

LARA RAITANI BLEY PEREIRA

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

Curitiba
2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

Lara Raitani Bley Pereira

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

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Clèmerson
Merlin Clève

Curitiba
2009

Resumo

A presente monografia resume-se ao tema referente à efetividade do direito fundamental à educação. Enfoca-se, nela, de início, brevemente sobre os direitos fundamentais na Constituição Federal, abordando a terminologia adequada, as características e a classificação dos direitos fundamentais, a fim de analisar os direitos fundamentais sociais. Em seguida, analisa-se especificamente o direito fundamental à educação, abordando-o no plano internacional e interno. Na seqüência, faz-se a análise da efetividade do direito fundamental à educação. Para tanto, aborda-se a efetividade de tal direito na educação infantil, no ensino fundamental, médio e superior (precipuamente através de uma análise jurisprudencial). Ressalta-se também a questão da escassez de recursos do Estado, bem como as políticas públicas em educação, analisando, neste ponto, algumas políticas públicas implementadas e, sobretudo, a legitimidade do Judiciário no controle de tais políticas.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direitos sociais, direito fundamental à educação, escassez de recursos, políticas públicas.

Sumário

Introdução	6
1. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	9
1.1. Breve enfoque da questão terminológica	9
1.2. Características e classificação dos direitos fundamentais	14
1.3. Os direitos fundamentais sociais.....	17
2. O direito fundamental à educação	25
2.1. No plano internacional.....	25
2.2. No Brasil	28
3. A efetividade do direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988.....	36
3.1. A eficácia do direito fundamental à educação nos diversos níveis educacionais	37
3.1.1. Educação infantil.....	38
3.1.2. Ensino fundamental	42
3.1.3. Ensino médio.....	47
3.1.4. Ensino superior	50
3.2. A relação da iniciativa privada com a educação.....	53
3.3. A questão da escassez de recursos	57
3.3.1. Recursos públicos destinados à educação: FUNDEB	64
3.4. As políticas públicas em educação	68

3.4.1. A legitimidade do Poder Judiciário no controle.....	71
3.4.2. ProUni	78
3.4.3. Políticas afirmativas.....	80
Considerações finais.....	84
Referências bibliográficas	86

Introdução

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi festejada pelos juristas, uma vez que ela encerrou uma era ditatorial e inaugurou uma nova ordem constitucional brasileira, calcada nos princípios democráticos e garantindo uma gama de direitos mínimos aos cidadãos. Imaginou-se que com a Constituição Federal de 1988 as alterações na sociedade seriam profundas, porém, o que se verificou, após vinte anos de sua promulgação, é que muitos dos seus dispositivos carecem de eficácia, seja por falta de regulamentação legal, seja pela impossibilidade de o Estado cumprir com todos os ideais nela estabelecidos. Um exemplo destes dispositivos seria o art. 6º da Constituição Federal, o qual assegura uma série de direitos sociais, que não possuem eficácia plena, pois exigem uma atuação estatal positiva, mas que são fundamentais para se assegurar uma vida digna. Neste contexto, insere-se o presente trabalho, o qual tem por objetivo tratar da efetividade de um dos direitos sociais mais importantes na sociedade, qual seja, o direito à educação. Saliente-se, desde logo, que não se tem por objetivo esgotar tal tema, dada a sua complexidade, buscando-se, apenas, trazer à baila algumas considerações fundamentais.

Para isso, será realizada, inicialmente, uma análise do conceito de direito fundamental e, para tanto, será analisada a característica da fundamentalidade, tanto formal quanto material.

A seguir, serão trazidas algumas das principais características dos direitos fundamentais, bem como a classificação destes com base na função que eles exercem no ordenamento jurídico. Isto tudo, com o objetivo de poder analisar a discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, bem como acerca do fato de se os direitos sociais se caracterizam por serem meras normas que visam estabelecer programas a serem efetivados pelo Estado, ou se já possuem originariamente uma eficácia positiva mínima que, desde logo, vincula os poderes públicos à sua observância.

Vencida esta etapa, adentrar-se-á especificamente no tema do direito fundamental à educação. Inicialmente, serão enumerados alguns diplomas internacionais que consagram o direito à educação e, no âmbito nacional, far-se-á uma breve retrospectiva do tratamento constitucional de tal

direito. Serão trazidos alguns conceitos de direito à educação, analisando-se a sua fundamentalidade e, por conseguinte, a sua aplicabilidade imediata. Buscar-se-á, ainda, analisar a amplitude do direito fundamental à educação como direito público subjetivo.

Após os delineamentos teóricos dos temas acima citados, tratar-se-á da efetividade do direito fundamental à educação nos diversos níveis educacionais, o que será feito, sobretudo, através de uma análise jurisprudencial. Primeiramente, será analisada a eficácia de tal direito na educação infantil, buscando-se ressaltar sua pertinência com o mínimo existencial. Depois, a eficácia do direito fundamental à educação será analisada no âmbito do ensino fundamental, salientando-se, sobretudo, o fato de este, conforme prevê o art. 208, §1º, da Constituição Federal, constituir-se como verdadeiro “*direito público subjetivo*”. Em seguida, será a eficácia analisada no ensino médio e, por fim, no ensino superior, os quais, apesar de não se constituírem como direitos públicos subjetivos, possuem uma eficácia mínima.

Diante do fato de a Constituição Federal afirmar que o direito à educação é, também, “dever da sociedade”, ressaltar-se-á a relação da iniciativa privada com a educação, analisando-se a subsunção dela aos princípios constitucionais.

A seguir, serão analisados alguns obstáculos à efetiva concretização do direito fundamental à educação como, por exemplo, a escassez de recursos. A partir disto, será analisada a relação do direito fundamental à educação com o mínimo existencial e até que ponto a escassez de recursos pode ser alegada para não se efetivar um direito. No que tange aos recursos destinados para a concretização do direito fundamental à educação, salientar-se-á a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) e a vinculação dos Poderes Públicos à aplicação dos recursos mínimos previstos na Constituição Federal.

Por fim, será mencionado sobre a necessidade da implementação de políticas públicas pelo Estado para a concretização dos direitos sociais, bem como a legitimidade do Poder Judiciário no controle dessas políticas públicas, visto que alguns põem em discussão, aqui, o princípio constitucional da

separação de poderes como empecilho à citada legitimidade. Para bem demonstrar a necessidade de políticas públicas para a efetivação do direito à educação, serão analisadas duas políticas públicas estabelecidas pelo Governo Federal no âmbito do ensino universitário, quais sejam: ProUni e o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas.

1. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Para que se possa adentrar ao tema desta monografia e bem compreendê-lo, é importante traçar, preliminarmente, uma breve análise da opção terminológica adotada pela Constituição Federal, para que seja possível extrair o conceito de direito fundamental, bem como sua distinção em relação às garantias fundamentais, as quais também estão no art. 5º da Constituição Federal.

Após esta breve definição, será possível analisar se os direitos sociais, previstos no art. 6º da Constituição Federal, são ou não direitos fundamentais e as implicações de tais afirmações.

1.1. Breve enfoque da questão terminológica e abordagem conceitual

Preliminarmente, a fim de conceituar de forma adequada “direito fundamental” faz-se mister uma breve análise acerca da terminologia “direitos fundamentais”.

Há que se ressaltar que nem todos os autores e ordenamentos jurídicos adotam a expressão “direito fundamental”, utilizando-se outras terminações, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos públicos” para se referirem aos direitos fundamentais.

Apesar de tais termos serem usados, na maioria das vezes, como sinônimos de direitos fundamentais, verifica-se que eles não podem ser confundidos, havendo uma distinção não apenas terminológica, mas conceitual entre eles.

Saliente-se, entretanto, que devido ao processo de positivação dos direitos fundamentais, a maioria destes termos está caindo em desuso, havendo a preferência predominante pela expressão “direitos fundamentais”, que segundo Jorge MIRANDA deve-se ao “(...)ultrapassar da concepção

oitocentista dos direitos e liberdades individuais e, sobretudo, o enlace entre direitos e Constituição”¹.

Restaria, segundo Ingo Wolfgang SARLET, apenas uma distinção terminológica relevante, qual seja, a entre direitos fundamentais e direitos humanos, pois esta última continua sendo muito utilizada. Conforme o referido autor

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)².

Assim, pode-se verificar que o termo “direitos fundamentais” não se confunde com os demais, possuindo um conceito próprio.

A partir de uma breve leitura da Constituição Federal do Brasil, pode-se observar que o Título II é denominado “dos direitos e garantias fundamentais”, denominação esta que por si só já pressupõe a distinção entre direitos e garantias fundamentais. Não obstante estar expressa tal distinção, a Constituição Brasileira não definiu expressamente o que seriam direitos e garantias fundamentais.

A distinção mais visível que pode ser feita entre direitos e garantias fundamentais reside no fato de que os direitos tutelam bens da vida, enquanto que as garantias tutelam direitos. As garantias possuem uma relação indireta com os bens da vida, a qual se dá pelo direito. Assim, têm-se as lições de José Joaquim Gomes CANOTILHO

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 51.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35-36.

finalidade (ex: direito de acesso aos tribunais para a defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*)³.

Deste modo, para José Joaquim Gomes CANOTILHO, os direitos representam os bens da vida juridicamente tutelados, enquanto as garantias visam garantir a fruição desses bens, sendo que as garantias seriam acessórias. Neste mesmo sentido Jorge MIRANDA afirma que

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*⁴.

No que tange ao conceito de direito fundamental, há que se ressaltar que qualquer tentativa de limitar a abrangência do mesmo a meras palavras seria nefasta. Todavia, devem-se estabelecer alguns conceitos de direito fundamental, pois sem estes não será possível dar seguimento ao presente trabalho.

Martin BOROWSKI⁵ salienta a existência de três conceitos de direito fundamental. O primeiro conceito seria um conceito formal, segundo o qual seriam considerados direitos fundamentais aqueles existentes na Constituição Federal, sendo que para tal conceituação consideram-se apenas critérios formais, ou nas palavras do autor “El primer concepto posible de derecho fundamental es el concepto formal, el cual utiliza un criterio formal para delimitar la categoría de los derechos fundamentales. Éste puede ser la pertenencia de un derecho a un determinado catálogo de derechos incluido en la Constitución”⁶. Contudo, tal conceito não é satisfatório, uma vez que, como bem resalta o referido autor, existem direitos fundamentais fora da Constituição.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1995, p.520.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 95.

⁵ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003, p.33.

⁶ *Ibid*, p. 34.

O segundo conceito estaria ligado a critérios materiais, sendo que os direitos fundamentais seriam uma tentativa de transformar os direitos humanos em direitos positivos, “Cuando se trata del concepto material de derecho fundamental, la mirada se concentra en el hecho de que los derechos fundamentales son un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo”⁷. Segundo o autor, os direitos humanos seriam direitos morais, sendo que a característica básica de tais direitos é a sua fundamentalidade, propriedade que alude à proteção e satisfação de interesses e necessidades fundamentais. Deste modo, os direitos humanos constituem núcleo da teoria da Justiça, tendo validade universal, e se atribuem por igual a todas as pessoas do mundo⁸. Martin BOROWSKI, ao analisar a relação estabelecida entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, alerta para o fato de que, caso se estabeleça uma relação de natureza definitiva, ou seja, a transformação dos direitos humanos em direitos constitucionais positivos, a discussão política acerca do conteúdo dos direitos humanos poderia se converter necessariamente numa discussão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. BOROWSKI afirma, ainda, que poderia se estabelecer uma relação de natureza intencional entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, sendo que tal relação ocorreria quando os direitos fundamentais são aqueles admitidos na Constituição com a intenção de lhes outorgar caráter positivo aos direitos humanos. Esta relação intencional evitaria com que as discussões acerca do conteúdo dos direitos humanos repercutissem sobre os direitos fundamentais⁹.

