislador e o Administrador Público devem obedecer aos critérios constitucionalmente dispostos, reitere-se, para a implementação do direito à educação, por meio de criação de políticas públicas.

3 IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

3.1 Conceito de Políticas Públicas

O advento do Estado de bem estar social, cuja atuação é comissiva, isto é, por meio da intervenção econômica e da implementação dos direitos sociais, dentre eles o direito à educação, foi responsável por transportar o tema das políticas públicas dos ramos da ciência política para o campo jurídico, embora de forma não definitiva.

A elaboração das políticas públicas passou a fazer parte das incumbências do Estado, uma vez que este começou a se envolver em questões relativas aos planos de efetivação dos direitos sociais. Surge desta circunstância a importância das políticas públicas no ramo jurídico, com o Estado portador de nova competência: a de realizar os serviços públicos traçando os rumos para o exercício dos direitos de segunda dimensão através da criação de políticas públicas.¹⁹⁸

A recente inserção do tema das políticas públicas na área jurídica provoca certa imprecisão do seu conceito, apesar da iniciativa de alguns juristas em formular uma definição. Para Eduardo Appio as políticas públicas são

instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidade aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.¹⁹⁹

Comparato adota o conceito de política pública enquanto programa de ação, a partir de uma distinção de ordem negativa. Afirma, então, que ela não constitui nem uma norma nem um ato, e sim uma atividade que é abrangida por um complexo de normas e de atos que se voltam para a consecução de um

¹⁹⁸ SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 75.

¹⁹⁹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 136.

específico fim. Indica este autor esse ponto como crucial, pois tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem como foco atos e normas.²⁰⁰

A captura de elementos comuns a diversos conceitos elaborados sobre políticas públicas foi resumida por Marília Lourido dos Santos, são eles: 1) persecução de objetivos; 2) uso de meios ou instrumentos legais e 3) temporalidade, que explica que não se trata da prática de somente um ato, e sim de uma atividade que se estende no tempo.

Para o sistema jurídico concebido em teoria construída por Dworkin, além dos princípios e das regras, existem padrões normativos (policies) que circundam a conduta estatal e da comunidade. Para o autor citado, política pública consiste numa espécie de padrão normativo que designa propósitos a serem obtidos que quase sempre dizem respeito ao progresso social, econômico e político da comunidade, ainda que tais metas venham somente a determinar uma conduta negativa que garanta a inalterabilidade de uma condição social já alcançada. Dworkin funda o conceito de política pública em dois pontos: na existência de uma instituição que construa os padrões normativos, que é a própria comunidade política, e no reconhecimento de metas e da forma de atingi-las.²⁰¹

O conceito de políticas públicas elaborado por Appio (instrumentos de execução de programas políticos) deixa de considerar a devida normatividade que deve ser atribuída a estas, embora mereça ser reconhecida a importância daquele autor em indicar que o objetivo delas seja garantir igualdade em seu sentido material. Qualificar as políticas públicas somente como instrumentos de governo, isto é, como meios para atingir a um fim específico, carece de estruturação normativa que suporte a execução dos planos estatais. Nesse sentido, é necessário dizer se são elas ato administrativo ou lei, por exemplo. Então, logo se infere que a definição de Comparato também deixa a desejar quando opta por afirmar que não se trata nem de ato, nem de norma, e sim de atividade composta por atos e normas, pecando igualmente pela incompletude. Pois, pode ser conceituada política pública como instrumento e atividade, e ainda assim este próprio conceito clamar por complementação de conteúdo.

²⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: revista dos tribunais, vol. 737, março de 1997. p. 18.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. p. 36 e 37.

Daí surge a importância do compêndio de elementos comuns nas políticas públicas coletados por Marília Lourido dos Santos, para elucidar melhor o norte a ser seguido na elaboração deste conceito.

Considerando que a definição pretendida considera política pública tanto como instrumento de governo que serve para pôr em prática planos de ação, como atividade composta por atos e normas, temos que lançar mão de alguns pressupostos para acrescentar elementos ao conceito querido.

Conforme já dito, Dworkin²⁰² parte da noção de que a comunidade política é a instituição que legitima e cria os padrões normativos, e de que o conceito de política pública se baseia no reconhecimento dos objetivos e da forma para alcançá-los. Levar em conta a participação da comunidade política na criação dos padrões normativos (políticas públicas), tornando-os válidos, como decorrência lógica da dinâmica de uma sociedade democrática, autoriza que esta porte meios para administrar a execução das políticas públicas junto com o Poder Público ou para exercer controle e/ou fiscalização. Tendo tudo isto como base, não há como retirar ou tornar menos densa a normatividade do conceito de política pública, uma vez que é imprescindível a sua presença para que seja possível e legítima a participação da comunidade política.

Desse modo, entendemos que política pública, enquanto instrumento e atividade do governo (dos Poderes do Estado a quem incumbe a sua elaboração, quais sejam, Legislativo e Executivo), são padrões normativos investidos na forma de instrumentos legais, para que haja o exercício de controle por parte da sociedade ou por quem a representa, com objetivos especificados e tempo de execução delimitado. Por fim, política pública enquanto instrumento de governo por parte do Poder Executivo deve ser reflexo da soberania popular.

3.2 Sobre a elaboração das políticas públicas

A incumbência em implementar políticas públicas pertence aos componentes eleitos que exercem suas funções democráticas no Poder

²⁰² DWORKIN, *loc. cit.*

Legislativo e no Poder Executivo, desse modo, o espaço adequado para a discussão acerca delas será ou dentro dos procedimentos deliberativos das casas legislativas ou dentro do processo de uma decisão executiva. No entanto, com o advento do Estado Social²⁰³ o Poder Executivo revestiu-se de maiores competências normativas, os programas políticos passaram a se incorporar por meio de normas que visavam resolver questões conjunturais, fazendo da lei um instrumento de governo e não mais somente manifestação da soberania popular.

O raciocínio sobre a tradicional competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo pode conduzir, e muitos juristas defendem essa tese, à conclusão de que o Poder Judiciário não encontra extensão para atuar em tema de políticas. No entanto, esta assertiva não parece vingar dentro da realidade de um Estado Democrático e Social de Direito.²⁰⁴

Para estes setores tradicionais a atribuição da condição de policy-maker ao Poder Judiciário é afastada, mas não parece ser legítima a ausência de controle judicial das políticas públicas, razão pela qual é possível questionar se

dizer que o Judiciário não deve ser o protagonista na elaboração de políticas públicas, ou seja, investir-se na condição de policy-maker, significa afirmar que esses atos estatais estão fora do controle judicial em toda e qualquer situação, mesmo que isso signifique uma violação aos direitos fundamentais?²⁰⁵

Não. É o que se depreende do texto de Marília Lourido dos Santos quando afirma que

a adoção de políticas públicas denota uma atuação estatal centrada nas funções de coordenação e fiscalização, voltadas para a realização de certos fins e valores definidos legalmente, ainda que essa definição se dê de forma vaga e indeterminada quanto ao modo de sua realização.²⁰⁶

Os valores a que se refere a citada autora são os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição, a serem utilizados como guia para o Estado em sua atuação, pois a carta magna determina em vários de seus artigos objetivos para guiarem tanto o funcionamento do ramo privado quanto do ramo

²⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: revista dos tribunais, vol. 737, março de 1997. p. 20.

²⁰⁴ DIAS, Dias, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. p. 42.

²⁰⁵ *Ibidem* p. 43.

²⁰⁶ SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 76.

público. Há a correlação entre os objetivos gerais e específicos que findam num único objetivo: o de desenvolver o Estado Democrático e Social de Direito.²⁰⁷

Ou seja, os quatro incisos do artigo 3º do texto constitucional que definem como objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem o preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, devem se manter conectados aos objetivos elencados no artigo 214 direcionados à educação: erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade de ensino, formação para o trabalho e promoção humanística, científica e tecnológica do País. E é a junção desses objetivos gerais e específicos, juridicamente vinculantes, que servem de guia para a implementação de políticas educacionais.²⁰⁸

Na prática, o Poder Judiciário não elaborará as políticas públicas, sob pena de incorrer em violação ao princípio da separação de poderes, no entanto não podem os magistrados deixar acontecer lesões ou ameaças de exercício de direitos fundamentais tais como o direito à educação, não podendo manter-se isento quando demandado em ação judicial que denuncie incompatibilidade entre uma política pública e o princípio da universalidade de acesso ao ensino, por exemplo.

3.3 A escassez de recursos e os fundos de manutenção do ensino

Embora a Constituição de 1988 tenha determinado o percentual mínimo de renda de cada ente federativo a ser dependido no desenvolvimento e na manutenção do ensino no artigo 212 e seus parágrafos, o montante definido não foi suficiente para suprir todas as garantias feitas ao estudante pelo texto

²⁰⁷ SANTOS, *loc. cit.*

²⁰⁸ SANTOS, *loc. cit.*

constitucional. Foi a partir dessas necessidades que, em 1996, por meio da Emenda Constitucional n. 14, foi criado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização ao Magistério (FUNDEF) no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal. Este fundo tinha como meta a concretização do ideal de universalização do ensino fundamental e foi regulamentado pela lei 9.424/96.

Em 2006, em substituição a Emenda Constitucional n.14, foi promulgada a emenda n. 53/2006, estabelecendo entre outras mudanças, a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB. Cuida-se de um fundo de natureza contábil pertencente às unidades da Federação e ao Distrito Federal, que contribuem para a composição dos recursos, regulamentado pela Lei 11.494/2007.²⁰⁹

Dispõe o artigo 60 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que até o décimo quarto ano da promulgação da Emenda n. 53/2006 os Estados, o Distrito Federal e os Municípios reservarão parte dos recursos previstos no artigo 212 da CR/88 para a manutenção e desenvolvimento da educação básica²¹⁰ e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, no âmbito de cada entidade federativa referida.²¹¹

A primeira diferença a se destacar entre o FUNDEF e o FUNDEB é quanto ao âmbito de incidência. Enquanto aquele apenas atingia o ensino fundamental, este abrange a educação básica, e, portanto, a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, possuindo um alcance bem maior.

O FUNDEB será constituído de 20% (vinte por cento): 1) dos recursos auferidos pelos impostos de transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (artigo 155, I, CR/88); de operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e

²⁰⁹ Além do próprio texto constitucional, foi consultado o site do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE: www.fnde.gov.br. Segundo o seu regimento interno, FNDE consiste em Autarquia Federal criada pela Lei n. 5537/1968, vinculada ao Ministério da Educação, e tem como finalidade, captar recursos financeiros e canalizá-los para o financiamento de projetos educacionais, notadamente nas áreas de ensino, pesquisa, alimentação, material escolar e bolsas de estudo, observadas as diretrizes estabelecidas pelo MEC.

²¹⁰ Segundo o artigo 21 da LDB, incisos I e II, a educação escolar se divide na educação básica (composta pela educação infantil, pelo ensino fundamental e ensino médio e educação superior) e na educação superior.

²¹¹ Artigo 60, inciso I, da ADCT.

intermunicipal de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (artigo 155, II, CR/88); e de propriedade de veículos automotores (artigo 155, III, CR/88). 2) dos 20% auferidos pelos Estados e pelo Distrito Federal oriundos da transferência da União quando esta exercer a competência prevista no artigo 154, I, da CR/88, qual seja, a de criar impostos não cumulativos, e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição (artigo 157, II, CR/88). 3) dos 50% (cinquenta por cento) auferidos pelos Municípios do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o artigo 153, §4º, III, da CR/88; dos 50% (cinquenta por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; dos 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação. 4) dos vinte e um inteiros e cinco décimos por cento do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (artigo 159, I, alínea “a”, CR/88) e dos vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios (artigo 159, I, alínea “b”, CR/88), contados dos quarenta e oito por cento oriundos do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados constante no artigo 159, I, CR/88; e dos dez por cento direcionados aos Estados e ao Distrito Federal do produto de arrecadação do imposto sobre produtos industrializados (artigo 159, II, CR/88)

Os recursos acima descritos constituem o FUNDEB e são distribuídos em cada Estado e seus Municípios de forma proporcional ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, que estejam matriculados na rede de ensino no âmbito da atuação prioritária daqueles entes federativos.²¹²O valor anual mínimo atribuído a cada aluno será assunto a ser tratado pelo Plano Nacional de Educação (artigo 60, III, ADCT). Quando este mínimo não for alcançado, a União deverá complementar os recursos do FUNDEB, ressalvados os recursos mencionados no §5º, do artigo 212 da CR/88

²¹² Artigo 60, II, da ADCT.

(contribuição social do salário-educação)²¹³, sendo que até dez por cento do valor dessa complementação poderá ser repartida aos fundos através de programas que visem o aperfeiçoamento da qualidade da educação.²¹⁴

Em comparação ao FUNDEF, o FUNDEB representou algum avanço para o direito à educação, uma vez que este fundo passa a abranger toda a educação básica, e acumulando quantidade bem maior de recursos financeiros. A referida complementação da União para o FUNDEB no primeiro ano de sua vigência (2007) foi estabelecida para ser no mínimo dois bilhões de reais²¹⁵, no segundo ano (2008), três bilhões de reais, no terceiro ano (2009), quatro bilhões e quinhentos milhões de reais, e a partir do quarto ano (2010 em diante), o valor correspondente a dez por cento do total dos recursos que compõe o FUNDEB constante no inciso II, do artigo 60 da ADCT.²¹⁶

Importante ressaltar que a desobediência à obrigatoriedade da realização da complementação por parte da União implica em crime de responsabilidade da autoridade competente.²¹⁷

Ao lado das reservas de fundo criadas pelo legislador citadas, existe o princípio da reserva do possível, que impõe limitações nos gastos com os direitos sociais, e constitui a maior justificativa apresentada pelo Administrador Público para eximir-se de fazer políticas públicas de proteção a estes direitos em defesa perante demandas de judicialização de políticas públicas.

É verdade que os recursos são escassos, e que aos Poderes Executivo e Legislativo é que cabe a gestão financeira e orçamentária, no entanto é necessário impor limitações à reserva do possível para que não sirva apenas como alibi para o gerenciador da coisa pública em sua resposta processual quando demandado judicialmente.

Com relação à gestão financeira e orçamentária dos fundos públicos, há que se abordar o exame da legitimidade para efetivar as políticas públicas de proteção ao direito à educação, pois estas dizem respeito ao gasto dos fundos públicos, o que em linha de princípio não cabe ao Judiciário.