Haveria, por fim, de acordo com Martin BOROWSKI, um conceito procedimental de direitos fundamentais, o qual estaria relacionado a critérios formais e materiais, donde se observa que tais conceitos não são fechados. Este conceito se refere a quem pode decidir acerca dos conteúdos dos direitos: o constituinte ou o legislador ordinário. Segundo os critérios formais, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais caberia exclusivamente ao constituinte. Porém, tendo em vista a relação intencional entre direitos

⁷ Ibid, p. 35.

⁸ Ibid, p. 30-1.

⁹ Ibid, p. 35-6.

humanos e direitos fundamentais, deve-se levar em consideração a concepção de direitos humanos, o que vincula o conceito procedimental dos direitos fundamentais ao conceito material¹⁰.

Segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO a característica da fundamentalidade “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”¹¹. Ingo Wolfgang SARLET ao analisar a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais assevera que:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte (...); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade¹².

Conforme Ingo Wolfgang SARLET, a idéia de fundamentalidade material possibilita a abertura do rol dos direitos fundamentais a outros direitos que não constam do texto da Constituição Federal, o que faz com que

uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua ineficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais¹³.

Diante do exposto, observa-se que não é possível estabelecer um conceito fechado de direito fundamental, uma vez que este está relacionado ao

¹⁰ Ibid, p. 37.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 531.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 86

¹³ Ibid, p. 87.

conteúdo material da Constituição, o que engloba os seus princípios e valores, e outros direitos nela não expressamente discriminados, conforme prevê o §2º do art. 5º da Constituição Federal¹⁴.

1.2. Características e classificação dos direitos fundamentais

Considerando as premissas da fundamentalidade formal e material, faz-se necessário estabelecer as principais características dos direitos fundamentais. Na doutrina de José Afonso da SILVA, direitos fundamentais são "situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana"¹⁵. Segundo ele, as principais características dos direitos fundamentais seriam:

- (1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. (...);
- (2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;
- (3) *Imprescritibilidade*. (...) Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;
- (4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados¹⁶.

Além de tais características, há que se mencionar que os direitos fundamentais devem ser considerados direitos vinculantes, na medida em que vinculam o poder público a sua observância, como bem observa José Joaquim Gomes CANOTILHO, segundo o qual

(...) a vinculação é extensiva a *todos os poderes públicos* e não apenas aos poderes estaduais, abrangendo as pessoas colectivas de direito público, a administração mediata ou imediata e a

¹⁴ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179

¹⁶ *Ibid*, p. 181.

administração autônoma. Tomando em conta todas essas dimensões, pode afirmar-se que as entidades públicas *estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias*¹⁷

Apesar de todos os direitos fundamentais possuírem as características acima mencionadas, eles não exercem a mesma função no ordenamento jurídico. Robert ALEXY classificou os direitos fundamentais segundo a função por eles exercida no ordenamento jurídico, bem como em conformidade com a estrutura deôntica de suas normas, em três grandes grupos: os direitos a algo, que englobariam tanto o direito à abstenção, quanto o direito à atuação positiva; as liberdades, as quais corresponderiam a uma alternativa de ação, isto é, a possibilidade de fazer ou não fazer algo; e as competências, que decorreriam da capacidade que cada sujeito possui para modificar sua situação jurídica¹⁸.

Martin BOROWSKI, recepcionando o pensamento de Alexy, diferenciou os direitos fundamentais em: direitos de defesa, direitos de prestação e direitos de igualdade¹⁹. Os direitos de defesa seriam aqueles que exigem, precipuamente, do poder público uma abstenção. Neste sentido, José Joaquim Gomes CANOTILHO assevera que

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos, sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)²⁰.

Os direitos prestacionais, por sua vez, exigem do poder público uma atuação positiva, ou nas palavras de CANOTILHO

Afirma-se a existência de *direitos originários* a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos²¹.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 580.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 186-214.

¹⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 37-50.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 541.

²¹ *Ibid*, p. 543.

Os direitos de defesa seriam as primeiras liberdades individuais consagradas nas Revoluções burguesas, os quais exigem, sobretudo, que o Estado se mantenha inerte. Os direitos sociais encontram-se principalmente na esfera dos direitos prestacionais, em que o Estado tem o dever de uma atuação positiva, na medida em que o direito será principalmente concretizado através de uma atuação estatal.

Já os direitos de igualdade seriam aqueles que exigem um tratamento materialmente igual, isto é, tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais.

Entretanto, deve-se sempre fazer a ressalva de que os direitos fundamentais só podem ser compreendidos como feixes de posições jusfundamentais, ou seja, ora exigem uma abstenção ora uma prestação.

Assim, conforme leciona Ingo Wolfgang SARLET, não há a possibilidade de se afirmar que um direito fundamental só exige uma abstenção ou uma prestação, sendo que os direitos exigem ambas as situações, havendo apenas a preponderância da abstenção nos casos dos direitos de defesa (cite-se, por exemplo, a liberdade de locomoção) e a preponderância da prestação no caso dos direitos sociais (por exemplo, o direito à saúde).

A partir do exposto, constata-se que os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição também não formam um conjunto homogêneo, não podendo ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais. Esta ausência de homogeneidade não se baseia apenas no objeto diferenciado dos direitos sociais, que abrangem tanto direitos a prestações como direitos de defesa, mas também na diferenciada forma de positivação no texto constitucional, assim como assumem feições distintas no que diz com a problemática da eficácia e efetividade.²²

Diante do exposto, observa-se que a classificação dos direitos fundamentais de acordo com a sua funcionalidade não pode ser compreendida como se os direitos estivessem em compartimentos estanques, os quais não se comunicam, pois, como dito, todos os direitos exigem prestações e abstenções.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2009, p.20.

1.3. Os direitos fundamentais sociais

Como já foi dito, a principal distinção existente entre os direitos individuais e os direitos sociais seria que aqueles exigem uma inação, enquanto que estes exigem uma prestação positiva estatal, frisando-se sempre que há apenas a prevalência de uma dessas situações. Assim, considerando que os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Estado para serem concretizados, em regra, dependem de complementação legislativa, demandando custos, não sendo satisfeitos plenamente de imediato, emerge a indagação de se os direitos sociais seriam, ou não, direitos fundamentais.

Ricardo Lobo TORRES, analisando os direitos sociais e o mínimo existencial, assinala que estes não constituem verdadeiros direitos subjetivos, uma vez que a sua eficácia dependeria de concessão legislativa.

Estremam-se da problemática do mínimo existencial os direitos econômicos (arts. 174 a 179 da CF de 1988) e sociais (arts. 6º e 7º), que se distinguem dos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social²³.

Clèmerson Merlin CLÈVE, a esse respeito, considera os direitos sociais como direitos fundamentais, uma vez que a Constituição brasileira não estabeleceu um regime distinto para os direitos sociais, como o fez a Constituição Portuguesa²⁴. Deste modo, tendo em vista o estabelecido no §2º do art. 5º da Constituição Federal²⁵, isto é, a previsão de que os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º não excluem outros decorrentes da

²³ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Administrativo nº 177. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho – setembro de 1989, p.33-4.

²⁴ “É que os direitos sociais realizam-se através de prestações do poder público, prestações que pressupõem a existência de um orçamento e de dotações específicas. Por conta disso, alguns sistemas constitucionais, como o português, por exemplo, estabelecem no próprio corpo da Constituição, uma distinção de regimes jurídicos. Ou seja, os *direitos, liberdades e garantias* (direitos clássicos ou de defesa) não ostentam o mesmo regime dos *direitos sociais, econômicos e culturais* (direitos prestacionais).” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e internacional. São Paulo: RT, n.º 54, janeiro – março de 2006, p. 31.

²⁵ **Art. 5º, §2º.** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

própria Constituição, e o fato de não haver um regime jurídico diverso para os direitos sociais, os mesmos devem ser considerados direitos fundamentais.

Entre nós, a Constituição Federal de 1988 ao tratar dos direitos fundamentais não prevê, expressamente, em nenhum momento, uma dualidade de regimes. Em tese, no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do poder público. Por isso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88 incide sobre ambos os territórios (direitos de defesa e direitos sociais prestacionais)²⁶.

Ao analisar a fundamentalidade dos direitos sociais, Ingo Wolfgang SARLET aduz que ela decorreria não apenas do disposto no §2º do art. 5º da Constituição Federal, mas pelo fato de os direitos sociais estarem consagrados no Título II da Magna Carta, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais.

Que a citada norma igualmente abrange os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas, pode ser inferido basicamente das seguintes constatações. Em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5º, §2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regradados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra (...) ²⁷.

A mais relevante consequência jurídica de se considerar os direitos sociais como direitos fundamentais é que eles teriam aplicabilidade imediata, conforme dispõe o art. 5º, §1º da Constituição Federal²⁸. Ter aplicabilidade imediata não significa ter eficácia plena. Ser imediatamente aplicável significa que não necessitam da *interpositio legislatoris*, pois incidem imediatamente. Já no tocante ao plano da eficácia, é válido ressaltar que todos os direitos sociais produzem uma eficácia negativa total, pois revogam as legislações anteriores antinômicas. Neste sentido, têm-se as lições de José Joaquim Gomes CANOTILHO

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa.

²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 31

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 93-4.

²⁸ **Art. 5º, §1º.** As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Significa também que *eles valem directamente contra a lei*, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição. Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a *inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais*, contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga.²⁹

Além dessa eficácia negativa total decorrente da própria existência do direito, saliente-se ainda que os direitos fundamentais sociais produzem uma eficácia positiva progressiva, na medida em que cada direito social produzirá uma eficácia distinta, no limite de suas possibilidades jurídicas e fáticas, ou segundo Clèmerson Merlin CLÈVE

esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito) pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos³⁰.

Assim, há direitos que possuem uma eficácia originária ampla, sendo verdadeiros direitos públicos subjetivos, isto é, já podem ser reclamados perante o Judiciário, mesmo que não haja uma lei regulamentando tal direito. Seria este o caso do direito à educação fundamental, conforme salienta Clèmerson Merlin CLÈVE, segundo o qual

ainda que não existisse nenhuma lei tratando desse propósito, embora ausente previsão orçamentária própria, pelo simples fato da própria Constituição Federal afirmar que o acesso ao ensino fundamental substancia direito público subjetivo, ele poderá ser invocado perante o Poder Judiciário que, por sua vez, ordenará ao poder público as providências cabíveis para a sua concretização³¹.

Existem também direitos sociais de eficácia derivada, na medida em que só podem ser efetivamente concretizados com a existência de uma política pública ou de uma dotação orçamentária, sendo que a maior parte dos direitos sociais possui uma eficácia derivada. Entretanto, possuir uma eficácia derivada não significa conforme Clèmerson Merlin CLÈVE que os direitos sociais não tenham eficácia. Segundo tal autor os direitos sociais têm desde logo uma eficácia mínima, a qual é juridicamente “sindicável”. Tal eficácia mínima refere-

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 186.