²¹³ Artigo 60, V, da ADCT.

²¹⁴ Artigo 60, VI, da ADCT.

²¹⁵ Os valores mencionados a título de complementação da União se sujeitam a atualização anual, conforme o artigo 60, IX, da ADCT.

²¹⁶ Artigo 60, VII, "a", "b", "c" e "d" da ADCT.

²¹⁷ Artigo 60, XI, do ADCT.

Enquanto alegação de defesa por parte do Estado, o referido princípio deve ser devidamente comprovado, devendo o gestor público mostrar o motivo pelo qual não há fundos nos cofres públicos, evidenciando quais gastos foram feitos. A escassez de recursos para executar uma política pública não implica dizer que são insuficientes para pelo menos começá-la, podendo mais tarde ser realizado estudo para a arrecadação de mais fundos.²¹⁸

A escassez é vista como uma questão essencial e não acidental por Gustavo Amaral, pois ele acredita que na medida em que há o desenvolvimento tecnológico sempre surgirão novas escassezes. Afirma ainda que, não é verdade que, em países como os Estados Unidos não há razão para se preocupar com a seleção dos pacientes que terão acesso a algum tratamento médico, pois em que pese existir recursos para suprir inúmeras necessidades, não é possível a proteção de todas elas.²¹⁹

A técnica de alocação dos recursos escassos denomina-se princípios da justiça distributiva, e devem ter como base uma noção de necessidade e de que escolhas deverão ser feitas, e que isto implica dizer que se de um lado o direito de alguns está sendo protegido, por outro, há quem esteja prejudicado. Por esse motivo, são escolhas trágicas.

Segundo Michael Walzer, citado por Gustavo Amaral:

Como os recursos são sempre escassos, escolhas difíceis têm que ser tomadas. Penso que tais escolhas somente podem ser políticas. Elas estão sujeitas a alguma elucidação filosófica, mas a ideia de necessidade e o compromisso com o bem comum não levam a uma determinação clara de prioridades ou escalonamento.²²⁰

Com razão Américo Bedê Freire Júnior propõe o diálogo entre as funções estatais em proveito da efetivação dos direitos fundamentais, afirmando que quando há vontade política do Executivo e do Legislativo, percebe-se a abertura de créditos suplementares, concluindo que a alegação da reserva do possível constitui verdadeiro óbice para quem não deseja cumprir as decisões

²¹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

²¹⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 137 e 147.

²²⁰ *Ibidem*. p. 168.

judiciais que impõe medidas de defesa dos direitos sociais, ou seja, nega-se um mandamento da própria Constituição.²²¹

Alega aquele autor ainda que, perante o conflito da legalidade orçamentária e da materialização de um direito social, esta deve se sobrepor, mesmo que isso signifique fazer uma despesa não prevista no orçamento ou uma inclusão no plano plurianual, não para depreciar aquele princípio, e sim para não permitir que obstáculos de ordem formal impeçam a efetividade máxima desses direitos.²²²

Deve ser demonstrado pelo gestor público que os objetivos constitucionalmente estabelecidos (artigo 3º, CR/88) foram buscados no planejamento orçamentário, pois a Constituição cuidou de direcionar a conduta do legislador e do administrador, impondo diretrizes a serem necessariamente cumpridas.

Portanto, a discricionariedade da Administração cinge-se ao modo como irá concretizar os objetivos da República, não se confundindo em nenhum momento com uma ampla e irresponsável liberdade. Pois, de nada adianta dizer que as escolhas de uso dos recursos somente podem ser políticas se quando políticas afetam o exercício de direitos fundamentais, adquirindo a pior das máculas: a da inconstitucionalidade.

Embora a Constituição tenha descrito os custos do direito à educação de forma bastante detalhada inclusive, saber se tais fontes de renda são suficientes para atender a demanda dos Estados, do Município e do Distrito Federal, envolve análise que extrapola as fronteiras jurídicas para atingir os ramos da economia.²²³ É possível defender, somente com o apoio das normas constitucionais, no entanto, a aplicação mínima das verbas constitucionalmente designadas.

Vê-se, portanto, de um lado a designação em norma constitucional sobre o montante a ser utilizado obrigatoriamente para os custos da educação no Brasil e de outro lado, a alegação do Estado de que faltam recursos. Essa é a

²²¹ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *op. cit.* p. 75.

²²² *Ibidem.* p. 76 e 78.

²²³ A esse respeito ver: TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Organizador: Sarlet, Ingo Wolfgang e Timm, Luciano Benetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55 a 68.

primeira crítica a ser feita ao contrapor o princípio da reserva do possível com as vinculações orçamentárias.

Outro ponto a ser destacado é a óbvia inconstitucionalidade presente na desvinculação das receitas da União – DRU.

A desvinculação das receitas da União teve início com a Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994, adicionando alguns dispositivos ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, criando o Fundo Social de Emergência – FSE. O objetivo da criação deste fundo era sanear financeiramente a Fazenda Pública Federal e de manter a estabilidade econômica.²²⁴

Além desses fins, o artigo 71 do ADCT determinava o custeio de ações dos sistemas de saúde e de educação; concessão de benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, liquidação do passivo previdenciário, e em outros programas de relevante interesse público e social. A fonte de recursos seria o Imposto de Renda retido na fonte sobre os pagamentos efetuados a qualquer título pela União, suas Autarquias e Fundações; majoração decorrente das alterações produzidas pela Medida Provisória nº 419 (aumento do IOF), e pelas Leis nº 8.847/94 (aumento do ITR), nº 8.849/94 (aumento do IR), nº 8.848/94 (aumento do IR Fonte), e a majoração da alíquota da CCSL; e vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuados os já mencionados.²²⁵

Cessada a vigência do FSE, em março de 1996, promulgou-se a EC nº 10, que prorrogou retroativamente este fundo, a partir do dia 1º de janeiro de 1996 até 31 de julho de 1997, que passou a ser chamado de Fundo de Estabilização Fiscal. O FEF manteve as normas do FSE, exceto no que tange ao ITR. Quanto à desvinculação de 20%, o afastamento desta porcentagem da União passou a incidir tanto sobre os impostos como sobre as contribuições que viessem a ser concebidas. A EC nº 17, de 22 de novembro de 1997, prorrogou retroativamente o FEF, que teve seu prazo de vigência alongado até 31 de dezembro de 1999.²²⁶

²²⁴ SCAFF; Fernando Facury. A Desvinculação das Receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição. In: MAUÉS, Antônio Gomes Moreira e SCAFF, Fernando Facury. **Justiça Constitucional e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 99.

²²⁵ *Ibidem*. p. 100.

²²⁶ *Ibidem*. p. 100 e 101.

Foi em março de 2001, por meio da EC nº 27, que foi criada a DRU, sucedendo o FSE e o FEF, que estipulou a desvinculação de 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que viessem a ser criados no período de 2000 a 2003. A EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003, manteve a DRU, prorrogando-a até dezembro de 2007, incluindo a sua incidência na Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico – CIDE.²²⁷

A maior diferença entre as desvinculações mencionadas é que enquanto na criação do FSE e do FEF foram estipulados objetivos, na DRU nenhuma finalidade foi estabelecida para a destinação dos 20% da receita. A comparação feita demonstra que com o passar dos anos acentuou-se o desvirtuamento de tal prática. Em 2001, os 18% da receita arrecadada da União não foram direcionados para manutenção e desenvolvimento do ensino conforme determina o artigo 212 da CR/88.

Com a análise do balanço da União de 2002, foi possível chegar à conclusão de que a desvinculação de recursos obrigatórios no âmbito da manutenção e desenvolvimento da educação, em razão da DRU, foi da ordem de R\$ 15 bilhões em 2001 e de R\$ 22 bilhões em 2002.²²⁸

Ou seja, os 18% decorrentes da arrecadação de impostos federais não foram devidamente dedicados ao investimento no ensino público consoante preceitua a Constituição da República. Foram aproximadamente 37 bilhões de reais que não foram direcionados ao custeio do direito à educação.

Em 2007 foi aprovada no Congresso Nacional a EC n 56 que prorrogou a DRU até 2011²²⁹, cujo projeto que a antecedeu dispunha que:

Uma das características da estrutura orçamentária fiscal e brasileira é a coexistência de um volume elevado de despesas obrigatórias – a exemplo das despesas com pessoal e benefícios previdenciários – **com um sistema que vincula parcela expressiva das receitas a finalidades específicas**. Tal estrutura reduz significativamente o volume de recursos livres do orçamento, os quais são essenciais para a consecução de projetos prioritários do governo – como obras de infra-

²²⁷ *Ibidem*. p. 101 e 102.

²²⁸ *Ibidem*. p. 108.

²²⁹ O artigo 76 do ADCT passou a vigorar com a redação seguinte: “É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.”

estrutura – e para a constituição da poupança necessária à redução da dívida pública. (grifos nossos)

O projeto deixa bem claro que as vinculações constitucionais são conhecidas, e, conseqüentemente, a obrigatoriedade em obedecê-las por se tratarem de normas constitucionais, no entanto ainda assim o aumento de recursos livres para a aplicação em “prioridades” do governo foi requerido no documento em comento e aprovado no Congresso Nacional. Como afirmar que a constituição de uma poupança necessária à redução da dívida pública consiste em prioridade do governo ao lado da determinação do artigo 227 da CR/88 que assegura à criança e ao adolescente com absoluta prioridade o direito à educação?

O exercício de poder discricionário ao implementar políticas públicas reside em verificar apenas o mais adequado modo em atingir os objetivos constitucionais, sem que seja usurpada a destinação de recursos previamente destinados pelo legislador. A desvinculação de 20% da arrecadação da receita da União compromete a efetivação do direito à educação e de outros direitos sociais, quais sejam o direito à saúde, à previdência social, e à assistência social, pois estas espécies de tributo servem para financiar a seguridade social que compreende tais direitos, conforme artigo 195 CR/88. Ou seja, com a DRU, 20% da renda auferida pela Administração Pública Federal por meio das contribuições sociais não estão sendo utilizadas para fins de financiamento da seguridade social.

3.4 Controle Judicial das políticas públicas e o neoliberalismo

O encadeamento lógico da economia no contexto da globalização dos mercados que se insere ao mesmo tempo na doutrina neoliberal e no do desenvolvimento do Estado Democrático e Social de Direito, e a situação de grande disparidade social existente entre as camadas sociais no Brasil levam à celeuma acerca da preferência da atuação estatal, o que remete a refletir sobre o seu papel diante da economia e da sociedade.

O neoliberalismo é bem claro em sua doutrina, que busca retornar ao pensamento smithiano da neutralidade da política econômica do Estado, quando informa que a economia capitalista gera naturalmente o equilíbrio social originando empregos para os indivíduos sendo inócuas a elaboração de políticas que tentem combater o desemprego uma vez que elas propiciam inflação e não tem a capacidade de combatê-lo.²³⁰

É que as aspirações liberais repelem os propósitos de redução das desigualdades sociais, considera-se que as políticas que visam promover a justiça social distributiva constituem-se uma afronta à liberdade individual. Milton Friedman, um dos mais destacados economistas do século XX, citado por Avelãs, defende que no conflito entre a igualdade e a liberdade, esta deve receber prioridade, pois segundo sua doutrina a sociedade que a privilegia terá como consequência natural o advento da igualdade. O contrário ocorre com a escolha da igualdade que não levará nem a liberdade nem a própria igualdade.²³¹

Para aquele economista, o princípio da responsabilidade social coletiva consiste em doutrina essencialmente subversiva, que fragiliza as balizas da sociedade na medida em que reduzem o incentivo ao trabalho, a poupança, a inovação, a acumulação de capital, em outras palavras, alteram a essência da liberdade.²³²

A este respeito, Avelãs então conclui dizendo que

neste domínio da filosofia social, o neoliberalismo exclui da esfera da responsabilidade do estado as questões atinentes à justiça social, negando, por isso, toda a legitimidade das (ineficientes) políticas de redistribuição do rendimento, orientadas para o objetivo de reduzir as desigualdades de riqueza e de rendimento, na busca de mais equidade, de mais justiça social, de mais igualdade efectiva entre as pessoas.

O autor então complementa o raciocínio criticando Friedman e afirmando que “a proposta friedmaniana de regresso ao passado não contém a promessa de nenhum ‘paraíso’, mas contém ameaça de nos fazer regressar ao ‘inferno perdido’ do apogeu do *laissez-faire*”.²³³

²³⁰ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 37. Nessa obra, Avelãs remete-se às ideias dos monetaristas e dos neoliberais a respeito do papel do Estado.

²³¹ *Ibidem*.p.38.

²³² *Ibidem*. p. 40.

²³³ *Ibidem*. p. 39 e 41.

O sistema capitalista encontra permissão constitucional no artigo 1º, IV e 170, que, na verdade, diz que a ordem econômica se baseia na livre iniciativa, que é o valor que caracteriza o referido modelo econômico. Apesar de o Estado oferecer tais instrumentos normativos em favor da livre iniciativa, e passar a construir seu plano de ações conforme as inclinações dos agentes econômicos, a Constituição determina, também, a valorização do trabalho humano. Devem coexistir, portanto, os ideais capitalistas com os do Estado Social e Democrático de Direito arrolados no artigo 170 e incisos, da CR/88, são eles: existência digna, justiça social, função social da propriedade, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca pelo pleno emprego.

Para Eduardo Appio, fenômeno social do neoliberalismo faz com que o Estado se programe conforme as ordens da economia invertendo a lógica dos agentes econômicos agirem em função dele, o que significa para o autor um grave problema para a democracia representativa, pois o governo, desse modo deixa de atender às demandas sociais de seu eleitorado.²³⁴

O desajuste da sociedade dos países periféricos como o Brasil, o desequilíbrio na distribuição das riquezas, e, portanto, o impedimento do exercício equânime dos direitos, evidencia o afastamento da igualdade material entre os cidadãos. A situação de forte exclusão social conduz ao protesto silencioso da massa sem educação deixada de fora dos avanços da economia e da tecnologia, conjuntura que requer a implementação de políticas públicas que efetivem o exercício de seus direitos de modo a promover um verdadeiro e não o metafísico bem estar social que pretende a doutrina neoliberal.

Nesse aspecto, Appio salienta a incapacidade que o Estado tem demonstrado em encontrar o ponto de equilíbrio na gerência das relações entre o capital e os cidadãos que provoca a crise do sistema representativo tradicional e alimenta a angústia e a frustração do cidadão brasileiro contemporâneo. Conclui, então, sua cadência de ideias dizendo que “com o recrudescimento do processo de exclusão social – especialmente em decorrência da falta de postos de trabalho que absorvam parcela jovem da população – a própria democracia nos países

²³⁴ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 138.

periféricos corre perigo”. Acrescentando que “o controle judicial das políticas públicas no Brasil se constitui num elemento indispensável de estabilização das relações sociais.”²³⁵

3.5 O direito à educação é exigível de quem?

A exigibilidade de um direito necessariamente envolve duas figuras jurídicas: o titular do dever em concretizar o direito e o titular do direito, formando-se uma relação jurídica. Já foi visto que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (artigo 205, CR/88), cumpre agora detalhar as formas de participação desses entes na promoção do exercício desse direito.

3.5.1 O dever dos pais

Reafirmando o que já foi dito sobre o dever dos pais, no tópico sobre o conceito de direito à educação, há que se ressaltar a atuação dos pais no zelo ao direito à educação.

O Estatuto da criança e do adolescente reservou o capítulo IV para dispor sobre o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer especificando no artigo 55 que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. Essa obrigação é reafirmada no artigo 129 do estatuto com a ressalva de que aos pais cabe também acompanhar a frequência e aproveitamento escolar.

De modo semelhante determina a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, quando afirma, em seu artigo 6º, que consiste em dever dos pais ou

²³⁵ *Ibidem.* p. 139 e 140.

responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos no ensino fundamental.

Diante da delimitação do papel a ser desempenhado pelos pais ou responsáveis, imperioso se torna distinguir a sua função perante a que deve ser desenvolvida pelo Estado. Nesse sentido, questiona Clarice Seixas Duarte o que realmente vem significar dizer que aos pais cabe a educação dos filhos, se seus deveres se assemelham com os dos Poderes Públicos, se eles podem assumir dupla posição jurídica: a de titulares da pretensão jurídica subjetiva tendente à efetivação do direito e da responsabilidade correspondente?²³⁶

A conclusão que chega aquela autora é a de que embora constitua dever tanto do Estado quanto dos pais a proteção do direito à educação, essa obrigação se expressa de modo diverso. Somente ao Estado é possível exigir o cumprimento da pretensão existente no direito público subjetivo ao direito fundamental, porque somente ele é o ente que detém capacidade para prover necessidades de natureza social que requer o direito à educação. A participação dos pais e responsáveis consiste em forma de auxiliar o trabalho estatal fazendo acompanhamento escolar dos filhos e efetivando matrículas. Então, não é imputável à família a responsabilidade em prestar os serviços públicos²³⁷ pertinentes e tampouco é a exigibilidade.²³⁸

3.5.2 A União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios

A educação nacional será organizada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em regime de colaboração.²³⁹

²³⁶ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 281.

²³⁷ A CR/88, no artigo 175, é expressa ao atribuir aos Poderes Públicos a prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

²³⁸ DUARTE, *loc. cit.*

²³⁹ Vide artigo 211, CR/88.

O papel da União na implementação do direito à educação inicia com a declaração de sua competência privativa de legislar sobre as diretrizes e bases da educação no artigo 22, inciso XXIV da CR/88. É a lei n. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação que determina as normas gerais do tema da educação, cujos dispositivos devem ser obedecidos por todos os outros entes federativos, em que pese a peculiaridade que pode ter em cada sistema de ensino.

A referida norma constitucional deve ser interpretada de modo que o exercício da competência privativa não impeça o exercício da autonomia dos demais entes federativos, uma vez que esta possibilidade implicaria em inconstitucionalidade. Então, podem os Estados e os Municípios legislar sobre o tema.²⁴⁰

Cabe à União organizar o sistema federal de ensino, assim como o dos Territórios, custear as instituições de ensino públicas federais, e exercer em matéria educacional função redistributiva e supletiva, de modo que as oportunidades educacionais estejam igualmente repartidas na sociedade, e que seja garantido padrão mínimo de qualidade, através de fornecimento de assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.²⁴¹

Há determinação no artigo 214 da CR/88 de que a lei estabelecerá plano nacional de educação, cuja duração será plurianual, com o objetivo de articular e desenvolver o ensino em todos os seus níveis.

O referido plano também pretenderá que as ações do Poder Público sejam integradas, a fim de que conduzam para a erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade de ensino, formação para o trabalho, e a promoção humanística, científica e tecnológica do Brasil.

Consiste em competência concorrente da União, Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre a educação, cultura, ensino e desporto, segundo o artigo 24, inciso IX, da CR/88. Incumbe aos Municípios, segundo o artigo 30, inciso VI, da CR/88, manter, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.

²⁴⁰ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 244.

²⁴¹ Vide artigo 211, §1º, CR/88.

Veja-se que, conforme o artigo 22, inciso IX da CR/88 a elaboração de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, consiste em competência da União, mas a LDB foi bastante clara ao enunciar que a elaboração do plano nacional de educação é incumbência daquele ente com a colaboração dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 9º, inciso I, da LDB).

Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio, e os Municípios no ensino fundamental e na educação infantil.²⁴² Sendo assim, deverão firmar formas de colaboração para garantir a universalização do ensino obrigatório, de modo que a responsabilidade seja repartida proporcionalmente ao montante financeiro de cada ente federativo e conforme o número de indivíduos a serem beneficiados com as ações estatais.²⁴³

Apesar de a Constituição incumbir aos Estados e ao Distrito Federal a atuação prioritária, tanto no ensino fundamental como no ensino médio, a LDB atribui a estes entes a responsabilidade em oferecer preferencialmente o ensino médio. A LDB segue a mesma lógica ao determinar que os Municípios devem atender prioritariamente o ensino fundamental.²⁴⁴

Quanto aos recursos públicos destinados à efetividade do direito à educação, anualmente cabe à União aplicar nunca menos de dezoito por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita auferida pelos impostos, compreendida a oriunda de transferências no desenvolvimento e na manutenção do ensino.²⁴⁵

O que se vê é que a Constituição segue a lógica da proteção máxima do ensino fundamental, em conformidade com a disposição que assegura o acesso a ele direito público subjetivo, ensejando responsabilidade da autoridade omissa ou irregular. Sendo assim, a distribuição dos recursos públicos será realizada de modo a garantir prioritariamente as demandas do ensino obrigatório, na forma do plano nacional de educação.²⁴⁶

O regime de colaboração mútua entre os entes federativos, criado pela Constituição, demonstra que todas as esferas do Poder Público encontram-se

²⁴² Artigo 214, §§ 2º e 3º da CR/88

²⁴³ Artigo 214, §4º, da CR/88 e artigo 10, inciso II da LDB.

²⁴⁴ Artigo 10, inciso VI e artigo 11, inciso V da LDB.

²⁴⁵ Artigo 212, caput, da CR/88

²⁴⁶ Artigo 212. §3º, da CR/88.

vinculadas ao dever em fornecer prestações positivas que efetivem o direito à educação. Ademais, a previsão de que uma autoridade será responsabilizada pela omissão ou oferta irregular do ensino obrigatório conduz-nos a dois pontos: de que a noção de direito público subjetivo superou a concepção tradicional da doutrina de que somente órgãos poderiam figurar no pólo passivo de uma lide e não um indivíduo²⁴⁷; e de que a identificação da autoridade competente se revela uma problemática na efetivação do direito à educação.

Pois, se a Constituição impõe a competência para tratar do ensino fundamental tanto para os Municípios quanto para os Estados, diante de uma demanda social a quem deve ser atribuído o pólo passivo?

No dizer da Constituição, a atuação deve ser prioritária para ambos os entes, porém a LDB define que aos Estados cabe dar preferência ao ensino médio e aos Municípios priorizar o ensino fundamental. No entanto, esta disposição legal não retira a responsabilidade solidária que existe entre União, Estados, Distrito Federal e os Municípios constante no texto constitucional, gerando a dúvida a respeito de quem seria o legitimado passivo em demandas judicialização do direito à educação.²⁴⁸

Sobre este assunto, o Município de Santo André quando demandado a ofertar vagas no sistema de educação infantil, alegou que não se deve cobrar somente do Município a manutenção do sistema de ensino, uma vez que consiste em dever comum para todas as esferas do Poder Público.²⁴⁹

O que deve ser afastada é a possibilidade de que argumentações como a do Município Santo André venham a causar embaraços na exigibilidade

²⁴⁷ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 210.

²⁴⁸ A respeito desta imprecisão, Clarice Seixas Duarte menciona um exemplo em que o titular do direito público subjetivo é um indivíduo e o objeto da relação uma vaga numa escola de ensino fundamental. Para esta autora, parece claro que a União não poderia ser a demandada nessa lide, pois se trata de uma solicitação que requer prestação individuada e concreta e a responsabilidade prioritária do fornecimento do ensino fundamental é dos Estados e dos Municípios. Aduz, então, que embora a União não se enquadre como sujeito passivo no exemplo dado, não significa dizer que quanto ao ensino fundamental ela não tenha incumbências a cumprir como o auxílio na organização dos sistemas de ensino dos Estados, assim como estes devem fazer em relação aos Municípios. No entanto, permanece a dúvida se o demandado seria o Estado ou o Município, pois a Constituição tem que ser o fundamento jurídico das decisões judiciais que apreciam a solicitação de uma vaga na escola. No entanto, menciona aquela autora que a realidade administrativa também deve ser apreciada, pois há Estados, a exemplo de São Paulo, cujas políticas públicas se voltam para a municipalização do ensino fundamental. (*Ibidem*. p. 279)

²⁴⁹ A apreciação do recurso extraordinário n. 410.715-5/SP relata sucintamente as argumentações do Município de Santo André/SP em agravo contra aquele.

do direito à educação. É certo que se trata de uma obscuridade a ser sanada, mas a Constituição sempre será o norte a guiar a efetivação dos direitos fundamentais e ela determina a responsabilidade solidária dos Poderes Públicos.

3.6 O papel das Ações Cíveis Públicas

Já vimos que embora haja o usufruto individual do direito à educação, este direito constitui um bem de titularidade coletiva em razão de sua natureza social, que se situa no âmbito da justiça distributiva, e que é ofertado pelo Estado através de políticas públicas.

Quanto à natureza dos interesses, o Código do Consumidor fixou que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo (artigo 81, caput, CDC).

Ademais, tratou de definir interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. E interesses ou direitos coletivos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base.

Clarice Seixas Duarte se importa em identificar os titulares da pretensão, pois a individualidade ou a meta-individualidade do interesse envolvido expressará o mecanismo a ser utilizado judicialmente. O interesse se caracteriza como individual quando o gozo dele restringir-se na dimensão de sua individualidade havendo só uma pessoa favorecida, o contrário ocorre quando há interesse meta-individual, pois neste caso os valores sociais da sociedade se amontoam num querer coletivo.²⁵⁰

Na verdade, o propósito daquela autora é saber se o zelo com os interesses não individuais pode ser realizado através do instituto do direito subjetivo. Aduz que o direito subjetivo, em sua forma clássica, incidiria com a

²⁵⁰ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 283.

identificação dos sujeitos da relação jurídica, reconhecendo que no contexto atual a determinação de um titular de direito pelo ordenamento jurídico brasileiro não implica afirmar que se trata de um indivíduo, pois as pessoas não individuadas, ligadas entre si por circunstâncias de fato, grupos sociais podem estar tomando a iniciativa em iniciar uma ação judicial.

A conclusão que chega a citada autora é a de que, embora tenha preconizado a doutrina clássica que os interesses individuais são a base do conceito de direito subjetivo, o Estado Social não comporta esta assertiva, pois são os interesses de ordem difusa e coletiva que adquirem relevância. E o fato de os interesses meta-individuais alcançarem grande número de pessoas não significa retirar destas a proteção daqueles por meio do direito subjetivo.²⁵¹

Cabe ao Ministério Público (MP), à Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação ou sociedade de economia mista e associações (constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil cujas finalidades constitucionais seja de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) a promoção de ações civis públicas para a proteção de interesses difusos e coletivos, encaixando-se aqui a defesa dos direitos sociais, e mais especificamente o direito fundamental à educação²⁵².

Como o Administrador Público encontra-se vinculado à Constituição e à lei²⁵³, a sua discricionariedade cinge-se em verificar a melhor forma de colocar em prática os ditames constitucionais referentes à proteção do direito à educação.²⁵⁴

Embora a ação civil pública, cujo objeto pode ser tanto uma obrigação de fazer como de não fazer, seja instrumento processual cabível para requerer a implementação do direito à educação assegurado pela ordem social

²⁵¹ *Ibidem.* 284.

²⁵² Vide artigo 5º, incisos I, II, III, IV e V da lei 7.347/85 que disciplina a ação civil pública.

²⁵³ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 29.

²⁵⁴ Sobre o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público, Luíza Cristina Fonseca Frischeisen aduz que “considerando que os direitos sociais realizam-se pela efetiva implantação das diretrizes da ordem social constitucional, o Ministério Público está legitimado, constitucionalmente e legalmente, a exigir da Administração o efetivo cumprimento dessa ordem, pois a omissão ou a interpretação da Constituição de forma a impedir o real exercício desses direitos sociais pelos cidadãos torna possível a discussão sobre a constitucionalidade, legalidade, finalidade e razoabilidade do ato administrativo (política pública) e a eventual judicialização da questão.” (*Ibidem.* p.23)

constitucional²⁵⁵, há possibilidade em conseguir este intento pela via extrajudicial, ainda com atuação do Ministério Público, através de Termo de Ajuste de Conduta²⁵⁶, em que há efetiva negociação entre a Administração ou com os entes privados ora responsáveis na implementação de políticas públicas.

O compromisso de ajuste transforma-se em título executivo extrajudicial. Significa dizer que não necessita de homologação judicial, e que seu descumprimento enseja posterior proteção judicial por meio de propositura de ação executiva, tudo isso com base no artigo 566, II, 583 e 587 do Código de Processo Civil e artigo 5º, §6º, da lei 7.347/85.

No que tange ao ensino fundamental (obrigatório), no entanto, a LDB prevê a propositura de ação específica cujos legitimados são: qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente instituída, e o Ministério Público.²⁵⁷

O parágrafo 2º, artigo 5º da LDB determina que o Poder Público “assegurar em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais”.