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 32.

³¹ *Ibid*, p. 34-5.

se à idéia de mínimo existencial, o que implica a existência de garantir um mínimo de direitos.

O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica a mercê das forças terríveis do destino³².

Deste modo, pode-se afirmar que, de acordo com a doutrina vigente, todos os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos fundamentais, o que implica a sua aplicação imediata. Todavia, tal aplicação imediata não significa que possuem eficácia plena, mas que possuem uma eficácia progressiva, havendo, contudo, um mínimo que desde logo pode ser exigido dos poderes públicos.

Partindo-se de tal premissa, qual seja, de que todos os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, verifica-se que esta se caracteriza como um verdadeiro princípio, no sentido do denominado “mandado de otimização”³³, desenvolvido por Robert ALEXY, uma vez que busca a maior eficácia possível de todos os direitos fundamentais. Justamente por se caracterizar como princípio o disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal, conforme leciona Ingo Wolfgang SARLET, aplica-se de maneira distinta às diversas categorias de direito.

Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que por outro lado, não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma da posituação, do objeto e da função que desempenha³⁴.

³² Ibid, p. 38.

³³ A idéia de princípios como “mandados de otimização” foi desenvolvida por Robert ALEXY. Segundo ele, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes e, por isso, caracterizam-se como “mandados de otimização”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 86-7.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 289-90.

Ingo Wolfgang SARLET, analisando a carga eficaz concernente aos direitos de defesa, afirma que

Na medida em que os direitos de defesa geralmente – e de forma preponderante – se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou, de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações (fáticas ou normativas) do Estado ou dos destinatários da norma. Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização-legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas auto-executáveis³⁵.

Quanto aos direitos sociais, alguns autores entendem que diante da falta de eficácia plena dos direitos sociais, estes seriam normas programáticas, no sentido de que apenas estabelecem programas a serem cumpridos pelo poder público, não havendo a regulação de interesses.

Acerca da definição de normas programáticas, José Afonso da SILVA as define como sendo

*(...) aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*³⁶.

Ingo Wolfgang SARLET sustenta que os direitos fundamentais, no Brasil, possuem um regime básico comum, envolvendo o disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º da CF, sendo ainda cláusulas pétreas. No que concerne aos direitos sociais, considera-os, o referido autor, como direitos fundamentais, porém com uma eficácia limitada.

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais, ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada³⁷.

³⁵ Ibid, p. 293.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 77.

Ao defender o caráter programático dos direitos sociais tal autor afirma preferir a expressão “normas constitucionais” de “cunho programático”, pois em tal expressão

enquadramos todas as normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim [ou objetivo], imposições legiferantes, etc) que, em princípio e independentemente da terminologia utilizada, reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especificidades, já que a diversa carga eficaz (em de regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma³⁸.

Todavia, apesar de considerar os direitos fundamentais sociais normas de cunho programático, também salienta que

(...)todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa. Em verdade, como já esperamos ter demonstrado e aqui repisamos para espantar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão “programática” dos direitos fundamentais³⁹. (grifos no original).

Em que pesem as afirmações do citado autor, afirmar que os direitos fundamentais possuem uma eficácia progressiva não significa que são meras normas programáticas, na medida em que, como já foi ressaltado, os direitos sociais produzem uma eficácia mínima imediata ligada a idéia de mínimo existencial, ou nas palavras de José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA “as normas dos direitos económicos, sociais e culturais (abreviadamente: direitos sociais) *não são meras normas programáticas*, ou directivas de acção estadual de alcance essencialmente político”⁴⁰.

Ademais, já há desde logo uma eficácia negativa, no sentido de impedir a existência de normas contrárias a estes direitos, o que caracteriza a existência de uma dimensão objetiva dos direitos sociais. A dimensão objetiva dos direitos sociais, segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, seria o fato de eles se apresentarem como uma ordem objetiva de valores, o que implica a vinculação do poder público à realização destes

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 311.

³⁹ Ibid, p. 313-314.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 1991, p.127.

direitos através de políticas públicas, sendo que “... a dimensão objectiva dos direitos sociais pode assumir duas variantes: (a) *imposições legiferantes* mais ou menos *concretas e determinadas*, obrigando o Estado a criar certas instituições ou a introduzir determinadas alterações jurídicas (...) (b) *definição e prossecução de políticas* dirigidas aos objectivos conformes aos direitos sociais”⁴¹.

Igualmente, em virtude da existência de uma eficácia mínima positiva, pelo simples fato de o sujeito existir, deve ele ter acesso ao mecanismo de justiça distributiva mínima, que implique a satisfação do mínimo capaz de apartar a vida digna da vida indigna, o que caracteriza a existência de uma dimensão subjetiva dos direitos sociais, dimensão esta que importa no fato de esses direitos poderem ser realizados através de sua titularização. Sob o ponto de vista subjetivo, há diferentes graus de exigibilidade dos direitos sociais, conforme a densidade normativa e o fato de envolverem ou não a necessidade de prestações positivas, especialmente materiais, por parte dos poderes públicos.

Para Luís Roberto BARROSO, os direitos sociais, indubitavelmente, ainda que impliquem prestações positivas a cargo dos poderes públicos, são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, gerando direitos subjetivos positivos, no sentido de que podem os beneficiários “exigir do Estado – ou de eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídico nelas consagrados”⁴².

Assim, pode-se afirmar que apesar de haver direitos sociais de eficácia derivada, os quais ainda não foram regulamentados, mesmo estes podem ser exigidos perante o Judiciário, no que se refere à necessidade de sua implementação e ao mínimo existencial. Verifica-se, deste modo, que há a possibilidade de duas prestações judiciais distintas, isto é, uma de realização de políticas públicas para a concretização das necessidades sociais, e outra de prestações materiais mínimas ao indivíduo, ou nas palavras de Clèmerson Merlin CLÈVE

⁴¹ Ibid, p. 130.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 249.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente). Tais políticas, como está-se a sustentar, podem ser inclusive exigidas judicialmente. Se não é, em princípio, possível reclamar, imediatamente, argumentando com a existência *definitiva* de posição jurídico-subjetiva positiva de vantagem, os direitos prestacionais ainda não regulamentados (moradia, por exemplo), quando não originários, é perfeitamente possível a propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional. (...) Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o *mínimo existencial* impleia, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. Definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito⁴³.

Portanto, apesar de os direitos sociais exigirem do Estado uma intervenção no campo econômico, social e cultural, não podendo ser vistos de forma totalmente autônoma em relação aos programas e fins constantes dos dispositivos da ordem econômica e social, é certo que os direitos sociais não se caracterizam por serem normas programáticas, uma vez que sendo considerados direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata, uma eficácia negativa total e uma eficácia positiva mínima, no sentido de que o mínimo existencial é exigível perante o poder público, ainda que o direito em jogo não tenha sido regulamentado.

⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 37-8.

2. O direito fundamental à educação

Após a análise acerca dos direitos sociais em geral, os quais são direitos fundamentais e por isso possuem uma aplicabilidade imediata, bem como após ter-se definido que os direitos sociais não são meros programas, cumpre agora tratar especificamente do direito fundamental à educação.

Para isto, inicialmente far-se-á uma breve abordagem de alguns diplomas internacionais que consagram o direito à educação como fundamental, para depois adentrar-se no direito positivo brasileiro.

2.1. No plano internacional

Observa-se que em razão da tendência à universalidade dos direitos fundamentais, tem ocorrido uma grande intensificação da positivação destes e, por conseguinte, do direito à educação.

O direito à educação tem sido constantemente expresso em inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais que buscam estabelecer a pauta de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana. Para melhor ilustrar a exposição, realizar-se-á uma breve referência a alguns desses documentos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, dispõe, em seu art. XXVI⁴⁴ acerca do direito à educação e, apesar de tal declaração não ser de observância obrigatória para os Estados signatários, este dispositivo revela um grande avanço no tratamento de tal tema, pois demonstra que no final da década de 40 já se verificava uma preocupação internacional com o direito à educação.

⁴⁴ Art. XXVI. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, deve-se salientar o disposto nos seguintes tratados e documentos internacionais: art. XII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Resolução XXX, da IX Conferência Internacional Americana, realizada em abril de 1948, na Cidade de Bogotá⁴⁵; princípio 7º da Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959⁴⁶; o art. IV da Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino celebrada na Conferência Geral da Organização das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1960⁴⁷; art. 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução nº 2.200A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada em 16 de dezembro de

⁴⁵ Art. XII. Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humana.

Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade.

O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado.

Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.

⁴⁶ Princípio 7º. A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário.

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

⁴⁷ Art. IV. Os Estados Partes na presente Convenção comprometem-se além do mais a formular, desenvolver e aplicar uma política nacional que vise a promover, por métodos adaptados às circunstâncias e usos nacionais, a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de ensino, e principalmente: a) tornar obrigatório e gratuito o ensino primário: generalizar e tornar acessível a todos o ensino secundário sob suas diversas formas; tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais; assegurar a execução por todos da obrigação escolar prescrita em lei; b) assegurar em todos os estabelecimentos públicos do mesmo grau um ensino do mesmo nível e condições equivalentes no que diz respeito à qualidade do ensino dado; c) encorajar e intensificar, por métodos apropriados, educação de pessoas que receberam instrução primária ou que não a terminaram e permitir que continuem seus estudos em função de suas aptidões; d) assegurar sem discriminação a preparação ao magistério.

1966⁴⁸; art. 28 da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989⁴⁹.

O grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais demonstra o esforço na busca da efetivação plena do direito à educação, bem como o caráter universal de tal escopo.

⁴⁸ Art. 13.1. Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. Concordam que a educação deve ser orientada até ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e deve fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam deste modo, que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efectivamente numa sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos e religiosos e promover as actividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Com o objectivo de atingir o pleno exercício deste direito, os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem que: a) O ensino primário deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; b) O ensino secundário, nas suas diferentes formas, incluindo o ensino técnico-profissional, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados, em particular, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados, em particular, pela implantação progressiva do ensino gratuito; d) Deve fomentar-se ou intensificar-se, na medida do possível, a educação básica para aquelas pessoas que não tenham recebido ou terminado o ciclo completo de instrução primária; e) Deve prosseguir-se activamente o desenvolvimento do sistema escolar em todos os ciclos de ensino, implantar um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 3. Os Estados-Signatários no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais ou dos tutores legais, se for o caso, de escolher para os seus filhos ou pupilos escolas diferentes das criadas pelas autoridades públicas, sempre que aquelas satisfaçam as normas mínimas que o Estado estabeleça ou aprove em matéria de ensino, e permitam que os seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa ou moral de acordo com as suas próprias convicções. 4. O disposto neste artigo não poderá ser interpretado como uma restrição à liberdade dos particulares e entidades para estabelecer e dirigir instituições de ensino, com a condição de respeitar os princípios enunciados no parágrafo 1 e desde que a educação dada nessas instituições se ajuste às normas mínimas estabelecidas pelo Estado.

⁴⁹ Art. 28. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente Convenção. 3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

2.2. No Brasil

Após a sucinta exposição do direito à educação no plano internacional, insta mencionar um breve retrospecto de tal direito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como analisá-lo dentro da Constituição Federal brasileira de 1988.