O parágrafo 3º, do artigo 5º da LDB, por sua vez, declara que os legitimados para pleitear o cumprimento da obrigatoriedade do ensino fundamental, uma vez que se trata de direito público subjetivo, poderão provocar o Poder Judiciário em caso de desobediência a esta norma constitucional (§ 2º, do artigo 208) em ação isenta de custas judiciais cujo rito é sumário.

A responsabilização da autoridade competente por descumprimento da obrigação em relação ao ensino fundamental importa em crime de responsabilidade caso seja comprovada a negligência do gestor público.²⁵⁸

²⁵⁵ FRISCHEISEN, loc. cit.

²⁵⁶ Vide artigo 5º, §6º, da lei 7.347/85.

²⁵⁷ Vide artigo 5º da LDB.

²⁵⁸ Vide §4º, artigo 5º da LDB

3.7 O Supremo Tribunal Federal e o direito à educação

Na pesquisa jurisprudencial realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal, foi coletado pequeno montante de decisões a respeito do direito à educação, de onde serão enfatizadas apenas duas que mais interessam para a discussão deste trabalho, quais sejam, a do recurso extraordinário n. 410.715-5 (caso Santo André/SP) e no pedido de suspensão de tutela antecipada de n. 241-7 (caso Município de Queimados/RJ).

Tal escolha se justifica pelo fato de que, nessas demandas, conforme será apreciado adiante, deparamos com questões de exigibilidade do direito à educação ao Poder Judiciário, quer por meio de pedido de vagas em creches, quer através da solicitação de número maior de professores, respectivamente.

As outras decisões coletadas, embora digam respeito à educação de um modo indireto, não se confundem com o controle jurisdicional de políticas públicas educacionais ou controle de constitucionalidade que vise preservar o tratamento jurídico elaborado para o ensino.

Desse modo, encontramos: a) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1950-3/SP, que trata da garantia de meia entrada aos estudantes regularmente matriculados na rede de ensino; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3669-6/DF, que discute a constitucionalidade de lei que garante a oferta do ensino da língua espanhola aos alunos da rede pública do Distrito Federal; c) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 820-0/RS, que discute a constitucionalidade da vinculação feita na Constituição do Rio Grande do Sul dos recursos destinados a manutenção e desenvolvimento do ensino neste Estado em afronta ao artigo 167, IV, da CR/88; d) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3098-1/SP, que discute a constitucionalidade da Lei 10.860/2001 de São Paulo, que extrapolou o uso da competência estadual concorrente e não cumulativa para legislar sobre as normas gerais da educação, incumbência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e, portanto, da União, em desrespeito aos artigos 22, XXIV, e 24, IX, §§2º e 3º da CR/88. A impugnada lei estabelecia requisitos para criação, autorização de

funcionamento, avaliação e reconhecimento dos cursos de graduação na área da saúde, das instituições públicas e privadas de educação superior, além de adotar outras providências. e) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7864-9/PR, que discute a constitucionalidade da Lei n. 11970/1997 do Paraná, que atribuiu a uma entidade de direito privado, PARANAEDUCAÇÃO, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão de recursos financeiros do Estado, destinados ao desenvolvimento da educação, sendo legitimada, a referida instituição, a gerir verbas públicas, externas ao seu patrimônio, e também a tomar decisões autônomas sobre a aplicação de tais recursos.

3.7.1 O caso Santo André/SP

O caso de Santo André, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), envolveu decisão no recurso extraordinário n. 410.715-5, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, conhecido e provido pela instância suprema. Em razão disso, o Município de Santo André apresentou recurso de agravo, que foi julgado pelo ministro relator Celso de Mello, cujo voto foi acolhido pelos demais ministros.

3.7.2 Os argumentos do Ministro Relator Celso de Mello

O voto do ministro Celso de Mello inicia com a afirmação de que o recorrente não possui razão jurídica, pois considera que a decisão agravada estava em conformidade com as normas da Constituição, declarando que se numa extremidade existe o direito público subjetivo à educação, em outra há o

dever jurídico-social em proporcionar para as crianças de zero a seis anos de idade o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades pré-escola.²⁵⁹

O ministro reconhece o direito à educação como um direito social que exige a prestação positiva dos Poderes Públicos (“facere”) para que todos tenham acesso pleno ao sistema educacional. Como direito de segunda dimensão que é, o direito à educação é apresentado ao lado de uma exigência de solidariedade social e da dignidade humana e como valor que contamina todo o ordenamento político.

De forma mais específica, o direito à educação infantil é colocado como de alto significado social e de irrecusável valor constitucional, e, embora o ministro não tenha demonstrado o que significam essas designações, se refere ao dever do Estado em prover esse direito, uma vez que é o ente idôneo para fornecer a garantia de atendimento em creche e pré-escola de modo a cumprir os mandamentos da Constituição (artigo 208, inciso IV).

Para o ministro, o constituinte traçou programa a ser concretizado através de políticas públicas, com o objetivo de corrigir a exclusão social presente no sistema de ensino. Ou seja, agir de forma contrária implica em incorrer em inconstitucional omissão.

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 (ADPF 45), cujo relator também foi o ministro Celso de Mello, foi relembraada no voto em estudo. O ministro ressaltou a dimensão política da jurisdição do STF e o mister da Suprema Corte em efetivar os direitos de segunda dimensão para manter a integridade e a eficácia da Constituição, condenando a inconstitucionalidade que significa a inércia do Poder Público em não realizar as prestações positivas que requer tais direitos. O ministro admite não ser competência ordinária do STF a elaboração e implementação de políticas públicas, pois considera que este é um trabalho para ser desempenhado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. No entanto, afirma que em caráter de excepcionalidade pode o Poder Judiciário fazer uso dessa competência quando a

²⁵⁹ A decisão em comento é de 22 de novembro de 2005. Nessa ocasião a Constituição de 1988 ainda não havia sido modificada pela emenda constitucional n. 53 que modificou dispositivo, qual seja, o inciso 208, inciso IV, passando a educação infantil ser prestada para crianças de zero a cinco anos.

eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos ficarem em vias de não concretização.

De modo a não esquecer os gastos com as prestações positivas que requer a concretização dos direitos sociais, o ministro relator do voto menciona o princípio da reserva do possível como obstáculo a ser enfrentado para a imediata efetivação daqueles direitos. É que considera o relator que, diante de um justo motivo objetivamente aferível, não há como exigir do Poder Público o cumprimento dos deveres constitucionalmente delineados. Por outro lado, a Administração não pode criar propositadamente embaraços que impeçam a efetivação dos direitos sociais:

a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.²⁶⁰

A discricionariedade da Administração Pública quanto à efetivação do direito à educação foi um dos temas abordados pelo ministro. O ministro aduz que a educação infantil, enquanto direito de prestação positiva que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, tem como respaldo norma constitucional cuja densidade não autoriza que o Poder Público (no caso em tela o Município de Santo André) usufrua de margem ampla de discricionariedade, pois alega que a mera conveniência e oportunidade não podem servir como argumento para não realizar políticas públicas assinaladas pela Constituição.

A disposição constitucional que determina que a educação infantil e fundamental seja prioridade do Município consiste em mandato constitucional juridicamente vinculante e que consiste em fator de limitação da discricionariedade político-administrativa.

Ou seja, para o ministro, a discricionariedade do Estado não pode prejudicar a eficácia do direito à educação, cujo caráter é de cunho social, ressaltando a supremacia da Constituição em detrimento da liberdade do administrador público quando esta garante a concretização de direitos.

²⁶⁰ Trecho destacado do voto do ministro relator Celso de Mello.

E é a fundamentalidade do direito à educação que permite que o Poder Judiciário adote medidas que torne real esse direito. O ministro reconhece a razão jurídica do Ministério Público do Estado de São Paulo, afirmando que as deficiências da administração da coisa pública, geradas pela má preparação dos gestores em lidar com os cofres públicos, pela ausência de amplitude de uma visão política em tratar de temas de extrema importância social, pelo desrespeito às normas constitucionais, não podem prejudicar o exercício do dever do Estado em promover o direito à educação, que, no caso concreto, se materializava com o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário para as crianças de zero a seis anos de idade.

3.7.3 O caso do Município de Queimados/RJ

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ) propôs ação civil pública em desfavor do Estado do Rio de Janeiro em razão da ausência ou insuficiência do número de professores na rede pública estadual de ensino no Município de Queimados. O MP/RJ pediu antecipação de tutela concedida pelo Juizado da família, da infância, da juventude e do idoso da comarca daquele município para que o Estado do Rio de Janeiro preenchesse o quadro de professores no prazo de 10 dias sob pena de pagamento de multa diária no valor de vinte mil reais.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo de instrumento, com pedido de suspensão de tutela antecipada, para prorrogar o prazo de eficácia da decisão para o início do ano letivo de 2008, cujo efeito suspensivo foi negado pelo desembargador relator do Tribunal de Justiça daquele Estado, o magistrado Carlos Eduardo Fonseca Passos. Porém, a decisão da segunda câmara cível julgou o mérito do recurso concedendo a prorrogação do prazo. O Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso extraordinário que até então estava sujeito ainda ao juízo de admissibilidade.

O relator da decisão em estudo foi o ministro Gilmar Mendes que na ocasião já atuava como presidente do STF, cujo voto será aqui analisado. A ação

civil pública trazia informações acerca do prejuízo causado pela insuficiência de professores da rede estadual de ensino no Município de Queimados apurada em inquérito civil (n. 04/05) consistindo em problemática que se alastrou por toda a cidade e não isoladamente.

3.7.4 Os argumentos do Ministro Relator Gilmar Mendes

Trata-se de apreciação do pedido de suspensão de decisão judicial, mas o ministro Gilmar Mendes faz uso da prerrogativa de poder proferir juízo mínimo de delibação acerca das questões jurídicas constantes na ação conforme precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte.

Primeiramente, o ministro revela o confronto entre o princípio da separação de poderes de um lado, versus a proteção constitucional dos direitos das crianças e dos adolescentes e o dever do Estado em prestar serviços de ensino com gratuidade e qualidade de outro. O direito à educação das crianças e dos adolescentes (artigo 227 da CR/88) ao ensino fundamental é colocado pelo ministro como direito público subjetivo, que acarreta em responsabilidade da autoridade competente, e que deve ter absoluta prioridade conforme determinação da Constituição.

O aspecto objetivo do direito à educação é apresentado como o dever do Estado em construir condições para seu usufruto. Na ótica do ministro, além de proibição de intervenção no exercício dos direitos fundamentais, há o postulado de proteção a eles: “não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)”²⁶¹. A dimensão objetiva cria, também, o dever de criar órgãos públicos e procedimentos específicos para a plena efetivação do direito à educação por parte do Estado.

Quanto à separação dos poderes, aduz o ministro que não houve lesão à ordem pública, pois para ele há um modo constitucionalmente adequado de

²⁶¹ Trecho retirado do voto do ministro relator Gilmar Mendes.

entender o citado princípio: através da combinação entre a teoria da constituição e a experiência constitucional, atividade que requer temperamentos e reparos conforme a realidade brasileira. Segundo Gilmar Mendes:

a alegação de violação à separação dos poderes não justifica a inércia do Poder executivo estadual do Rio de Janeiro em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à educação e dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional.

Quanto à alegação de grave lesão à economia pública, o ministro considera igualmente inadmissível, pois considera que a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente designaram prioridade para a elaboração e execução de políticas públicas voltadas para o ensino fundamental.

Dois documentos internacionais são mencionados para exaltar a importância do direito à educação: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que obriga os Estados signatários a garantir o pleno exercício desse direito, e a Declaração Mundial sobre Educação para todos, em que o Brasil firmou compromisso em criar Plano Nacional de Educação. O ministro afirma que seu voto se encontra em consonância com os demais precedentes da Corte citando-os.

O respeito ao princípio da legalidade foi lembrado no voto na afirmação de que o Poder Executivo não pode fazer uso da discricionariedade em criar ou não as políticas públicas que já foram determinadas pela própria Constituição. As dotações orçamentárias, por sua vez, devem ser destinadas para a educação antes que sejam alocadas para outras áreas. Sendo assim, a reserva do possível deve ser usada com cautela, afirma o ministro, pois não pode ser utilizada levemente como forma de justificar uma omissão estatal.

Por fim, o ministro rejeita a existência de usurpação das funções do Poder Judiciário perante as do Poder Executivo, pois avalia que o que há no caso em estudo é tão somente decisão judicial estabelece que se cumpra dever constitucional. O único ponto que discorda da decisão impugnada é quanto à fixação da multa diária no valor de vinte mil reais, medida considerada como ônus excessivo a ser suportado pelo Poder Público, e, conseqüentemente, pela sociedade prejudicando dotações orçamentárias mais importantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel a ser desempenhado pelo Estado na concretização do direito à educação é fundamental para que se alcancem os objetivos traçados pela Constituição no artigo 3º, e incisos I, II, III e IV. Este é o primeiro apontamento a ser considerado ao final deste trabalho, pois pretendemos descrever todo o tratamento dado à educação no texto constitucional, seja apontando as garantias, os princípios, a designação dos recursos, entre outros.

Conhecer tais normas consiste, então, no primeiro passo em busca da efetivação do direito à educação. O segundo passo é a busca por um parâmetro hermenêutico que melhor se ajuste à lógica constitucional em instituir objetivos e de declarar a República Federativa do Brasil, um Estado Democrático e Social de Direito. Além disso, promover o encontro da ciência jurídica com saberes pedagógicos auxilia compreender melhor o que é a educação e a importância de efetivá-la, alimentando a interpretação do jurista de argumentos mais consistentes, já que é evidente o cruzamento entre as disciplinas humanas.

O pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação do trabalho por meio da educação, conferem ao indivíduo a condição de sujeitos democráticos, atuantes na participação política do país, fiscalizadores e controladores das atividades empreendidas pelo Estado. Fazem com que se vejam na representação política que aderem nos pleitos eleitorais, isto é, que identifiquem no representante uma vontade que é sua, estando hábil a corrigir distorções quando existirem.

O direito à educação, enquanto componente do grupo de direitos sociais, é alvo de argumentações que pretendem restringir a sua efetividade, esquecidos quando se tratam dos direitos civis e políticos. O início da ascensão dos direitos sociais e o processo de judicialização da política pública no Brasil encontram-se vinculados aos interesses da classe dominante, mas o que se pretendeu neste trabalho foi a defesa do direito à educação de forma imparcial, considerando-o tão somente direito fundamental que clama por exequibilidade.