A Constituição do Império, em seu art. 179⁵⁰, já dispunha sobre o direito à educação, assegurando a instrução primária gratuita.

A Constituição republicana de 1891 fez referência ao direito à educação em seus arts. 35⁵¹ e 72, § 6º⁵².

A Constituição de 1934 dedicou todo um capítulo à educação e à cultura, tendo reservado os arts. 148 *usque* 158 à matéria. Ali era estabelecida uma divisão de competências entre os entes federativos, assegurada a isenção de tributos aos estabelecimentos particulares de ensino que oferecessem gratuidade em seus serviços e fossem oficialmente considerados idôneos, garantida a liberdade de cátedra, previsto um percentual mínimo dos impostos a ser aplicado no sistema educativo e criada a obrigação de se manter fundos de educação.

A Carta outorgada de 1937, consagrando um capítulo dedicado à educação e à cultura, reservou à matéria os arts. 128 *usque* 134. Garantiu-se à infância e à juventude o acesso ao ensino em todos os seus graus e manteve-se a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário.

A Constituição de 1946 também manteve a gratuidade no ensino e a obrigatoriedade do ensino primário.

A Constituição de 1967 disciplinou a matéria em capítulo intitulado "*Da Família, da Educação e da Cultura*", que abrangia os arts. 167 *usque* 172, não tendo introduzido modificações substanciais.

⁵⁰ Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) 32. A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos

⁵¹ Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal; 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais; 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.

⁵² Art. 72, §6º: Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

A Emenda Constitucional nº 1/69 manteve as características do sistema anterior e acrescentou a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios no caso de não aplicação anual, no ensino primário, de 20% da receita tributária municipal.

Analisando especificamente o direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988, observa-se que o art. 6º da Carta Magna consagra o direito à educação como direito social ao dispor que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A fim de concretizar o direito fundamental à educação o art. 205 da Constituição Federal estabelece que “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”. A educação, portanto, é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à dignidade da pessoa humana, bem maior do homem, sendo que por isso o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Deste modo, necessário se faz, primeiramente, adotar um conceito de educação. Educação, para José Celso de MELLO FILHO

é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático⁵³.

Diante disto, pode-se dizer que a educação visa assegurar a democracia, garantindo a dignidade da pessoa humana, ao possibilitar o adequado desenvolvimento do indivíduo. Segundo Celso Ribeiro BASTOS, “a educação consiste num processo de desenvolvimento do indivíduo que implica a boa formação moral, física, espiritual e intelectual, visando ao seu

⁵³ MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 533.

crescimento integral para um melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho⁵⁴”.

Assinalando a importância do direito à educação, observa José Luiz Quadros MAGALHÃES que

é o direito à educação um dos mais importantes direitos sociais, pois é essencial para o exercício de outros direitos fundamentais. É a educação instrumento para o direito à saúde e para proteção do meio ambiente, preparando e informando a população sobre a preservação da saúde e respeito ao meio ambiente. Educação não é apenas o ato de informar, é a conscientização, ultrapassando o simples ato de reproduzir o que foi ensinado, preparando o ser humano para pensar, questionar e criar⁵⁵.

Ressalte-se que a Constituição estabeleceu que a educação não é apenas dever do Estado, mas também da família⁵⁶. Neste sentido, a família tem papel relevante na formação educacional do indivíduo, sendo nesta mesma linha o posicionamento de Regina Maria Fonseca MUNIZ, segundo a qual

Nota-se, nos textos aqui mencionados, a preocupação constante com a formação educacional da criança na família, pois é nela que o indivíduo nasce, vive e cresce, surgindo, assim as primeiras relações de convivência humana. Célula básica da sociedade é a comunidade familiar-educadora. Dali os filhos saem melhores, ou piores, na medida em que ela cumpre bem ou mal seu papel⁵⁷.

Analisando especificamente o dever da família para com a educação, assevera Marcos MALISKA que “o dever da família, portanto, pode ser compreendido como o direito prioritário dos pais de escolher o gênero da

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 497.

⁵⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos. 2002, pág. 279

⁵⁶ APELAÇÃO CÍVEL. ECA. MEDIDA DE PROTEÇÃO. EVASÃO ESCOLAR DE ADOLESCENTE. RESPONSABILIDADE DOS PAIS. **Aos pais é imposto o dever legal de cuidar e de se responsabilizar pelos atos dos filhos menores de idade. Logo, independente da vontade da criança ou do adolescente, é obrigatória a manutenção e frequência no ensino fundamental, não importando o quanto árdua possa ser a tarefa.** (Grifo nosso). PREVISÃO DE MULTA. A prova da culpa dos genitores exige estudo social da família com a explicitação das condições psicológicas porquanto as circunstâncias de vida tem especial relevância. Além disso, imputar a uma família de poucos recursos financeiros o pagamento de uma multa pecuniária por descumprimento dos deveres do poder familiar, extrapola aquilo que é razoável, uma vez que tal multa onerando os pais pode agravar a situação econômica e não irá resolver o problema do adolescente a ser protegido. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (TJRS. Ap. Cível 70026228767. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz. DJ: 18.12.2008)

⁵⁷ MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167-8.

educação a dar a seus filhos e como o dever, propriamente, de assegurar a educação a eles”⁵⁸.

A fim de assegurar de forma plena uma educação adequada a todos, prevê a Constituição Federal em seu art. 206 os princípios que devem ser observados no ensino: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - 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; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Conforme prevê o art. 208, §1º da Constituição Federal “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito *é direito público subjetivo*” (Grifo nosso), sendo o ensino obrigatório, de acordo com o inciso I do mesmo dispositivo legal, o ensino fundamental. É certo que, sendo a educação um direito público subjetivo, ela se consubstancia como prerrogativa jurídica indisponível, representando bem jurídico constitucionalmente tutelado. Não custa enfatizar que faz parte do rol dos direitos fundamentais, inerentes ao chamado princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, a nossa Constituição Federal rompeu com uma tradição que era cultivada pelas Constituições anteriores, ao cuidar dos direitos fundamentais logo em sua parte inicial, antes mesmo de tratar da organização nacional – que, anteriormente, inaugurava os textos magnos.

Acerca do caráter de direito público subjetivo, PONTES DE MIRANDA, nos seus comentários à Constituição Federal de 1946, já afirmava

⁵⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001, p. 159.

que "Quanto à estrutura do Direito à Educação, no estado de fins múltiplos, ou ele é um direito público subjetivo, ou é ilusório⁵⁹."

Quanto ao sentido da expressão "direito público subjetivo", José CRETELLA JÚNIOR afirma que

O art. 208, §1º, da Constituição vigente não deixa a menor dúvida a respeito do acesso ao ensino obrigatório e gratuito que o educando, em qualquer grau, cumprindo os requisitos legais, tem o direito público subjetivo, oponível ao Estado, não tendo este nenhuma possibilidade de negar a solicitação, protegida por expressa norma jurídica constitucional cogente⁶⁰.

No comentário à declaração do direito à educação enquanto o primeiro dos Direitos Sociais, salienta que

todo cidadão brasileiro tem o subjetivo público de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional, independentemente de vaga, sem seleção, porque a regra jurídica constitucional o investiu nesse status, colocando o Estado, ao lado da família, no poder-dever de abrir a todos as portas das escolas públicas e, se não houver vagas, nestas, das escolas privadas, pagando as bolsas aos estudantes⁶¹.

Os direitos sociais estabelecidos no art. 6º da Constituição Federal, destacando-se particularmente o direito à educação, são justamente aqueles que buscam uma melhoria das condições de existência do indivíduo, mediante ações positivas do Estado⁶². O direito à educação significa, então, o acesso universal e equânime a serviços e ações de promoção, proteção da educação.

Tendo em vista que o direito fundamental à educação exige, para sua efetivação, uma atuação positiva do Estado, ele é classificado como direito prestacional em sentido estrito, conforme a classificação doutrinária de Ingo Wolfgang SARLET

Assim, sob a rubrica genérica de direitos a prestações, podem distinguir-se grupos específicos de posições jurídicas fundamentais. Neste sentido, uma primeira e importante classificação distingue os direitos prestacionais conforme o seu objeto, dividindo-os em direitos a prestações jurídicas (ou normativas) e direitos a prestações fáticas (ou materiais). De outra parte, há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), englobando também a

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 151.

⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 8. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 4418.

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p.881-2.

⁶² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 212

categoria dos direitos de proteção, no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos à participação na organização e no procedimento. Assim, distingue-se entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e participação na organização e procedimento), que, de certa forma, podem ser reportados primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do *status negativus*, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), vinculados prioritariamente às funções do Estado social⁶³.

Desse modo, sobreleva notar que o direito à educação, por ser um direito fundamental, possui aplicabilidade imediata, sendo que para Clèmerson Merlin CLÈVE, seria um direito social de eficácia originária, uma vez que ainda que o legislador não tivesse regulamentado tal direito, ele é exigível perante o Judiciário. Distinguindo os direitos prestacionais originários e derivados ressalta o citado autor que

Os primeiros [direitos prestacionais originários] podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. (...). Os direitos prestacionais derivados, por seu turno, não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária⁶⁴.

A partir desta distinção, Clèmerson Merlin CLÈVE salienta que o direito à educação, no que tange ao ensino fundamental, é um direito prestacional originário.

No caso da Constituição Federal de 1988, são encontráveis desde logo alguns direitos prestacionais originários. É o caso do direito à proteção dos portadores de necessidades especiais, que inclusive tem direito a perceber um salário se a sua família não é capaz de sustentar-se, e se não tem uma determinada renda; nós podemos falar do ensino fundamental, que constitui um direito público subjetivo por decisão do constituinte, e portanto, tendo escola ou não tendo escola, tendo orçamento, ou não, é evidente que qualquer cidadão pode reclamar perante o Poder Judiciário a satisfação desse direito (os demais ciclos de estudo entram no campo dos direitos de eficácia progressiva)⁶⁵.

Neste mesmo sentido encontra-se o posicionamento de José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA para os quais

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 206-7.

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 34.

⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 13 de dezembro de 2008.

somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um *direito imediato a uma prestação efetiva*, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. (...) é o que ocorre igualmente no caso do direito ao ensino – o qual, aliás, é também um dever, ao seu nível básico -, visto que, competindo ao Estado criar as escolas necessárias, confere, assim, aos cidadãos um autêntico *direito à escola*⁶⁶. (Grifo no original).

Neste sentido são as lições de Gina Vidal Marcílio POMPEU, segundo a qual “se há um direito público subjetivo à educação, isso quer dizer que o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional pelos poderes públicos”⁶⁷.

Porém, o direito fundamental à educação, não necessariamente em todos os níveis educacionais, como será visto a seguir, constitui-se verdadeiro direito público subjetivo, o qual já é exigível perante o Judiciário desde logo, independentemente da intervenção do legislador. Isto porque, tendo em vista sua natureza principiológica (“mandado de otimização”), o direito à educação possui uma eficácia progressiva, ou seja, o Estado atua de forma que progressivamente este direito será concretizado. Neste sentido, Flavia PIOVESAN, analisando o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aduz que

Nos termos em que estão previstos pelo Pacto, esses direitos apresentam realização progressiva, estando condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos⁶⁸.

A partir da nova Constituição da República, várias iniciativas jurídico-institucionais foram criando as condições de viabilização plena do direito à educação⁶⁹. Destaca-se, nesse sentido, a Lei nº 9.394/1996, a qual estabelece as diretrizes e bases na educação nacional.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p.130.

⁶⁷ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à Educação: controle social e exigibilidade judicial*. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 92.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In: Revista Internacional de Direitos Humanos, nº. 1, 1º semestre de 2004, p.37.

⁶⁹ Pode-se citar como exemplo as seguintes leis: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); Lei 10.172/01, a qual aprova o Plano Nacional de Educação;

Com a supracitada lei, ficou regulamentado o direito à educação nos diversos níveis educacionais, sendo estabelecido como se dará o ensino em cada nível.

Assim, pode-se dizer que o direito fundamental à educação já foi devidamente regulamentado, não havendo, neste caso, qualquer possibilidade de alegar a falta de norma regulamentadora como óbice à observância do referido direito, uma vez que, como dito, a lei nº 9.394/96 regulamentou as diretrizes e bases da educação.

Resta, pois, agora, analisar especificamente a questão da efetividade do direito fundamental à educação nos diversos níveis educacionais, visto que a Constituição Federal, em seu art. 208, deu um tratamento diferenciado para cada nível educacional.

3. A efetividade do direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988

Adentrando especificamente no tema da presente monografia, para melhor compreendê-lo, faz-se mister, preliminarmente, explicitar a distinção doutrinária entre existência, validade, vigência, eficácia e efetividade das normas constitucionais. Acerca desta distinção, Luís Roberto BARROSO afirma que

Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *inexistente*. Se, além disto, estiverem presentes os requisitos de competência, forma adequada e licitude – possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*. (...) Dentro da ordem de idéias aqui expostas, uma lei que contraria a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão que ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. (...) A *eficácia* dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. (...) Uma norma jurídica pode ser perfeita (plano da existência, com a presença de todos os elementos constitutivos), válida e eficaz, quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustada às regras legais superiores e está disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos⁷⁰.

Partindo de tais conceitos, Luís Roberto BARROSO analisa a distinção entre eficácia social (efetividade) e eficácia jurídica das normas, afirmando que

Cabe distinguir da eficácia *jurídica* o que muitos autores denominam de eficácia *social* da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. (...) A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Partindo da premissa da estatalidade do Direito, é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios⁷¹.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82-3.

⁷¹ *Ibid*, p. 84-5.

Diante de tais distinções, há que se ressaltar que o presente trabalho analisará, sobretudo, a eficácia jurídica do direito fundamental à educação nos diversos níveis educacionais, bem como a relação da iniciativa privada com o direito à educação, sem, contudo, deixar de mencionar a eficácia social de tal direito, uma vez que, como bem ressaltou Ingo Wolfgang SARLET, “Na verdade, o que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica, quanto a social”⁷².

3.1. A eficácia do direito fundamental à educação nos diversos níveis educacionais

Como dito, o direito à educação não possui a mesma eficácia em todos os níveis educacionais.

Independentemente da eficácia que cada nível educacional possui, é certo que o direito à educação é um dever do Estado, bem como da família, conforme prevê ao art. 205 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) em seu art. 54⁷³.

Feitas estas considerações preliminares, impõe analisar a eficácia vertical do direito fundamental à educação, visto tratar-se da relação do Estado com os cidadãos, no ensino infantil, fundamental, médio (educação básica) e ensino superior. O presente estudo analisará estes quatro níveis educacionais, pois, conforme prevê o art. 21⁷⁴ da Lei de Diretrizes e Bases, a educação

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos sociais*, p. 254.

⁷³ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola.

⁷⁴ Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior.

escolar é composta por estes níveis, sendo que o mesmo será feito, sobretudo, a partir de uma análise jurisprudencial.

3.1.1. Educação infantil

A educação infantil será oferecida em creches e pré-escolas para crianças de até cinco anos de idade, conforme prevê o inciso IV do art. 208 da Constituição Federal, sendo os Municípios os entes federativos que atuarão prioritariamente na mesma (art. 211, §2º da Carta Magna).

Conforme prevê o art. 29 da Lei de Diretrizes e Bases, a educação infantil “tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”.

Observa-se uma divergência entre o disposto no art. 208 da Constituição Federal e o contido no art. 29 da Lei de Diretrizes e Bases, uma vez que a Carta Magna dispõe que a educação infantil será oferecida para crianças de até 05 (cinco) anos de idade, enquanto que este diploma legal prevê que será oferecida a educação infantil para crianças com até 06 (seis) anos de idade. Tal divergência decorre de o fato do texto constitucional ter sido alterado pela emenda nº. 53 de 2006, a qual alterou o art. 208, IV, passando tal artigo a prever a educação infantil para crianças com até 5 anos de idade. A lei de Diretrizes e Bases não adequou sua disposição legal à alteração feita pela emenda 53. Assim, não apenas pelo fato de a Constituição Federal ser norma superior, mas também em razão de a emenda ser posterior à lei de Diretrizes e Bases, não resta dúvida de que se deve aplicar o disposto na Constituição Federal.

Acerca do surgimento da educação infantil como dever do Estado destaca Marcos Augusto MALISKA que

A educação infantil assegurada pelo Estado nada mais é que o resultado das transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, principalmente, com o ingresso efetivo da mulher no mercado de trabalho. Em uma sociedade em que a mulher não é mais a “dona de casa”, por certo, sua permanência no mercado de trabalho implica a atribuição ao Estado do dever de providenciar meios para que as

mães deixem seus filhos em creches ou em pré-escolas, enquanto estiverem trabalhando⁷⁵.

O direito constitucional à creche, extensivo aos menores, de zero a seis anos, é consagrado em norma constitucional reproduzida no já citado art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como bem salienta José Afonso da SILVA

A lei distribui esse período, de sorte que a educação infantil deve ser oferecida em *creches* ou entidades equivalentes às crianças de até três anos de idade, e na *pré-escola* daí por diante, até os seis anos de idade. [A educação infantil] Tem por finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade⁷⁶.

Verifica-se, assim, que houve um grande avanço no que tange ao direito da criança à educação infantil, uma vez que este passou a ser reproduzido em diversos diplomas legais. Neste sentido são as lições de Angela Maria Rabelo Ferreira BARRETO:

Nota-se que grandes avanços no âmbito jurídico-legal vêm ocorrendo, especialmente após a Constituição de 1988, no que tange aos direitos da criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, a Lei Orgânica da Assistência Social, de 1993, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996, consagram tais avanços. Destacam-se, entre estes, o direito à educação da criança de 0 a 6 anos de idade, em creches e pré-escolas. Essas instituições passam a constituir a educação infantil, primeira etapa da educação básica.

Progressos também têm sido verificados na gestão governamental, com a descentralização político-administrativa e a participação da sociedade, especialmente no controle social das ações dos governos⁷⁷.

Releva notar, ainda, que a Constituição Federal necessita, como bem ressaltou Konrad Hesse, de “força normativa”, sob pena de restar apenas como mera promessa. O direito à creche é consagrado com normatividade mais do que suficiente, sendo um dever do Estado adimpli-lo.

⁷⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação na Constituição de 1988*, p. 218.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 792.

⁷⁷ BARRETO, Angela Maria Rabelo Ferreira. *A educação infantil no contexto das políticas públicas*. In: *Revista brasileira de Educação*, v. 24. Disponível em: http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/RBDE24/RBDE24_07_ANGELA_MARIA_RABELO_FERREIRA_BARRETO.pdf

Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança.

Neste sentido há várias decisões que determinam o dever do estado em garantir vaga em creches para menores de seis anos de idade, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À EDUCAÇÃO. VAGÁ PARA EDUCAÇÃO INFANTIL – CRECHE – EM TURNO INTEGRAL. GARANTIA FUNDAMENTAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM SENTIDO AMPLO, AÍ INCLUÍDO O MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ. ARTS. 6º E 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTES. (TJRS. Ap. Cível 70026479543. 7ª Câmara Cível. Rel Des. Vasco Della Giustina. DJ:19.11.2008).

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MUNICÍPIO DE CANOAS. MATRÍCULA E ENSINO FUNDAMENTAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AFASTADA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL. 1) O ente municipal possui interesse recursal, tendo em vista que é parte vencida no processo. 2) **A educação básica a ser fornecida pelo poder público é um direito de toda e qualquer criança, sem distinção de sua condição econômica, já que qualquer diferença é constitucionalmente proibida. É dever do poder público municipal assegurar ao menor vaga em escola de ensino fundamental, nos termos dos incisos I e IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal, porquanto se trata de direito fundamental social** (Grifo nosso). Preliminar rejeitada. Recurso desprovido. (TJRS. Ap. Cível 70022897821. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. DJ: 18/02/2008).

Deste modo, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei são titulares de tal direito e podem exigí-lo em juízo.

O colendo STF, analisando a educação infantil, ressalta que ela compõe o mínimo existencial no direito à educação e por isso é imediatamente exigível, senão vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em

creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (Ag.Reg. no RE 410715/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ: 22.11.2005)

Ricardo Lobo TORRES corrobora com este entendimento, pois mesmo não considerando os direitos sociais direitos fundamentais, entende que o direito à educação compõe o mínimo existencial.

O mínimo existencial pode surgir também da inserção de *interesses fundamentais* nos direitos políticos, econômicos e sociais. O direito à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive⁷⁸.

Não obstante o direito à educação infantil compor, segundo a jurisprudência dominante, o mínimo existencial, em dados do PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de 2007, realizado pelo IBGE, verificou-se

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, p. 33.

que apenas 70,1% das crianças na faixa etária entre quatro e cinco anos freqüentavam a escola⁷⁹.

Assim, observa-se que o direito à educação infantil não é apenas uma mera diretriz constitucional, revelando-se, conforme o entendimento adotado pela maioria dos Tribunais, como verdadeiro direito subjetivo, exigível perante o Estado.

3.1.2. Ensino fundamental

Verificado que o direito ao ensino infantil revela-se como verdadeiro direito subjetivo, o qual pode ser exigível perante o Estado, será analisado, neste ponto, qual a eficácia normativa do direito ao ensino fundamental.

Conforme art. 208, I, da CF, o direito à educação será efetivado mediante a garantia de “*ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria*”. No §1º do mesmo dispositivo legal prevê a Constituição que “*o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*”. Neste mesmo sentido o ECA repetindo o dispositivo constitucional consagra o direito ao ensino fundamental, em seu art. 54, I, c.c. §1º deste mesmo dispositivo, como direito público subjetivo.

A lei de Diretrizes e Bases, em seu art. 32, com as recentes alterações dadas pela lei 11.274/2006, estabelece que o ensino fundamental terá duração de nove anos, iniciando-se aos seis anos de idade, prevendo em seus incisos os objetivos que o ensino fundamental deve atingir⁸⁰.

⁷⁹ Dados retirados do site www.ibge.gov.br. Acesso em 18.02.2009.

⁸⁰ Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: [\(Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006\)](#) I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social. § 1º É facultado aos sistemas de ensino desdobrar o ensino fundamental em ciclos. § 2º Os estabelecimentos que utilizam progressão regular por série podem adotar no ensino fundamental o regime de progressão continuada, sem prejuízo da avaliação do processo de ensino-aprendizagem, observadas as normas do respectivo sistema de ensino. § 3º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de

A garantia do ensino fundamental obrigatório, segundo Marcos MALISKA “(...) é o mínimo em termos de educação. Neste estágio, tão importante para o cidadão que está sendo educado é a educação para a sociedade, que necessita de pessoas esclarecidas, de cidadãos capazes de exercer a sua cidadania”⁸¹.