O princípio da universalidade do acesso ao ensino, embora não esteja expressamente previsto na Constituição de 1988, apenas aparecendo na designação “todos” no caput do artigo 205, encontra-se presente em diversos artigos. O referido princípio deve ser utilizado para compreender o elenco de garantias a serem fornecidas pelo Estado na implementação do direito à educação. Somente desse modo é possível entender o objetivo do legislador constituinte de pretender que o direito à educação esteja ao alcance de todos, sem quaisquer distinções.

Para a solidificação do Estado Social e Democrático de Direito, o exercício do direito à educação se mostra um pressuposto imprescindível e que faz parte do usufruto de outros direitos. Com a educação, exercita-se a liberdade de expressão, de pensamento, de ir e vir, toma-se ciência do direito de ação, enfim, são incontáveis os benefícios.

As políticas públicas funcionam como instrumento e, ao mesmo tempo, se refletem em forma de atividade do governo. Elaboradas pelos Poderes do Estado, Legislativo e Executivo, são padrões normativos que se corporificam em leis, possuem objetivos delineados e tempo de existência delimitado. Uma vez consideradas instrumentos por meio do qual o Estado implementa direitos fundamentais e que se fundamentam em normas constitucionais, refletem a soberania popular, autorizando a comunidade política a exercer controle e fiscalização delas.

O Poder Judiciário deve, então, exercer controle de constitucionalidade das políticas públicas de promoção do direito à educação implementadas pelo Poder Executivo e normatizadas pelo Poder Legislativo por meio do exercício de suas atribuições. Pois, ao Estado não cabe outro tipo de medida que não seja pensar, prioritariamente, na efetividade dos direitos fundamentais. A atuação do Poder Judiciário não será arbitrária e tampouco usurpará as fronteiras impostas pelo princípio de separação dos poderes. Será pautada nos princípios e dispositivos constitucionais, consistindo em verdadeiro exercício de suas atribuições designadas pela carta magna.

Então, a análise do direito à educação e a defesa por sua judicialização, pressupõe uma compreensão correta dos direitos fundamentais, normas que justifica a organização e a estrutura de todo o ordenamento jurídico,

bem como justifica a própria existência do Estado, postulados que fundamentam as conclusões construídas no presente estudo.

A proteção dos direitos humanos se relaciona com o modelo de Estado e com a postura política dos juízes no momento de proferir uma decisão, pois as decisões judiciais refletem os conflitos de toda ordem existentes na sociedade, sejam políticos, econômicos ou sociais. O Estado Liberal prioriza os direitos de primeira dimensão (propriedade privada, liberdades públicas e outros) e funciona sem a preocupação imediata em superar o desequilíbrio sócio-econômico, enquanto que o Estado Social dá preferência aos direitos de segunda dimensão (saúde, educação, moradia e outros) e se compromete com atuação corretiva, conforme os postulados da justiça distributiva que o Estado Social e Democrático de Direito se propõe a seguir.²⁶²

No Estado Liberal, é suficiente apenas fazer controle de legalidade dos atos estatais, uma vez que a lei é o parâmetro do Estado de Direito, e toda invasão de liberdade tem alicerce nela. No entanto, o contrário ocorre num Estado Social e Democrático de Direito, em que prestações positivas de natureza transformadora devem ser efetivadas como forma de atender, por meio de políticas públicas, às necessidades de grupos sociais vulneráveis.²⁶³ É que os direitos civis e políticos, base do Estado Liberal Clássico, encontram-se num patamar tal que qualquer cerceamento ilegítimo na liberdade autoriza que o poder de exigir o cumprimento desses direitos entre em ação no mundo jurídico, e ao Estado seja ordenada uma prestação negativa: que deixe de intervir, e é exatamente a mesma postura que se pretende que aconteça no Estado Social e Democrático de Direito, superando-se obsoletas concepções a respeito da efetividade dos direitos sociais.²⁶⁴

Sendo a República Federativa do Brasil um Estado Social e Democrático de Direito, carrega consigo a pretensão em modificar a estrutura sócio-econômica do país, e isto só se torna viável por meio de políticas públicas que sejam criadas para suportar as carências sociais, conforme já afirmado.

²⁶² POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação**: controle social e exigibilidade judicial. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC editora, 2005. p. 220.

²⁶³ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 207.

²⁶⁴ *Ibidem*. p. 214.

O Estado deve igualmente ser forçado a implementar medidas positivas de proteção aos direitos sociais em casos de omissão ou prestação insuficiente, além do cumprimento das leis.²⁶⁵ A concepção de justiça distributiva foi atrelada pela Constituição de 1988 como sustento para suportar as atividades estatais, caso contrário não seria objetivo constitucionalmente delineado a erradicação da pobreza, da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais.²⁶⁶

A interpretação que se mostra mais adequada para a efetividade do direito à educação, é a que conclui pela possibilidade de consertar os erros da Administração Pública quando esta deixar de tomar medidas (ou sendo estas insuficientes) que visem à repartição dos bens da coletividade.

O argumento de que questões políticas devem ser afastadas do controle judicial vem sendo superada pela doutrina, embora setores mais tradicionais continuem rígidos nesse aspecto. É irrefutável a constitucionalidade que as políticas públicas assumem uma vez que são elaboradas para cumprir objetivos configurados na Constituição e o exercício de direitos fundamentais.

Ademais, conforme arguido oportunamente neste trabalho, a normatividade das políticas públicas faz parte do seu conteúdo, uma vez que são elaboradas pelos representantes eleitos. Significa dizer que são feitas pela própria comunidade via indireta, o que autoriza o controle e fiscalização por parte desta. Não só isso. As políticas públicas são reflexos da soberania popular.

O debate acerca da possibilidade de o Poder Judiciário ter competência de apreciar questões ditas políticas surgiu em função de uma clássica distinção feita pela tradição liberal: a de que questões políticas não são jurídicas. Atribui-se à justiça comutativa as questões de direito e à justiça distributiva as questões políticas.²⁶⁷

Ainda que as políticas públicas sejam consideradas como conjunto de atos e normas que expressam as opções políticas do governo, essas escolhas

²⁶⁵ *Ibidem*.p. 221.

²⁶⁶ Vide artigo 3º, inciso III, da CR/88.

²⁶⁷ Sobre o assunto, ressalte-se o posicionamento de José Reinaldo de Lima Lopes que vislumbra que a demarcação entre o jurídico e o político fica comprometida quando o assunto é direito constitucional. Para o autor, litígios que envolvem a referida matéria fazem fundir o político e o jurídico. (LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 124).

devem estar perfeitamente ajustadas com as normas constitucionais, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade. As políticas públicas funcionam apenas como materialização dos comandos constitucionais.

É por isso que o fato de a lei se transformar num recurso para executar os planos de governo no Estado Social e Democrático de Direito, não consiste em óbice para o controle das políticas públicas nem torna nebulosa essa atividade fiscalizatória.²⁶⁸ Ao contrário, legitima a participação da comunidade política e justifica a possibilidade de acompanhamento das atividades estatais.

O juízo de constitucionalidade deve ser assumido pelo elaborador das políticas no ato de criação delas, incidindo sobre as leis e atos normativos que as executam (artigo 102, I, "a", CR/88), bem como por meio da análise dos efeitos dos instrumentos selecionados para a sua implementação.²⁶⁹

A ausência ou escassez de arcabouço institucional que ofereça condições para que a sociedade civil providencie atividade fiscalizatória própria sobre as políticas públicas do mesmo modo não serve como desestímulo ao controle judicial. A responsabilidade da sociedade não anula a incumbência do Poder Judiciário em fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos, pelo contrário, essa totalidade de circunstâncias sociais acaba incentivando o controle, mostrando-nos o caráter de urgência com que ele se reveste, pois revela como a deficiência da educação prejudica o desenvolvimento da democracia e o exercício da cidadania, e, conseqüentemente, o pleno gozo dos direitos fundamentais.

A possível sobrecarga do Poder Judiciário se dá em virtude da crise da democracia, anunciada pertinentemente por Eduardo Appio²⁷⁰, e está completamente relacionada com a deficiência do exercício da cidadania que é promovido pela educação, reitere-se. E esse sobrepeso não desautoriza a atuação judicial e nem deve servir para desvirtuar as atenções, simplesmente expressa o caos social.

²⁶⁸ Marília Lourido do Santos aduz que as políticas públicas se encaixam num setor intermediário entre a lei e o ato normativo, e que a necessidade de aprovar leis provenientes do Executivo para implementação de políticas pública origina grande demanda por legislação, circunstância que a autora considera como considerável dificuldade para o exercício do controle social e judicial das políticas públicas. (SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 89)

²⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: revista dos tribunais, vol. 737, março de 1997. p. 20.

²⁷⁰ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 138.

À medida que os outros setores da sociedade forem se mobilizando para efetivamente cobrar dos governos o cumprimento da Constituição e das legislações por vias administrativas, o Poder Judiciário esvaziar-se-á. Ocorre que isto só será possível quando os indivíduos tiverem acesso à educação, e se por enquanto o caminho mais viável para ter possibilidade de usufruto da educação diante de uma medida inconstitucional do governo em manter pessoas fora da escola tem sido recorrer aos Tribunais, então que eles cumpram seu papel magnamente designado em não permitir que ocorram ameaças nem lesões à direitos fundamentais.

As prestações positivas que concretizam o direito à educação se expressam por meio de políticas públicas, que por sua vez abrangem a concretização de todos os direitos fundamentais, considerando-se o liame e a dependência recíproca que há entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais já analisados. Assim, a normatividade dos direitos fundamentais encontra estreita relação com as políticas públicas cujo fundamento é igualmente oriundo da Constituição de 1988, o que faz deduzir que o controle a ser exercido é de cunho constitucional.²⁷¹

O controle judicial das políticas públicas educacionais devem considerar que um dos objetivos determinados pela Constituição é a redução das desigualdades sociais, óbvio mencionar que os grupos mais vulneráveis da sociedade devem ter especial atenção na elaboração de políticas públicas.

A própria carta constitucional quando se refere em seu artigo 205 ao direito à educação como direito de todos deixa evidente sua universalidade. Também deixa claro que a efetivação desse direito será progressiva, no sentido de propiciar aumento do acesso ao ensino para que seja exercido de forma equânime. O que não significa que o Poder Público possa deixar de realizar políticas públicas.

Nesse sentido, o Comentário Geral n. 3, de 1990, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU²⁷², sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, sugere que a progressividade

²⁷¹ SANTOS, *op. cit.* p. 87.

²⁷² Vide General Comment n.3, UN doc. E/1991/23, Comentário Geral n.3, de 1990, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU que encontra-se disponível no site: <http://www.dhnet.org.br>, traduzido por Adriana carneiro Monteiro. Acessado em: 25.04.2008.

apenas guarda relação com as dificuldades estruturais que cada Estado encontra para a implementação desse direito. Trata-se de uma interpretação oficial que tem como objetivo fazer permanecer a ideia de que a realização do direito à educação não deve perder seu conteúdo obrigatório.

Tudo isso porque consiste em ingenuidade desconsiderar que os objetivos da Constituição e seu programa político de implementação de direitos é projeto a ser executado paulatinamente, cujos resultados são a longo prazo. Para isso, necessário se torna estabelecer prioridades para o atendimento do direito à educação, bem como respeitar as vinculações constitucionais a respeito do dinheiro público destinado à educação.

Neste ponto do trabalho é que a questão da exigibilidade judicial da educação será de fato enfrentada, por meio de análise construída através da interpretação das decisões do Supremo Tribunal Federal e com base no referencial teórico construído. Embora não exista a pretensão em esgotar o exame das celeumas propostas nesta dissertação, com as reflexões a seguir expostas, algumas conclusões serão apontadas. Todavia, alguns tópicos problematizados não serão encerrados, uma vez que necessitam de maior investigação e aprofundamento, conforme será constatado.

Em se tratando da exigibilidade judicial do direito à educação, verificou-se que há uma incidência muito menor dessas demandas no Supremo Tribunal Federal em comparação com o direito à saúde.

O primeiro ponto a ser destacado, então, é que a discussão sobre a efetividade do direito à educação tem sido uma temática ainda timidamente abordada pela instância suprema. Esta circunstância, de certa forma, comprometeu a análise pretendida nesse trabalho, uma vez que a citada escassez de decisões torna a abordagem do tema proposto um pouco mais distante da realidade prática do STF, dificultando a associação entre teoria e prática.

Apesar de tais considerações, a respeito da carência de decisões que encarem de frente a exigibilidade judicial, é importante ressaltar que tanto o caso Santo André/SP como caso Queimados/RJ, são apresentados como acontecimentos emblemáticos que indicam o atual posicionamento do STF e a

forma como ele tende a ponderar questões sobre o direito fundamental à educação.

A escassez de decisões judiciais no tema da educação também foi identificada por José Reinaldo de Lima Lopes em algumas pesquisas jurisprudenciais realizadas por ele no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça de São Paulo.²⁷³

A pesquisa junto ao *site* do Supremo Tribunal Federal permitiu que fosse atingida a mesma conclusão, bem como foi identificado que o tema da educação ainda se encontra apartado dos estudos doutrinários em relação aos outros direitos fundamentais.²⁷⁴ O direito à saúde é o direito social que mais vem adquirindo espaço de discussão acadêmica seguido de forma ainda acanhada pelo direito à educação.

Para o posicionamento da questão, importante identificar que os dois casos iniciaram por meio de ações civis públicas interpostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (no caso Santo André) e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (no caso do Município de Queimados), que figuram, portanto, na lide como autores das citadas ações. Os réus são o Estado de São Paulo e o Estado do Rio de Janeiro. São ações cujo objeto era a proteção de interesses coletivos relacionados ao acesso à educação infantil e fundamental, respectivamente.

Observa-se que, embora a relação processual tenha se construído de forma bilateral, autor de um lado, réu de outro, as questões trazidas nas ações civis públicas guardam relação de certo modo com a organização social. Pois, envolve uma coletividade de interesses: de crianças e adolescentes em terem

²⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 124.