Diante disto, observa-se, conforme ensina Ricardo Lobo Torres, que o direito ao ensino fundamental compõe o mínimo existencial.

A elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o *status* de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução⁸².

Neste mesmo sentido, Ana Paula de BARCELLOS ressalta o entendimento de que o mínimo existencial compõe o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que “o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve a eficácia jurídica positiva ou simétrica”⁸³. Diante disto, tal autora conclui que

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda mais uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário⁸⁴.

Tendo a Constituição Federal galgado o direito ao ensino fundamental ao nível de direito público subjetivo, o mesmo é exigível pelos

suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. § 4º O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais. § 5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado. ([Incluído pela Lei nº 11.525, de 2007](#)).

⁸¹ MALISKA, Marcos. *O direito à educação na Constituição de 1988*, p. 222.

⁸² TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.151.

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

⁸⁴ *Ibid*, p. 258.

particulares em face do Estado. Neste sentido, têm-se as lições de Maria Cristina de Brito LIMA:

E em se tratando, portanto, de direito subjetivo, tem-se-no como uma faculdade de obrigar, isto é, o credor (cidadão) tem o direito de exigir do devedor (Estado) o cumprimento da obrigação, sendo certo que a coação, no caso, far-se-á através do próprio Estado, pela sua função jurisdicional (Poder Judiciário), que se incumbirá de interpretar a norma constitucional, no tocante à educação básica, como determina a Carta Magna vigente⁸⁵.

Apesar de ser considerado como direito público subjetivo, infelizmente, a taxa de analfabetismo no Brasil ainda é elevada sendo, segundo dados do PNAD de 2007, de 10% para as pessoas com mais de 15 (quinze) anos. Já o percentual de freqüência na escola entre as crianças de 7 (sete) a 14 (quatorze) anos era de 97,6%, em 2007.

Por ser o direito ao ensino fundamental direito público subjetivo prevê a Constituição Federal, em seu art. 208, §2º, a sanção para o caso de descumprimento, qual seja, a de responsabilizar a autoridade competente. José Afonso da SILVA, ao analisar o disposto no §2º do art. 208 da CF, questiona acerca de se saber quando a oferta do ensino fundamental será considerada irregular, afirmando que

O direito público subjetivo previsto no §1º do art. 208 está aparelhado com a respectiva sanção (§2º), consistente na responsabilização da autoridade competente pelo não-oferecimento do ensino fundamental pelo Poder Público a que incumbe essa obrigação, ou se sua oferta for *irregular*. Isso põe a questão de saber quando tal oferta se considera *regular*. A *regularidade*, no caso, não deve referir-se apenas à oferta anual de vaga e à seriação do ensino; deve, igualmente, ser levada em conta a localização da escola em relação ao local da residência do estudante. Na falta de vaga e cursos regulares na rede pública da localidade da residência do educando, é cabível atendê-lo mediante bolsa de estudos em escola privada (art. 213, §1º)⁸⁶.

A partir da análise dos dispositivos constitucionais pode-se afirmar que o direito ao ensino fundamental poderia ser em dividido, segundo Maria Cristina de Brito LIMA, em: direito à matrícula (previsto no art. 206, I, da CF), direito à merenda escolar e assistência à saúde, direito ao material escolar e ao

⁸⁵ LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 30.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p.793.

transporte, assegurados estes direitos no inciso VII do art. 208, e o direito a um ensino de qualidade⁸⁷.

Como dito, o direito fundamental à educação por ser direito público subjetivo pode ser exigido pelo particular em face do Estado, sendo que para

Gina Vidal Marcílio POMPEU

O direito à educação pode e deve ser exigido pelos educandos e seus pais de forma individual, por meio de todas as ações judiciais admissíveis no Código de Processo Civil, como e, sobretudo, deve ser exigido pela comunidade de forma coletiva, por intermédio das ações civis públicas, para as quais estão legitimados concorrentemente a agir em juízo: o Ministério Público, a União; os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios; as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 ano⁸⁸.

Nesta mesma seara, há decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, as quais concedem ao indivíduo a possibilidade de pleitear judicialmente o acesso ao ensino fundamental.

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE VAGA EM ESCOLA. DIREITO À EDUCAÇÃO. De acordo com o artigo 208, incisos I, IV e V, da Constituição Federal, e artigo 54, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente ensino fundamental, obrigatório e gratuito. RECURSO PROVIDO. (TJRS. Ap. Cível Nº 70025869173, 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, DJ: 09.10.2008).

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA PROTETIVA. DIREITO À EDUCAÇÃO. VAGA EM SÉRIE DO ENSINO FUNDAMENTAL. GARANTIA FUNDAMENTAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM SENTIDO AMPLO. MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO. ARTS. 6º, 205, 208 E 211 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (TJRS. Ap. Cível 70026659995, 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Vasco Della Giustina. DJ: 19/11/2008).

Todavia, deve-se se atentar para o fato de que a concessão de provimentos individuais pelo Poder Judiciário pode atentar contra o princípio da isonomia, se não forem mantidas as mesmas condições para todas as crianças, uma vez que apenas uma pequena parcela da população, qual seja, a que tem acesso ao Poder Judiciário, teria seu direito assegurando. Este é

⁸⁷ LIMA, Maria Cristina de Brito. *Op. cit.*, p. 90-111.

⁸⁸ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Op. cit.*, p. 149.

posicionamento que se colhe das lições de Ana Paula de BARCELLOS, para quem

A rigor, o único ponto que distingue o autor de uma demanda judicial dessas milhares de pessoas é que estas não têm a capacidade de mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia; afora isso, as duas situações são igualmente dramáticas e envolvem decisões, a primeira do magistrado e a segunda da Administração, acerca das prioridades na área da saúde. (...) se todos são igualmente dignos, não é possível proceder a qualquer distinção com base em argumentos pessoais ou particulares⁸⁹.

Neste mesmo sentido, embora analisando sob o prisma do fornecimento de medicamentos, Ricardo LUPION alerta para o fato de decisões individuais quebrarem a isonomia, afirmando que

O aumento indiscriminado dessas demandas resultará no uso da verba orçamentária prevista para atender uma política de padronização dos medicamentos para satisfação de uma coletividade, para a compra e fornecimento de determinado e especial medicamento para um cidadão que obteve provimento jurisdicional. Não é aceitável e compreensível que o atendimento do direito de saúde de um cidadão possa ser feito com sacrifício de idêntico direito dos demais⁹⁰.

Ricardo LUPION chega a uma conclusão diversa no que tange ao direito à educação ao analisar a decisão proferida no Recurso Extraordinário 410715, o qual já foi analisado acima, afirmando que este caso “Trata-se, pois, de medida de caráter universal e impessoal que atende indistintamente a todas as crianças de zero a seis anos residentes no município”⁹¹.

Apesar das críticas à concessão de provimentos jurisdicionais individuais, André Ramos TAVARES, acerca do direito de acesso à educação fundamental, assevera que este pode ser prestado individualmente.

Quer dizer que independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são também de responsabilidade do Estado. Mas o mesmo Estado não pode invocar esses seus deveres para eximir-se da obrigação de prestar, individualmente, quando solicitado, inclusive judicialmente, o devido acesso à educação fundamental, que é obrigatória⁹².

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 279-80.

⁹⁰ LUPION, Ricardo. *O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Lucano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 354.

⁹¹ *Ibid*, *ibidem*.

⁹² TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental à educação*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 786.

Há que se salientar, por fim, que conforme disposto nos §§2º e 3º do art. 211 da CF, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental, sendo, portanto, de responsabilidade de tais entes federativos a oferta regular do ensino fundamental, englobando aqui outros direitos, como direito à merenda escolar, ao transporte, à assistência médica, ao material escolar, conforme dispõe o art. 208, VII, da Constituição Federal, pois tais direitos são imprescindíveis para a efetivação da educação fundamental, como bem ressalta Maria Cristina de Brito LIMA

E da mesma forma que os demais direitos já evidenciados, o material didático e o transporte da criança até a escola revestem-se de caráter essencial, pois, sem o material, não há como estimular a criança e fazê-la absorver o conhecimento; sem o transporte para levá-la ao encontro do saber, cria-se uma dificuldade que poderá impedir a consecução do dever do Estado⁹³.

Assim, pode-se concluir que o direito à educação fundamental consubstancia-se em verdadeiro direito público subjetivo, o que não ocorre com o ensino médio, conforme será analisado a seguir.

3.1.3. Ensino médio

Estabelece o art. 208, II, da CF que o dever do Estado para com o ensino médio será garantido mediante sua progressiva universalização, sendo nesta mesma linha o contido no art. 4º, II, da Lei de Diretrizes e Bases.

Ao garantir a progressiva universalização do ensino médio, a Constituição Federal, bem como a Lei de Diretrizes e Bases, não o consagram como direito público subjetivo, na medida em que já é reconhecido, *ab initio*, que não há oferta de ensino médio a todos.

Marcos Augusto MALISKA, analisando a progressividade do ensino médio assevera que

A progressividade, de que tratam tanto a CF como a LDB, não se refere à gratuidade com base nas condições econômicas do educando, mas no sentido de que, aos poucos, depois de atendido o ensino fundamental obrigatório, o Estado passará a aumentar a oferta do ensino médio, e portanto gratuito, bem como passará a exigir a obrigatoriedade do seu curso.

⁹³ LIMA, Maria Cristina de Brito. *Op. cit.*, p. 103.

A oferta pública do ensino médio está condicionada, primeiramente, à garantia do ensino fundamental. Ao Estado cabe, prioritariamente, investir no ensino fundamental como primeira etapa da educação. Portanto, a discricionariedade administrativa de escolher entre ofertar o ensino fundamental ou o ensino médio está limitada ao pleno cumprimento da função da primeira⁹⁴.

Verifica-se, assim, que não há direito subjetivo ao ensino médio, uma vez que este ainda não é obrigatório, havendo sua progressiva universalização, na medida em que for atendido completamente o ensino fundamental.

Ademais, conforme prevê o art. 35 da Lei de Diretrizes e Bases, terá duração mínima de 03 (três) anos, estabelecendo tal dispositivo legal as finalidades a que o ensino médio visará, sendo elas:

- I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;
- II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;
- III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;
- IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

José Afonso da SILVA, analisando especialmente o inciso IV do referido art. 35, critica o fato de ter disposto que a teoria se relacionaria com a prática, afirmando que

Mas talvez melhor diria se invertesse os termos do relacionamento, não vinculando teoria com a prática, mas a prática com a teoria. Isso tem diferença. A teoria não deve preceder à prática, à experiência, porque o conhecimento nasce basicamente da experiência, e só depois desta se deve formular a teoria correspondente. Ou seja: a teoria, especialmente nas Ciências Exatas, formou-se a partir da experiência, de sorte que, didaticamente, sua transmissão também deveria seguir o mesmo método, sob pena de o aprendizado se tornar abstrato, se não decorativo⁹⁵.