²⁷⁴ Do mesmo modo constatou Gina Vidal Marcílio Pompeu a pequena quantidade de processos que envolvia pedidos de acesso à educação em pesquisa desenvolvida no Estado do Ceará, que no total de cento e oitenta e quatro municípios apenas em dois deles foram identificadas demandas de judicialização do direito à educação. As informações auferidas pelos diretores de secretaria dos fóruns é que as denúncias, reivindicações e problemas indicados pela população não chegam à via judicial em razão da atuação do Ministério Público que fornecem orientações, realizam conciliações e fazem termos de ajustamento de conduta. As conclusões atingidas foram de que a educação ainda não consiste em temática que faça parte do dia a dia do Poder Judiciário, e que este possui dificuldade em se posicionar diante das demandas por acesso à educação. Por esta razão, aquela autora teceu críticas à atuação tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, afirmando que eles ocupam-se muito mais com as querelas individuais. (POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação**: controle social e exigibilidade judicial. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC editora, 2005. p. 220 e 223).

acesso à educação e de pais e responsáveis que querem ver seus filhos na escola. São litígios a serem observados de forma plurilateral²⁷⁵, pois seus resultados atingem toda sociedade, ainda mais porque envolvem o uso de recursos públicos no gasto com o direito à educação.

As demandas de cunho plurilateral são aquelas em que giram em torno de um objeto indivisível ou que se encontra indivisível, ou seja, as relações dos sujeitos que tem interesse no referido objeto interferem “em cada um diante de todos e todos diante de cada um”.²⁷⁶ Significa dizer que uma decisão judicial que venha a ser proferida diante de litígio de caráter plurilateral irá atingir pessoas que não estiveram atuando como sujeito processual. Questões que envolvem discussões sobre bens indivisíveis, plurilaterais podem ser levadas ao Judiciário, mas esse novo enfoque multifacetado há que fazer parte das deliberações.²⁷⁷

A educação pode ser considerada um bem indivisível que, nos termos do Código Civil, significa ser um bem que não pode ser fracionado em partes iguais sem que as qualidades essenciais sejam afetadas, desvalorizadas ou que haja algum prejuízo.²⁷⁸ Embora exista o exercício individual do direito à educação, a sua prestação por parte do Estado é realizada coletivamente por meio de oferta de vagas em escolas, por exemplo, e, de um modo geral, através de políticas públicas. São sempre prestações voltadas para atingir o todo e não a soma de indivíduos particularmente. Afinal, uma sala de aula não é criada em função da matrícula de um aluno e sim de vários, assim como uma escola não existe somente por causa de um estudante. E a fundação de instituições de ensino é feita em virtude de uma vontade geral de se ter acesso à educação e, conseqüentemente, promover a formação de pessoas humanas em diversos aspectos.

Levando em conta tais argumentações, examina-se que tanto o caso de Santo André/SP, quanto o caso de Queimados/RJ, dizem respeito a demandas que trazem como pano de fundo questões de justiça distributiva, pois envolvem o acesso a um bem comum, que nos casos concretos referidos são, de um modo geral, o acesso à educação.

²⁷⁵ LOPES, *op. cit.* p.128.

²⁷⁶ *Ibidem* p. 171.

²⁷⁷ *Ibidem* p. 172.

²⁷⁸ Artigo 87 do Código Civil dispõe que “bens divisíveis são os que podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.”

No primeiro caso, onde se requereu aumento de número de vagas em creche obrigando o Município de Santo André/SP a matricular crianças que estivessem fora do sistema de ensino. No segundo caso, onde foi requerido o preenchimento do quadro de professores na rede pública de ensino estadual naquele Município, para que as crianças e adolescentes não ficassem mais sem aulas.

A noção de bem comum não se confunde com o conjunto de vontades de vários indivíduos e sim atinge um interesse que é comum a todos os membros da coletividade, objetivando a distribuição igual de coisas comuns, de coisas produzidas em comum, de autoridade e poder e de incentivos a talentos individuais socialmente relevantes.²⁷⁹ O referido autor chega a um ponto interessante ao afirmar que problemas de justiça distributiva têm atingido o Judiciário, pois tal assertiva se comprova na análise dos casos em destaque, que se reportam sobre o acesso dos pobres ao fundo econômico comum.

Ambos os casos se referiam ao acesso ao ensino público, o que faz presumir pela hipossuficiência financeira do corpo de alunos que necessitam dos serviços públicos de educação. E isso se confirma com o fato de que o Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais, foi a juízo defender interesses coletivos de crianças e adolescentes em exercer o direito à educação por meio da escola pública.

A justiça distributiva objetiva a repartição igual ou proporcional de coisas comuns (aquelas não criadas por ninguém como céu e a terra, por exemplo); coisas produzidas em comum, mas que não pertencem particularmente a nenhum indivíduo (como a língua e a cultura, por exemplo); autoridade e poder (salvaguardados os direitos e deveres decorrentes) e incentivos a talentos individuais socialmente relevantes e queridos. A distribuição desse amontoado de coisas comuns é que conduz ao acesso ao bem comum pretendido pela justiça distributiva colocando os indivíduos em condições para promover a realização pessoal.²⁸⁰

A educação como bem coletivo e indivisível se encaixa nas coisas que deve chegar a todos indistintamente e de forma igual. As demandas apreciadas

²⁷⁹ *Ibidem.* p. 126.

²⁸⁰ *Ibidem.* p. 128.

constituem-se em tema que envolve a distribuição de oportunidades de aprender a língua, a cultura, a história, os diversos ramos da ciência, entre outros. E, como o centro das discussões é sobre o ensino público, o caso Santo André/SP e o caso Queimados/RJ se referem à participação dos pobres no fundo social comum.

Em ambas as decisões, o STF se pronunciou de modo favorável à efetividade do direito à educação, pronunciando-se em favor da concessão dos pedidos feitos pelo Ministério Público. É por causa das razões aventadas que a Suprema Corte decidiu os casos de forma correta, são ações coletivas que visam à repartição do bem comum que é o acesso à educação.

Uma vez consideradas acertadas as decisões do STF no caso Santo André/SP e no caso Queimados/RJ, pois foi considerado que as ações civis públicas cumpriram com o intento da justiça distributiva, cumpre lembrar que a Constituição de 1988 declarou que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (fundamental) é um direito público subjetivo (artigo 208, §1º). E que em caso de falta de oferta ou sendo esta irregular, à autoridade competente é imputada responsabilidade (artigo 208, §2º).²⁸¹ A LDB reafirma que o acesso ao ensino fundamental se trata de direito público e subjetivo, arrolando, ainda, aqueles que têm legitimidade para exigir judicialmente a efetividade desta norma perante o Poder Público.

Será que o fato de a Constituição ter designado expressamente que o acesso ao direito fundamental é direito público subjetivo retira essa subjetividade dos outros direitos previstos em normas constitucionais referentes à educação?²⁸²

Em outras palavras, a satisfação coletiva e a individual do direito à educação são compatíveis? A questão se apresenta oportunamente, uma vez que a titularidade do direito à educação é coletiva e seu objeto são as políticas públicas.²⁸³

²⁸¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente repete a redação constitucional no artigo 54, parágrafos 1º e 2º.

²⁸² Clarice Seixas Duarte elabora tal questionamento para nortear sua investigação sobre o direito público subjetivo ao ensino fundamental. (DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 207)

²⁸³ DUARTE, *op. cit.* p. 206 e 208.

A análise da exigibilidade do direito à educação passa pela reflexão sobre as questões acima aludidas, principalmente no que se refere à relação entre o direito subjetivo público ao ensino fundamental e as outras normas inseridas no capítulo constitucional sobre a educação. Pois, parte da doutrina já se manifestou afirmando que o ensino fundamental corresponde ao mínimo de garantia fornecida pela Constituição quanto ao direito à educação, deixando bastante óbvia a sua exigibilidade perante os órgãos do Poder Judiciário, já que a falta ou oferta irregular deste ensino acarreta a responsabilidade da autoridade competente.

É o caso de Maliska, quando afirma que “a garantia do ensino fundamental obrigatório é o mínimo em termos de educação”.²⁸⁴ A esse respeito, aduz Emerson Garcia que “o direito à educação fundamental foi considerado uma parcela indissociável de uma existência digna de tantos quantos vivam em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de mínimo existencial”.²⁸⁵

No entanto, como dizer que o ensino fundamental consiste em mínimo em se tratando da prestação do direito à educação se a educação infantil o precede obrigatoriamente? Trata-se, de fato, do mínimo existencial do direito à educação?

No desenvolvimento do estudo do mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres se apropria da teoria do status, para compreender o conteúdo dele. O referido autor atribui ao *status negativus libertatis* uma condição de exercício da liberdade de ação ou omissão que não pode sofrer cerceamento pelo Estado, a autodeterminação do indivíduo, gerando imunidade ao indivíduo e impedimento ao Estado de exercer seu poder tributário. É o que ocorre nas imunidades do imposto de renda para pessoas de baixa renda, bem como na gratuidade de ações como habeas corpus, ação popular e habeas data.²⁸⁶ O *status positivus libertatis*, por sua vez, confere ao Estado a prestação de serviços públicos

²⁸⁴ MALISKA, Marcus Augusto. **Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: fabris, 2001. p. 222.

²⁸⁵ GARCIA, Emerson. O Direito à educação e suas perspectivas de efetividade In: **A efetividade dos direitos sociais**. Coordenador: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 169.

²⁸⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 139-157 passim.

específicos e divisíveis direcionados à manutenção da liberdade da pessoa através da atividade da polícia, das forças armadas e da diplomacia. E por fim, o *status positivus socialis* consiste nas prestações estatais referentes à guarda dos direitos econômicos e sociais, sujeitos aos limites da escassez de recursos, da conjuntura econômica, e de legislação concessiva, a serem implementados através de políticas públicas.²⁸⁷

Na ótica de Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais não possuem efetividade obrigatória, pois carecem da fundamentalidade peculiar dos direitos fundamentais, não fazem parte do rol de deveres do Estado e se encontram no âmbito da implementação da justiça social. Então, a teoria do status, concebida na forma descrita, desconsidera que os direitos sociais constituem direito público subjetivo da pessoa.²⁸⁸

Desse modo, o mínimo existencial se insere no espaço em que o Estado está obrigado a agir funcionando como forma de propiciar as condições de liberdade e a personalidade do cidadão, de modo algum se referindo a qualquer concepção de justiça.²⁸⁹ Sobre o assunto Ricardo Lobo Torres aduz que:

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originalmente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social.²⁹⁰

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial se confunde com o conceito de direitos fundamentais sociais e se diferencia da concepção de direitos sociais. Essa demarcação é essencial para estabelecer o espaço em que incide a obrigatoriedade em prever e implementar prestações públicas.²⁹¹ Destaca aquele autor que se por um lado o mínimo existencial não necessita de lei ordinária e não se sujeita às limitações da reserva do possível, uma vez que se encontra no

²⁸⁷ *Ibidem.* p. 139.

²⁸⁸ *Ibidem.* p.133.

²⁸⁹ *Ibidem.* p.153.

²⁹⁰ *Ibidem.* p.128.

²⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: **Direitos Fundamentais** - orçamento e "reserva do possível". Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 80.

âmbito da obrigatoriedade do Estado de agir, de outro lado os direitos econômicos e sociais carecem completamente de concessão do legislador.²⁹² Sendo assim, as prestações referentes ao mínimo existencial estariam autorizadas para serem concedidas pelo Poder Judiciário, uma vez que não dependem da discricionariedade do Administrador Público. Um dos problemas apontado pelo autor é quando há aproximação dos direitos sociais com o mínimo existencial. Como exemplo cita as prestações de saúde após as emendas constitucionais como a de número 29/2000, que assegurou recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Então, aduz o autor que, diante de uma demanda que pleiteie a aplicação deste tipo de norma, a implementação da política pública pelo Judiciário se torna obrigatória.²⁹³

Com relação às prestações positivas de proteção ao mínimo existencial, diz o referido autor:

o judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura de serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc).²⁹⁴

Analisando o direito público subjetivo ao ensino fundamental, se este seria o mínimo existencial da educação, Clarice Seixas Duarte parte da presunção de que os direitos sociais têm caráter subjetivo, embora sejam de natureza social, e a sua exigibilidade é específica em razão da natureza diferenciada desses direitos. A peculiaridade a que se refere é justamente quanto ao objeto dos direitos sociais que são as políticas públicas cujos titulares são grupos sociais em situação de vulnerabilidade econômica ou política.²⁹⁵

Outro pressuposto de que a citada autora parte é de que embora os direitos sociais possuam sua dimensão subjetiva, a satisfação somente dessa esfera não é suficiente para atingir a complexidade desses direitos, pois direitos como a educação e a saúde precisam de esquemas políticos que se encaixem numa realidade de atendimento coletivo, o que não exclui o atendimento

²⁹² *Ibidem*. p. 83.

²⁹³ *Ibidem*. p. 82.

²⁹⁴ *Ibidem*. p. 81.

²⁹⁵ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 205.

individual na exigibilidade de tais direitos. Considera, também, que o Estado Social de Direito traz consigo mecanismos de controle das prestações positivas, isto é, de políticas públicas a serem monitoradas pela sociedade, pois não são somente os indivíduos que demandam cumprimento de direitos, mas também grupos de indivíduos. E o direito público subjetivo consiste em instrumento jurídico de controle da atuação estatal.²⁹⁶

Clarice Seixas Duarte argumenta que se num Estado Liberal ocorre a violação da lei pelo Estado, ele incorre em ilegalidade, que tem como efeito a quebra de sua legitimidade e da sua condição de hierárquico superior perante o cidadão, autorizando-o a demandar judicialmente em condições de confronto de pessoa para pessoa num mesmo nível de posições. Tudo isso ocorre porque o desrespeito à lei prejudica o bem comum além do interesse individual. A lesão de direito é, então, o elemento que caracteriza o surgimento do direito subjetivo na esfera pública e que deve ser utilizado para o controle da atividade estatal.²⁹⁷ Prevenindo-se de eventuais refutações, Clarice esclarece que não está defendendo o uso de uma arma do direito privado nem do Estado Liberal no ramo público, e sim fazendo uso de um instrumento surgido no advento deste, mas que tem que crescer para acompanhar o andamento do Direito na sociedade que agora se encontra sob os ditames do Estado Social e Democrático de Direito.²⁹⁸

Com o exposto, duas celeumas devem ser resolvidas: a) o acesso ao ensino obrigatório e gratuito consiste em prestação do mínimo existencial? b) a satisfação coletiva e a satisfação individual do direito à educação são institutos compatíveis?

No que concerne à alínea “a”, tem-se que, apoderando-se da concepção de mínimo existencial na forma que construiu Ricardo Lobo Torres, é possível concluir este mínimo não se restringe ao acesso ao ensino fundamental. O referido autor não chega a delimitar precisamente as diferenças entre os direitos fundamentais sociais (mínimo existencial) dos direitos sociais, afirmando que “remanescem alguns problemas intrincados à espera do aprofundamento do debate, designadamente no que concerne à clareza na distinção do mínimo existencial (direitos fundamentais sociais) e direitos sociais, da qual dependem a

²⁹⁶ DUARTE, loc. cit.

²⁹⁷ *Ibidem.* p. 210.

²⁹⁸ *Ibidem.* p. 210.

extensão do controle jurisdicional e a integridade do orçamento democrático”²⁹⁹ Atribui parâmetros vagos para a identificação do mínimo existencial quando os direitos fundamentais se encaixam nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura de serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos.³⁰⁰

A tentativa de Ricardo Lobo Torres de querer poupar os cofres públicos de gastos anti democráticos, afastando a fundamentalidade dos direitos sociais é louvável, no entanto deixa ampla zona obscura quando deixa de delinear o mínimo existencial. Essa ideia pode passar a falsa noção de que o direito à educação, direito social declarado no artigo 6º da CR/88, não é um direito fundamental.

Verifica-se, então, que o conteúdo do direito à educação, através da fundamentalidade que lhe é conferida pela CR/88, significa muito mais que ter acesso ao ensino fundamental. Envolve o ingresso nos níveis mais básicos de ensino até o ensino superior, se a educação for pensada de forma atrelada à promoção do pleno desenvolvimento da pessoa, o devido preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.³⁰¹ Ressalvem-se somente as próprias limitações constitucionais, como, por exemplo, a respeito da progressividade da universalização do ensino médio, e a instituição do mérito de cada indivíduo como elemento que permite o acesso ao ensino superior. O que se pretende dizer é que, o fato de o constituinte ter estipulado as referidas restrições, não desobriga o Estado da obrigação de criar e manter escolas de ensino médio e instituições de ensino superior.

Todas as normas constitucionais que se referem à educação são exigíveis e não apenas o acesso ao ensino fundamental, pois conceber o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como o mínimo em se tratando da oferta do direito à educação, significa dizer que diante da ausência ou oferta irregular de ensino básico, por exemplo, seria impossível. Não é o caso, porém. Pois, o fato de a

²⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: **Direitos Fundamentais** - orçamento e “reserva do possível”. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 86.

³⁰⁰ *Ibidem*. p.82.

³⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Souza neto, Cláudio Pereira de. Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 777.

Constituição ter designado expressamente que o acesso ao direito fundamental é direito público subjetivo, não retira a subjetividade de outras regras referentes ao direito à educação presentes na CR/88, conforme bem defende Clarice Seixas Duarte. Para a citada autora, inclusive, o fato de o constituinte ter definido o dever constitucional mínimo, que não se confunde com o mínimo existencial, revela o interesse dele em destruir a falsa concepção de que os direitos sociais não geram direitos subjetivos aos indivíduos.³⁰²

O direito à educação, assim como qualquer outro direito social, possui como função precípua assegurar o exercício da liberdade fática, pois esta só poderá ser usufruída por quem possuir capacidade para tanto. Significa dizer que a promoção dos direitos fundamentais sociais proporciona o exercício das liberdades fáticas, em sociedades desiguais como a nossa³⁰³.

Cumprir trazer para o debate considerações sobre a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais que informa ao Estado deveres de atuação. Como bem demonstrou Grimm, em análise descrita anteriormente neste trabalho, o conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais esteve presente em seu nascedouro, não fazendo parte de uma criação nova da doutrina jurídica moderna. Ela ressurgiu num momento que é interessante para classe média, é verdade, mas sempre esteve presente na substância dos direitos fundamentais.

A elaboração da Constituição de 1988 girou em torno da idealização de um Estado Social e Democrático de Direito, tanto que enumerou objetivos a serem alcançados e nortear toda a atividade de planejamento do Administrador Público, empossado no cargo de representante da sociedade e possuidor do poder de alocar os recursos públicos.

O direito à educação encontra-se no capítulo II da CR/88 reservada aos direitos sociais, pertencente, também, ao Título II, que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Nunca é demais dizer que consiste em dever do Estado criar condições de exercício de todos direitos fundamentais. Sendo assim, a carta constitucional elaborou um sistema de proteção aos direitos fundamentais com a criação dos chamados remédios constitucionais, aptos a sanar ameaças ou lesões daqueles. Ocorre que quando se trata do direito à vida, do direito de

³⁰² DUARTE, *op. cit.* p. 225.

³⁰³ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: editora Notadez, julho/agosto-2005, p. 218.

locomoção, de liberdade de expressão, enfim os constantes no artigo 5º da CR/88, nunca se questionou a viabilidade em usar os referidos remédios para promover o exercício ou acesso aos direitos ameaçados ou lesados. No entanto, quando se trata dos direitos sociais, a controvérsia se consolida e várias questões são levantadas como obstáculos efetivos à sua concretização.

Que são direitos fundamentais os direitos sociais da mesma forma que os direitos civis e políticos, não há dúvida alguma. Mas por que são levantados tantos óbices em relação aos direitos sociais, esquecidos no momento de aplicação dos direitos de primeira dimensão?

O ponto atingido através da análise feita sobre o fato de que os interesses dominantes é que determinam a ascensão dos direitos leva a crer que as dificuldades impostas à concretização dos direitos sociais é incabível e levantada por razões de cunho político, afastando-se a questão jurídica do problema.

Sabemos que o direito à educação é direito de natureza social cuja implementação se dá por meio de implementação de políticas públicas que atendam às necessidades sociais. Se o Estado estivesse de fato cumprindo com a obrigação de criar condições de real exercício, demandas de judicialização deste direito não teriam razão para existir. Não pelo menos na forma que aparecem, em que se postula a criação de creches, por exemplo, que é a primeira porta de acesso à educação encarada pela pessoa humana.

Em relação à alínea “b”, tem-se que, o fato de a educação ser um direito cujo exercício é promovido através de políticas públicas, ou seja, é um direito que ultrapassa a dimensão individual, não denota que o reconhecimento individual não seja possível.

No que se refere ao direito público subjetivo expressamente consagrado pela Constituição de 1988 como tal, não resta dúvidas de que ao particular foi reservada a possibilidade de ingressar individualmente para requerer a satisfação do referido direito. Diga-se mais: com essa previsão quis o legislador que o Administrador Público se preparasse para a implementação do direito ao acesso ao ensino obrigatório, por meio de planejamento adequado e eficiente. Pois, por razões óbvias, pretende-se que os conflitos não cheguem a existir muito menos cheguem ao Judiciário.

Na pesquisa feita por José Reinaldo de Lima Lopes, já mencionada, foi identificado que os pedidos individuais em direito à educação foram concedidos com base na fundamentação geral de que é dever do Estado prover os direitos sociais. O citado autor faz referência a uma decisão em que o relator faz a seguinte pergunta: “Será que a abertura de uma nova creche ou escola representa valor tão substancial que não possa ser realizado, atendendo a uma garantia tão fundamental como o direito à educação?” Esse questionamento chamou atenção do referido autor, pois o relator não indicou números, não mencionou verbas, ou condições materiais de concretização da sua ideia.³⁰⁴

Ressalte-se que, o que não deve ser esquecido, é que uma decisão isolada, mesmo que sendo numa ação coletiva, não pode prejudicar o todo, não pode causar dano à distribuição do bem comum. Significa dizer que as decisões em direito à educação sempre deverão respeitar o direito de todos sobre o bem comum, e não a vontade de um só grupo social, pois a Constituição traz seu programa político tendo em vista a redução das desigualdades sociais e não a permanência delas. Assim, o parâmetro a ser perseguido é justamente o de verificar se a decisão atende a esse critério constitucional, o que só é verificável isoladamente em cada caso.

Um dos argumentos mais utilizados em desfavor da judicialização da política pública, é que para alguns significa uma judicialização excessiva.³⁰⁵ A exigibilidade judicial do direito à educação não pode estar desvinculada das premissas de igualdade e de justiça distributiva.

O direito público subjetivo ao ensino fundamental possui como destinatário “todos”. Ou seja, todos aqueles que estiverem com o referido direito ameaçado de lesão ou efetivamente violado pode recorrer ao Poder Judiciário em busca de solução. Do mesmo modo é possível concluir que a intenção do legislador foi também a de que o ensino fundamental atingisse a todos. Todas as

³⁰⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 128.

³⁰⁵ José Reinaldo de Lima Lopes em estudo desenvolvido sobre a judicialização das políticas públicas sobre educação e saúde, relatou que quanto a este, as demandas individuais de requerimentos de medicamentos ou de tratamentos caros em que há uma decisão judicial favorável constitui verdadeira afronta à coletividade que também possui direito à vida e à saúde. Então, nesses casos há o confronto do direito à vida e à saúde de uma pessoa de um lado e de outro, o direito à vida e à saúde da coletividade. Este autor se mostra contrário ao deferimento de demandas individuais em se tratando do direito à saúde. (LOPES, loc. cit.)

peças só podem exigir judicialmente o acesso ao ensino obrigatório, porque este direito a elas foi conferido.

Embora a educação seja direito de natureza social e que se insere no âmbito da justiça distributiva, a ser promovido através de políticas públicas atingindo a coletividade, não há como apartar o exercício individual desse direito por cada aluno que tem acesso ao sistema público de ensino.

É certo, pois, que, como direito social, a educação é direito de todos, assim como é certo que há usufruto particular dos serviços ofertados pelo Estado. Pois bem, o fato de a Constituição ter declarado expressamente que acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo não retira a subjetividade dos direitos relativos à educação igualmente presentes no texto constitucional.

Para solucionar estas questões, Clarice Seixas Duarte menciona que

(...) ainda que o Poder Público aplique os percentuais vinculados, isso não significa que a sua obrigação já foi cumprida. Se, não obstante o cumprimento da destinação orçamentária das verbas vinculadas, ainda faltar vaga, o indivíduo prejudicado pode exercer sua pretensão individual para exigir a satisfação de seu direito. Nesse caso, tal como ocorre com a ação penal privada, a pretensão individual funciona como complemento da ação pública. Eis aqui um bom exemplo para demonstrar como o fato de a Constituição prever explicitamente que haja verbas para o atendimento de certas demandas não retira dos particulares o direito e a pretensão de exigirem o cumprimento desse princípio constitucional individualmente. Ocorre que, pelo regime geral aplicável aos direitos sociais, é preciso que o façam em um segundo momento.³⁰⁶

O que pretende a autora citada é que haja uma espécie de aplicação subsidiária da ideia da ação penal pública, cuja titularidade pertence ao Ministério Público e a aplicação subsidiária da ação penal privada diante da inércia desta instituição. Sendo assim, em primeiro lugar exercita-se o direito de ação por meio do Ministério Público em Ações Cíveis Públicas e somente num segundo momento a pretensão individual seria proposta em juízo.

Com relação à prioridade absoluta que conferiu às ações coletivas a serem promovidas pelo Ministério Público, a referida autora apresentou um posicionamento adequado à concepção da exigibilidade judicial de todos os direitos sociais, uma vez que são direitos fundamentais.

³⁰⁶ DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. Faculdade de direito da Usp. São Paulo: 2003. p. 227.

Compartilha-se da ideia de preferência para o atendimento coletivo do direito à educação, dada a sua natureza e função de distribuição do fundo social comum já comentada, e também sobre a subsidiariedade da ação individual, pois não há como impedir esta possibilidade, e nem existe determinação constitucional nesse sentido. Ao contrário, estabelece a Constituição de 1988 que ameaça ou lesão a direitos autoriza a busca pelo Judiciário. Quaisquer conclusões em sentido contrário carecem de fundamentação legítima. Sendo o direito à educação um direito fundamental, impedir que demandas individuais sejam propostas de forma individual significa negar acesso ao Judiciário assim como tornar aceitáveis a violação de direitos fundamentais.

O perigo que pode representar o deferimento de pedidos individuais relativos ao exercício do direito à educação, é que, ao invés de assegurar a efetividade de um direito fundamental, se esteja concedendo privilégios somente a certos grupos, agredindo o princípio da igualdade, conforme a experiência cotidiana dos Tribunais brasileiros, não raras vezes, vêm demonstrando.

Embora não seja tema específico deste trabalho analisar a judicialização do direito à saúde, discutir-se-á a satisfação individual versus a satisfação coletiva do direito à educação, também através de reflexão trazida sobre a implementação daquele direito, pois o raciocínio tende a seguir um roteiro semelhante.

Em relação ao direito à saúde, por exemplo, Vírgilio Afonso da Silva, com estudo realizado no Estado de São Paulo, já mencionado neste trabalho, chegou à conclusão de que as pessoas beneficiadas em ações individuais são as que podem pagar advogado particular, plano de saúde, que moram em lugares nobres.³⁰⁷ Enfim, o propósito de atingir as pessoas mais pobres com a implementação de direitos sociais foi completamente desvirtuado para deixar em condições de vantagem indivíduos que de certa forma já estão numa situação privilegiada.

Ora, se o dinheiro público foi empregado para pagar remédios e tratamentos de indivíduos que em sua maioria tinham capacidade material de ter acesso à médicos e advogados particulares, o desfecho que se chega é que

³⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights. In: WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW, 7, 2007, Atenas. **Paper**...Atenas, s.n., 2007. p. 15.

essas verbas deixaram de ser aplicadas em políticas públicas que atendem o coletivo para atender uma minoria privilegiada, em razão de uma mudança de interpretação dos direitos fundamentais que só se realizou devido à necessidade de uma classe social que detém certo poder econômico.

O sistema público de saúde é utilizado pela maior parte dos cidadãos, e esta maioria é pobre.³⁰⁸ O resultado desse estudo é bem resumido por Virgílio Afonso da Silva quando se observa que o título do seu trabalho afirma que o cumprimento dos direitos sociais pela via individual é feita tirando dos pobres para dar aos ricos, trata-se do efeito que denomina de “anti-Robin Hood”.³⁰⁹ Verificar-se-á, então, se há ocorrência deste efeito no âmbito da satisfação do direito à educação.