Não obstante o direito ao ensino médio não ser um direito subjetivo, uma vez que a Constituição Federal assegura sua progressiva universalização, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já entendeu que uma vez ofertada

⁹⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação na Constituição de 1988*, p. 227.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p.793.

as séries anteriores do ensino médio, a Administração Pública não pode recusar-se a oferecer as séries restantes, sob pena de ferir a Constituição Federal.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ABERTURA DE TURMAS DO 3º ANO DO ENSINO MÉDIO, NO PERÍODO DIURNO. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSENTE, NAS RAZÕES DO RECURSO, QUALQUER ARGUMENTAÇÃO SOBRE A QUESTÃO. NÃO CONHECIMENTO. INTERESSE DE AGIR. PRESENÇA. DESNECESSIDADE DE EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, DA CF). VIA PROCESSUAL ADEQUADA. DEFESA DO DIREITO À EDUCAÇÃO, DE NATUREZA DIFUSA. ART. 1º, IV, DA LEI N. 7347/85. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. NÃO CABIMENTO. HIPÓTESE EM QUE SE DISCUTE DIREITO FUNDAMENTAL, DE APLICABILIDADE IMEDIATA (ART. 5º, §1º, DA CF). INTERESSE DE AGIR QUE CONTINUA HÍGIDO QUANTO À NECESSIDADE FUTURA DE OFERTA DE NOVAS VAGAS. SENTENÇA ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO INICIAL (3º ANO DO ENSINO MÉDIO NO PERÍODO DIURNO). DIREITO À EDUCAÇÃO. ART. 205, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRERROGATIVA DEFERIDA A TODOS. DEVER DO ESTADO. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 208, II, DA CF. UNIVERSALIZAÇÃO PROGRESSIVA DO ENSINO MÉDIO GRATUITO. TURMA ABERTA NO ANO DE 2002. OFENSA À NORMA CONSTITUCIONAL CASO AUSENTE A OFERTA NOS ANOS SUBSEQUENTES. OFERTA DE ENSINO NO PERÍODO DIURNO. OBRIGATORIEDADE. OMISSÃO DO ESTADO DO PARANÁ EM CUMPRIR DEVER DE PRESTAÇÃO IMPOSTO PELA CARTA MAGNA. ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DIREITO FUNDAMENTAL (ART. 6º, CAPUT, DA CF). LIMITE À MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS. INAPLICABILIDADE. DEMANDA. PROCURA PELO 3º ANO DO ENSINO MÉDIO NO PERÍODO DIURNO, AINDA QUE POR UM ALUNO APENAS. RESOLUÇÃO N. 864/2001 DA SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. NORMA EDITADA COM O OBJETIVO DE OTIMIZAR O ENSINO PÚBLICO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PARA OBSTAR A OFERTA DE ENSINO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. VALOR DESTINADO AO FUNDO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CRIADO COM A FINALIDADE DE ABSORVER TAIS VERBAS (ART. 3º, XV, DA LEI ESTADUAL N. 12.241/98). FONTE E FINALIDADE DIVERSAS DO ORÇAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO, MANTIDA A SENTENÇA QUANTO AOS DEMAIS PONTOS, INCLUSIVE EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR. Ap. Cível 0468521-2. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Josély Dittrich Ribas. DJ: 25.11.2008).

Deste modo, pode-se afirmar que mesmo o ensino médio não sendo um direito subjetivo há um mínimo de garantias que devem ser cumpridas,

quando o mesmo é ofertado pela Administração Pública, sendo, neste aspecto, exigível em face do Estado.

3.1.4. Ensino superior

A garantia do ensino superior está prevista no art. 208, V, da CF, uma vez que, nas palavras de Marcos Augusto MALISKA, “a expressão ‘níveis mais elevados do ensino’ corresponde à educação superior”⁹⁶. Conforme prevê o art. 44 da Lei de Diretrizes e Bases, o ensino superior abrange os cursos seqüenciais por campo de saber, os cursos de graduação, de pós-graduação e de extensão, tendo por finalidade, segundo o art. 43 da referida lei:

- I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; I
- II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
- III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;
- IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;
- V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;
- VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;
- VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

Jorge MIRANDA, ao analisar a universalidade do ensino, diferencia os diversos níveis educacionais, asseverando que

Ao passo que o ensino básico é necessariamente universal (por imperativo iniludível da Constituição) e o ensino secundário o pode vir a ser (por decisão legislativa), o ensino superior não o é. Nem poderia ser, por causa das desigualdades naturais entre os homens (de aptidões, de vocações, de interesses); e reconhece-las não colide com o princípio, como se sabe⁹⁷.

⁹⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação na Constituição de 1988*, p. 230.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 445.

Assim, neste caso também se verifica que não há um direito subjetivo ao ensino superior, sendo o mesmo garantido de acordo com a capacidade de cada um. Porém, apesar de não se consagrar o acesso universal à universidade, a Lei de Diretrizes e Bases, em seu art. 51, assegura um processo seletivo para ingresso no ensino superior igualitário, garantindo o princípio da isonomia. Isto é o que se colhe das lições de Marcos Augusto MALISKA, para quem

No momento, então, que o Estado compromete-se com a educação superior, no limite da capacidade intelectual individual, o acesso, indiscutivelmente, deve levar em conta a isonomia Constitucional e os processos legítimos previamente disciplinados em leis e nos estatutos das universidades. Neste sentido, o vestibular torna-se a principal forma de ingresso na universidade, pois é através dele que o conhecimento do candidato é auferido e a legitimidade de assento em um banco universitário público é garantida⁹⁸.

Ademais, prevê o art. 49 da Lei de Diretrizes e Bases que “As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo”, estabelecendo que as transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei. A lei 9536/97 regulamenta a transferência *ex officio* para os servidores públicos federais, sendo que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que essa transferência *ex officio* só pode se dar entre estabelecimentos de ensino congêneres, ou seja, de universidade pública para pública ou de universidade privada para outra privada, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR – EMPREGADO DE EMPRESA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – TRANSFERÊNCIA. 1. **A jurisprudência desta Corte reconhece o direito à matrícula em estabelecimentos de ensino congêneres, sempre que ocorrer a transferência ex officio, aos estudantes universitários, servidores da administração direta e indireta, bem como a seus dependentes. 2. Entende-se como congênera a transferência da universidade particular para particular ou pública para pública.** 3. Recurso especial não provido. (Grifo nosso). (STJ. REsp 881737. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 14.10.2008).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR DA RESERVA. TRANSFERÊNCIA EX OFFICIO NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. ENSINO SUPERIOR. TRANSFERÊNCIA DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO PARTICULAR PARA INSTITUIÇÃO DE ENSINO PÚBLICO. POSSIBILIDADE

⁹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação na Constituição de 1988*, p. 233.

DIANTE DA AUSÊNCIA DE UNIVERSIDADE CONGÊNERE NA LOCALIDADE. LEI Nº 9.536/97. PRECEDENTE DO STF. SÚMULA 7/STJ.

1. Ao militar removido ex officio assiste o direito à matrícula em estabelecimento superior congênere do novo domicílio, em qualquer época do ano. 2. O Eg. STF, no julgamento da ADI 3.324, relator Min. Marco Aurélio, assentou a inconstitucionalidade do art. 1º da lei 9.536/97, verbis: O Tribunal julgou procedente, em parte, pedido de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Lei 9.536/97 que prevê a possibilidade de efetivação de transferência ex officio de estudantes - servidores públicos civis ou militares, ou de seus dependentes - entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino superior, quando requerida em razão de remoção ou transferência de ofício desses servidores que acarrete mudança de seu domicílio. Não obstante considerar consentânea com o texto constitucional a previsão normativa asseguradora do acesso a instituição de ensino na localidade para onde é removido o servidor, entendeu-se que a possibilidade de transferência entre instituições não congêneres permitida pela norma impugnada, especialmente a da particular para a pública, haja vista a envergadura do ensino, a própria gratuidade e a escassez de vagas oferecidas pela última, acabou por conferir privilégio, sem justificativa, a determinado grupo social em detrimento do resto da sociedade, a violar os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública, da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior (CF, art. 206, I) e a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino (CF, art. 208, V). Por conseguinte, assentou-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.536/97, sem redução do texto, no que se lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública, encerrando a cláusula "entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino" a observância da natureza privada ou pública daquela de origem, viabilizada a matrícula na congênere, isto é, dar-se-á a matrícula em instituição privada se assim o for a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública. ADI 3324/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 16.12.2004. (ADI-3324) Informativo 374. 3. **É cediço nesta Corte de Justiça que: O STJ firmou entendimento de que, nas hipóteses em que o militar estudante tenha sido removido ex officio e no interesse da Administração Pública, é assegurado ao servidor e seus dependentes o direito à transferência para instituição de ensino superior congênere à de origem, ou seja, de pública para pública ou de privada para privada, salvo se não houver estabelecimento de mesma natureza no local da nova residência.** (Grifo nosso) Precedentes: AgRg no REsp 782878 / RJ, DJ 16.10.2006; REsp 832692 / RS, DJ 16.04.2007. 4. In casu, O Tribunal a quo entendeu que: Não se trata, aqui, de discutir a congeneridade, enquanto critério de transferência de servidor-estudante (civil e militar) e seus dependentes, porquanto a apelante, não obstante oriunda de instituição de ensino superior particular, onde freqüentava curso de graduação em medicina, pretende transmudar-se para localidade onde tal curso não é oferecido por universidade privada, mas, tão somente, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, onde. (fls. 218). 5. Os militares da reserva não podem ser inteiramente equiparados aos servidores civis aposentados, pois aqueles, mesmo na inatividade, ficam sujeitos à prestação de serviço militar na ativa, mediante convocação ou mobilização (art. 3º, § 1º, "b", da Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares). Assim, somente os militares inativos reformados é que estão definitivamente excluídos do serviço militar ativo. 6. O Recurso Especial não é servil ao exame de

questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ. 7. A conclusão do Tribunal de origem acerca da legitimidade da transferência de ofício ou se tratar de cargo em comissão, resultou do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos. Consectariamente, infirmar referida conclusão implicaria sindicância matéria fática, interdita ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte. 8. Recurso especial desprovido. (STJ. REsp 840966. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 13.12.2007).

Como já dito anteriormente, não há universalização do ensino superior, garantindo-se apenas processos seletivos que assegurem a isonomia dos candidatos. Por isso a transferência *ex officio* deve ser restrita aos casos previstos na lei, sob pena de ferir o acesso isonômico às instituições de ensino superior, ou nas palavras de Marcos Augusto MALISKA

A educação superior no País, nos termos da Constituição, deve ser de responsabilidade do Estado, no limite da capacidade de cada um. Desta forma, o Estado responsabiliza-se por algumas Universidades públicas que devem ser ampliadas, de modo a atingir um número de cidadãos cada vez maior. Portanto, no momento em que o acesso ao terceiro público não é universal, a universalidade deve ser garantida através de processos isonômicos de ingresso, em que apenas a capacidade intelectual seja o critério. Todo esse entendimento como premissa Constitucional, a legislação infraconstitucional e, portanto, a lei que define as transferências deve ser interpretada de modo que, em nenhuma hipótese, ocorra privilégio, situação que constitui verdadeira inconstitucionalidade⁹⁹.

Por fim, há que se ressaltar que o atual governo está, através de programas sociais, como o ProUni, buscando uma inserção mais ampla de toda a população no ensino superior, o que será analisado especificamente mais adiante.