O efeito “anti-Robin Hood”, em poucas palavras, ocorre, então, quando recursos são retirados de um potencial investimento coletivo (não necessariamente destinado), e, portanto, para atender a maioria da população que se encontra assolada pelas mazelas causadas pela hipossuficiência financeira, para atender a um indivíduo (ou pequeno grupo de indivíduos em ações isoladas) de classe média para cima. É o que em poucas palavras diz o citado autor: tirar dos pobres para dar aos ricos.

As conclusões atingidas na pesquisa desenvolvida pelo citado autor indicam uma tendência que indica que a busca da judicialização do direito à saúde em ações individuais tem sido empreendida por grupos privilegiados na sociedade. Ocorre o contrário em relação ao direito à educação, pois em que pese o número pequeno de decisões junto ao STF, todas se apresentam em caráter coletivo. É o Ministério Público que vem se destacando na atuação judicial de efetivação do direito à educação através de ações civis públicas tanto no caso Santo André/SP como no caso Queimados/RJ.

Então, que prejuízos pode causar, com relação à concessão de tratamento privilegiado para uns em detrimento de uma coletividade, uma prestação individual do direito à educação, se o que se verifica é que, de um modo geral, são as pessoas pobres que estão recorrendo ao Judiciário por meio

³⁰⁸ Este exemplo não tem pretensões de esgotar discussões sobre o polêmico tema, o objetivo em ter trazido mais uma vez os dados citados foi traçar uma diferença crucial na efetividade do direito à saúde e o direito à educação.

³⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, *loc.cit.*

da substituição processual exercida pelo Ministério Público? A busca pela judicialização do direito à educação tem se mostrado de forma preponderantemente coletiva e para acesso ao ensino público. Infere-se, então, que, na hipótese de deferimentos de pedidos individuais de satisfação do direito à educação, não ocorre o efeito “anti-Robin Hood”.

Apesar de somente duas decisões terem se destacado no Supremo, tal fato já revela a tendência de que os casos de efetividade do direito à educação que chegam ao STF são de demandas coletivas. E, então, lado a lado tem-se a ideia de aplicabilidade imediata dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, e a definição constitucional de que o direito fundamental consiste em direito público subjetivo.

Entende-se, portanto, pela prioridade da satisfação coletiva, mas que não há como impor óbices na satisfação individual do direito à educação, pelas razões acima aventadas.

Ainda sobre a defesa dos direitos sociais de um modo geral, muitas alegações são expostos no sentido de restringir a sua efetividade. No entanto, um dos principais argumentos frequentemente levantado, que merece especial destaque, é a reserva do possível que representa a impossibilidade em efetivar tais direitos por falta de recursos. O referido princípio costumeiramente compõe a defesa do Estado quando demandados em ações de judicialização do direito à educação, ocorrendo igualmente nos casos em discussão na resposta ofertada pelo Município de Santo André/SP e Queimados/RJ.

Argumenta-se ainda que, o princípio da eficiência deve ser considerado na implementação de políticas públicas de direito à educação, através da aplicação da lógica de que se alcance o máximo com o menor montante de custos. A esse respeito, há que deixar registradas algumas apreciações.

Embora as críticas feitas em relação ao respeito ao orçamento tenham que ser levadas em consideração, no sentido de que gastos não podem ser realizados sem determinação prévia, e que a falta de considerações do tipo na fundamentação de decisões do STF consiste em ponto a ser enfrentado, o fato de sobrevir uma demanda em satisfação do direito à educação, seja ela coletiva ou, de forma subsidiária e individual, não há verdadeiro impeditivo em não conceder

com base nas referidas argumentações. Pois, a lei orçamentária não pode se sobrepor aos direitos fundamentais, oriundos de norma constitucional.

É certo que o manejo com os recursos públicos deve ser tópico a se refletir no trato com a judicialização do direito à educação, pois o que se pretende não é prejudicar nem lesar os direitos fundamentais de quaisquer indivíduos, seja uma coletividade, seja uma pessoa isolada. Pois, a interpretação adequada dos dispositivos e princípios constitucionais é a que indica pela maximização da efetividade dos direitos fundamentais, mesmo que isso implique em pensar em soluções e estratégias de alcance maior de sua aplicabilidade sem olvidar as reais intempéries que possam de fato surgir, como a escassez de recursos. Mas, para a reserva do possível também devem ser alocadas críticas pertinentes.

No tema da judicialização do direito à educação, não se verificou que privilégios estejam sendo concedidos pela Suprema Corte em favor de um grupo minoritário, o que necessariamente exigiria maior aprofundamento da reflexão, como semelhantemente tem ocorrido nas demandas em que se pleiteia tratamento igualitário em função de programa de ações afirmativas. Não é o caso, porém.

O Estado bem deve se preparar e planejar para promover políticas públicas de atendimento ao direito à educação, para evitar ao máximo a violação deste direito fundamental. Não foi à toa que a Constituição, para auxiliar as atividades do Administrador Público em projetar mecanismo de alcance do exercício real do direito à educação, catalogou minuciosamente como o Estado deve agir. Criando, inclusive, fundos e vinculações orçamentárias específicas para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

Como medida saneadora para a falta de verbas já foi sugerido que reservas financeiras devem ser feitas para atingir o fim de cumprimento de decisões judiciais (como frequentemente vem ocorrendo no Rio Grande do Sul) ou até mesmo outros tributos podem ser criados para o referido fim³¹⁰. E acredita-se que, muitas outras soluções que podem ser elaboradas se o propósito for o de maximizar a prestação positiva do direito à educação. O objetivo não é, todavia, o

³¹⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de Brito. **Direitos Fundamentais Sociais**: realização e atuação do Poder Judiciário, in: Revista TRT 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo. Belém, v.41, n. 81, Jul./Dez./2008, p. 85.

de avaliar a viabilidade de tais sugestões, mas o de apontar um norte para direcionar a reflexão sobre a problemática.

Pois, o que correntemente se vê na doutrina é o embate dos defensores das duas correntes antagônicas, com a preocupação maior em argumentar do que viabilizar concretas resoluções, no sentido de ampliar, sempre, a efetividade dos direitos fundamentais, respeitando e enfrentando as dificuldades financeiras.

O que não pode acontecer, nem se tornar corriqueiro, é aceitar a violação do direito fundamental à educação. Não há dúvida de que as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, conforme determinação do artigo 37, §6º, da CR/88.

O Estado não tem outra saída que não seja promover o exercício de direitos fundamentais, podendo arcar com os prejuízos de sua má gestão, seja por meio da judicialização do direito à educação, seja através da responsabilidade Civil do Estado, em caso de ocorrência de dano, comprovados todos os requisitos.

A judicialização do direito à educação envolve, ainda, os instrumentos com que é viabilizada, qual seja, o processo que, observado sob o prisma teleológico tem-se que ele é um instrumento disponibilizado pelo sistema jurídico, à sociedade como forma de alcançar a paz social. E, enquanto instrumento, possui objetivos a serem atingidos através de sua existência.³¹¹

O processo possui três escopos: os sociais, os políticos e os jurídicos. O escopo social se divide em dois: pacificação social e educação. Através da conscientização dos membros da sociedade dos direitos e deveres, cumpre-se com o escopo social da educação, de forma que as pessoas passem respeitar os liames entre aqueles, e, em último caso, a depositar confiança na alternativa processual que a lei confere para solucionar litígios. O processo deve servir de exemplo para que crie e mantenha a esperança em resolver os litígios através do Poder Judiciário. Os escopos políticos do processo são a tentativa do Estado em concretizar os objetivos políticos que se encontram embutidos nas leis. Tais

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p.181.

escopos são: estabilidade das instituições políticas e o exercício da cidadania. Este exercício engloba a participação política do cidadão, para acompanhar as atividades estatais, como meio de fiscalização e participação nos destinos do Estado. É por isso que o ordenamento jurídico disponibiliza ações judiciais para a defesa de direitos com vistas a possíveis atitudes arbitrárias dos agentes estatais, como: mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, entre outros. O escopo jurídico, em consonância com teoria dualista, é a atuação da vontade concreta da lei.³¹²

A ideia da instrumentalidade do processo se traduz na ótica que enxerga este como instrumento apto a alcançar os escopos sociais, políticos e jurídicos já mencionados. Desse modo, processo efetivo é aquele que atinge todos os escopos do processo, sem deixar quaisquer rastros de descontentamento humano, através de decisões judiciais pautadas no valor justiça.

Com efeito, o processo na judicialização do direito à educação, pode ser encarado como forma de educação do Poder Público com o trato do referido direito e com os recursos públicos, como modo de atingir o escopo social, se mostrando, neste ponto de vista, uma providência indispensável. Os escopos políticos, de participação do sujeito democrático na administração da coisa pública, também são alcançados, assim como os escopos jurídicos que envolvem a vontade, o conteúdo, da lei.

Não é o ideal que o direito à educação seja efetivado com a judicialização, mas esta se torna medida cabível diante de uma lesão, sendo uma providência excepcional, e quando individual, de caráter supletivo.

Os mandamentos constitucionais, a imposição de deveres de atuação ao Estado em relação ao direito à educação, devem ser encarados como de execução por meio de atos vinculados, onde a discricionariedade, em relação à determinação feita nos artigos definidos ao tratamento da matéria, não tem espaço para incidência. E onde, argumentos da reserva do possível não pode lograr êxito, pois faz parte das incumbências estatais observar as normas constitucionais antes de elaborar políticas públicas.

³¹² *Ibidem.* p. 194 *et seq.*

A experiência de cidadão comum mostra que o trato do Poder Público com os recursos públicos não tem sido dos melhores. A todo momento escândalos de corrupção e desvio de verba são noticiados pelos meios de comunicação, assim como informações a respeito de gastos excessivos com interesses particulares, alheios ao interesse público.³¹³ Por estas razões que se torna perigoso defender a bandeira da reserva do possível tão somente para restringir a efetividade dos direitos fundamentais, e sem a indicação de um direcionamento que viabilize o pleno exercício deles.

Como exemplo de medida a auxiliar o custeio dos direitos sociais, foi editada a Contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, a CPMF, de 1997 a 2007³¹⁴. A destinação da arrecadação era para a saúde pública, previdência social e o Fundo de combate e erradicação da pobreza, com a superveniência da emenda constitucional n. 21.

Os objetivos da tributação provisória acabaram sendo perdidos pelo Congresso Nacional, que passou a autorizar a desvinculação das receitas da União que incidia sobre a CPMF. Ou seja, um tributo criado para complementar a implementação de direitos sociais foi de forma flagrantemente inconstitucional desvirtuado para fins outros, cuja prioridade sempre será questionável em confronto com a promoção de direitos fundamentais. A prorrogação da CPMF até 2011 foi rejeitada pelo Senado Federal em votação ocorrida em 2007, embora a desvinculação das receita da União ocorra ainda.

São posturas inaceitáveis do Poder Público, dentre muitos outros exemplos, que indicam o descaso com a efetividade dos direitos fundamentais, que expressam como o manejo dos recursos público é feito e que merecem correção.

³¹³ Pesquisa realizada pela organização não-governamental independente e autônoma denominada Transparência Brasil constatou que o Congresso brasileiro é o mais caro para a população em comparação com outros países pesquisados, quais sejam: Alemanha, Argentina, Canadá, Chile, Espanha, França, Grã-Bretanha, Itália, México e Portugal, apenas perdendo para os Estados Unidos. O estudo revela, ainda, que cada deputado federal apresentou custo de 6,6 milhões de reais, sendo o total de 513, enquanto que cada senador, o valor de 33,1 milhões de reais por ano, sendo o total de 81, no ano referido. O inteiro teor da pesquisa encontra-se no site www.transparenciabrasil.org.br.

³¹⁴ A Lei 9.311/96 instituiu a CPMF.

A participação do Poder Judiciário, em que pese as suas restrições técnicas que não se quer sejam ignoradas, também é de transformador da realidade, pois seu trabalho em demandas de judicialização de políticas públicas será o de por meio do controle de constitucionalidade que lhe cabe realizar, no cumprimento de suas atribuições enquanto um dos poderes do Estado, evitando injustiças e promovendo a igualdade material nos moldes que preconizam as normas educacionais presentes na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Sur**. n. 2, p. 189-219. 2005.

_____. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba : Juruá, 2005.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004. p. 251-271.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista TRT 8ª região** – Suplemento Especial Comemorativo. Belém, v.41, n. 81, Jul./Dez./2008, p. 77 a 87.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ªed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: revista dos tribunais, vol. 737, março de 1997.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. A Educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.** Campinas, v. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br> Acesso em: 22 de janeiro de 2009.

_____. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na constituição de 1988**. São Paulo: Faculdade de direito da Usp: 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação. In: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 127-147.

FRANÇA, Júnia Lessa et al. **Manual para normalização de Publicações Técnico-Científicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia** - saberes necessário à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade in: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. P. 149-198.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2006.

LIMA, Isabela Bentes de. Desvinculação de receitas da União e escassez: a desafetação de recursos direcionados aos direitos sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande/RS, 50, 29/02/2008[Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4516. Acesso em 14/04/2009.

LIMA, Maria Cristina de Brito de. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais** - teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. p. 435.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Jule Mary. **Normas e padrões para Teses, Dissertações e Monografias**. Londrina: Eduel, 2007.

PEREZ LUNÓ, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 1995. P. 21-51.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Rio de Janeiro: ABC editora, 2005.

SANTOS, Marília Louridos dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benneti (organizadores). **Direitos Fundamentais** - orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: editora Notadez, julho/agosto-2005.

_____. As contribuições sociais e o princípio da afetação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 98, novembro de 2003. p. 44 a 62.

_____. A Desvinculação das Receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição. In: MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; SCAFF, Fernando Facury. **Justiça Constitucional e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 96 a 113.

SCHWARTZMAN, Simon. Educação e pobreza no Brasil in: **Cadernos Adenauer VII**, N. 2 – Educação e pobreza na América Latina. Rio de Janeiro : Fundação Konrad Adenauer, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P. 17-108.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the Poor to give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights. In: WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW, 7, 2007, Atenas. **Paper...** Atenas, s.n., 2007.

SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). **Direitos Sociais** - Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Os Direitos Humanos e a Tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo : Malheiros, 2006.