3.2. A relação da iniciativa privada com a educação

Conforme prevê o art. 205 da Constituição, a educação, além de ser um dever do Estado, conforme já explicado anteriormente, será “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, ou seja, a sociedade também tem deveres para com a educação.

⁹⁹ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação na Constituição de 1988*, p. 241-2.

A vinculação da sociedade aos direitos fundamentais é denominada pela doutrina¹⁰⁰ de “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, isto porque a relação a qual está sendo regulada é entre particulares, e não mais entre o Estado e os particulares¹⁰¹. Ingo Wolfgang SARLET, analisando a justificativa da eficácia horizontal constata que

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas¹⁰².

Verifica-se, assim, que todos os direitos fundamentais, de algum modo, produzem efeitos nas relações que os particulares travam entre si, mas especialmente o direito à educação o possui, sendo tal eficácia prevista expressamente na Constituição.

A participação da iniciativa privada na educação é admitida pela Constituição Federal subordinada ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e à autorização e à avaliação de qualidade pelo Poder Público, nos termos do art. 209. Esses são requisitos específicos, aos quais se somam os gerais previstos no título da ordem econômica e financeira, que disciplinam a iniciativa privada como um todo e justificam a intervenção estatal em caráter de fiscalização e controle junto às instituições de ensino particulares no plano de seu desempenho econômico e financeiro.

¹⁰⁰ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*., entre outros.

¹⁰¹ Para maiores aprofundamentos acerca do tema, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003; STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 398-9.

A atividade educacional exercida pela iniciativa privada não perde o caráter eminentemente público¹⁰³. A previsão de autorização prévia e de controle de qualidade na matéria educacional determina o estabelecimento de critérios seja em relação ao próprio desempenho da atividade educacional, como ao modo de operacionalizá-la. Segundo Marcos Augusto MALISKA

A educação reveste-se de atributos de importância inquestionável para o desenvolvimento da sociedade e do país, assumindo indiscutível conteúdo público. Daí a opção pela expressão “espaço público não estatal”, pois a compreensão dos estabelecimentos privados não está restrita a uma visão comum do direito privado, livre dos princípios fundamentais do espaço público como igualdade, liberdade, democracia, respeito às minorias e outros¹⁰⁴.

Ainda que a educação seja prestada sob regime de Direito Privado, a subsunção aos demais princípios e valores registrados na Constituição se mantém. O que não poderia ser diferente, na medida em que se enuncia a educação como um direito de todos.

¹⁰³ A educação prestada por entidades particulares possui a natureza de serviço público, sofrendo, por isso, uma regulação estatal maior. Neste sentido tem-se as lições de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

“De acordo com a Constituição, são quatro estas espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade *exclusiva*, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos nela previstos. A saber: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.

Com efeito, embora a Lei Magna os declare um “dever do Estado” (arts. 196 e 197 para a saúde; 205, 208, 211 e 213 para a educação; 201 e 202 para a previdência social; e 203 e 204 para a assistência social), afirma também:

a) ou que são “livres à iniciativa privada” (arts. 199 para a saúde, 209 para a educação);

(...) Sem embargo, ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto de atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 675-6).

Corroborando com tal posicionamento, o STF ao julgar a ADI 1266 entendeu que o serviço de educação fornecido por particular é serviço público, conforme se observa da ementa de tal julgamento: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.” (Rel. Min. Eros Grau. DJ: 06.04.2005)

¹⁰⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação na Constituição de 1988*, p. 197.

Desta forma, os estabelecimentos privados estão vinculados aos princípios gerais da educação, já abordados, bem como a toda legislação que disponha sobre educação e que tenha incidência sobre as atividades educacionais que desenvolvem. Um exemplo dessa vinculação pode ser dado pelo art. 49 § único da LDB, que dispõe sobre a transferência independente de vaga¹⁰⁵.

Um exemplo desta subsunção aos princípios e valores da ordem pública encontra-se no regramento dado pela lei 9.870/99, a qual prevê em seu art. 6º¹⁰⁶ a proibição de suspensão de provas, retenção de documentos ou quaisquer outras sanções pedagógicas em virtude de inadimplemento. No §1º do mencionado dispositivo legal é previsto, também, a impossibilidade de proibir o aluno inadimplente de freqüentar a escola, determinando que “O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral”. Este dever dos particulares possui um viés defensivo ou não prestacional, uma vez que não exige uma atuação positiva, mas sim uma abstenção.

Outro exemplo do viés defensivo do direito à educação se encontra no fato, por exemplo, de o Estado não poder obrigar a criança a cursar uma disciplina religiosa, ou obrigar que faça provas em feriados religiosos. André Ramos TAVARES acerca do ensino religioso aduz que

o Estado, sendo como é, no Brasil, um Estado laico (art. 19, inc. I, da CB), não pode obrigar a criança e o adolescente a cumprir disciplina religiosa; mas tem o dever de oferecer opções de disciplinas religiosas aos que se interessem por realiza-la.

Quanto à realização de provas em feriados religiosos está em trâmite o projeto de lei nº 261/04¹⁰⁷, o qual determina que as faltas dos alunos das instituições públicas e privadas de ensino, decorrentes de motivo religioso, devem ser abonadas. O referido projeto ainda está em trâmite no Congresso Nacional, encontrando-se atualmente na Comissão de Educação.

¹⁰⁵ Ibid, ibidem.

¹⁰⁶ Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

¹⁰⁷ Art. 2º - As faltas dos alunos das instituições de ensino da rede pública, ou autorizadas pelo Poder Público, que por motivo religioso não possam comparecer às aulas ou atividades letivas no período referido no artigo anterior, serão abonadas pelas respectivas instituições de ensino.

Além disso, a Constituição prevê, no art. 213, hipóteses de destinação de recursos públicos para escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, mediante cumprimento de requisitos específicos.

Em que pese o incentivo às instituições educacionais sem fins lucrativos, a Constituição delinea claramente a prioridade de investimento na sua rede de ensino, conforme registra o § 1º do art. 213, ou seja, em princípio a educação deve ser prestada pelo Estado e a atuação da iniciativa privada tem caráter suplementar, ao contrário da regra geral relativa à atuação estatal no domínio econômico.

Enfim, no plano constitucional a atuação da iniciativa privada em matéria de educação é admitida em caráter suplementar ao papel do Estado, incentivada se ausente o fim lucrativo, mas sempre estruturada sobre princípios e valores de ordem pública.

3.3. A questão da escassez de recursos

Como visto, o direito à educação enseja a correlata obrigação do Estado em prestá-lo, o que importa na necessária observância dos princípios regentes da atividade estatal, quer sejam expressos, como a impessoalidade e a eficiência, quer sejam implícitos, como o princípio da continuidade dos serviços públicos. Ainda que seja admissível e aconselhável a participação da sociedade na concreção desse direito fundamental, o que representa mera projeção da horizontalidade dessa categoria de direitos, optou o Constituinte por tornar inarredável a participação estatal, recaindo sobre o Poder Público o dever jurídico de prestá-lo.

Visto isso será analisada, neste ponto, especificamente, a questão referente à escassez de recursos do Estado, visto que esta escassez acaba sendo um dos grandes obstáculos à efetividade do direito fundamental à educação. Neste sentido, têm-se as lições de Ingo Wolfgang SARLET

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto na

dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação¹⁰⁸.

A esse respeito, pode-se dizer, basicamente, que a escassez dá-se quando não há o suficiente para satisfazer a todos, podendo ocorrer, dependendo do caso, em maior ou menor grau. E isto pode ser evidenciado no caso da tutela à educação, uma vez que a escassez é inerente à satisfação das necessidades públicas.

Assim, observa-se que a escassez tem intersticial relação com as pretensões positivas do Estado e de modo mais acentuado com a educação, pois ainda que sejam alocados a este setor recursos vultosos, ainda assim não será possível ao Estado alocar a quantia suficiente para a efetiva satisfação de todas as necessidades públicas na educação. Segundo Gustavo AMARAL “O grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana”¹⁰⁹.

Todavia, há de se ressaltar que, apesar da falta de recursos, não pode o cidadão ser prejudicado por uma política que muitas vezes tem recursos mal distribuídos. Donde se subsume que a escassez de recursos do Estado não pode ser legitimadora para a negativa do adequado fornecimento de educação. Isso porque eventual não oferecimento de educação ou o oferecimento de forma irregular na maioria das vezes acarretará, indubitavelmente, a perda da dignidade da pessoa humana – bem de maior preciosidade que existe.

Neste sentido, Ana Paula de BARCELLOS assevera que

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição¹¹⁰.

Ingo Wolfgang SARLET, corroborando com esta idéia, aduz que

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 306.

¹⁰⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 215.

¹¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 245-6.

Lembrando-nos de que, se atentarmos contra a dignidade, estaremos na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de médico, etc¹¹¹.

Diante de tal situação, parece evidente que não há como negar, invocando a ausência de recursos, o oferecimento regular da educação fundamental, uma vez que se constitui direito público subjetivo. Nesse contexto, ao Poder Judiciário não é lícito negar tutela a esses direitos de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário devido à escassez de recursos, mesmo porque negar o dever de assumir tais encargos, a pretexto de violação ao princípio orçamentário e da quebra da harmonia e independência dos Poderes, é, na verdade, violar o princípio da razoabilidade e da legalidade. O STF decidiu, na ADPF 45, no sentido de que a reserva do possível não atinge o mínimo existencial.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (STF. ADPF 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ: 04/05/2004).

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 371.

Ressalte-se que pensar de forma diferente é possível. Há autores e inclusive julgados¹¹² que fundamentam pela outra esteira; todavia, em ambos os casos, uma escolha há de ser feita. E priorizar a questão orçamentária em detrimento da dignidade da pessoa humana, insofismavelmente, pode-se dizer, é fazer uma escolha trágica, restando sem relevância, derradeiramente, a alteração desta última Constituição, que enumerou em ordem de importância dos direitos e garantias individuais anteriormente à organização do Estado.

Torna-se, a essa altura, imprescindível a análise do chamado, pela doutrina, de reserva do possível e mínimo existencial, visto que importantes no trato da questão referente aos direitos sociais prestacionais.

A reserva do possível, de origem germânica¹¹³, consistiria numa atuação estatal possível, de forma que só seria permitido exigir dele o que ele

¹¹² Neste sentido: ADMINISTRATIVO. SUS. DOENÇA RARA NÃO DIAGNOSTICADA. FINANCIAMENTO DE VIAGEM AO EXTERIOR PELO SUS. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL.

1. Consabido que o Estado brasileiro dispõe de recursos limitados para a implantação e consecução de políticas públicas diversas, realização de investimentos e prestação dos serviços públicos essenciais.

2. A saúde, apesar de ser um direito assegurado a toda coletividade, submete-se à chamada reserva do possível.

3. As carências da sociedade são identificadas e valoradas pela Administração, que, num juízo eminentemente discricionário, define as prioridades a serem atendidas, dentro das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado. Não cabe, portanto, ao Judiciário imiscuir-se nesse juízo, determinando a aplicação dos recursos de forma diferenciada daquela pautada por critérios técnicos e científicos. (Grifo nosso)

4. Considerando-se que a doença que aflige a autora, além de ainda não ter sido diagnosticada, é apontada como sendo enfermidade extremamente rara, não sendo certa a possibilidade de sucesso em seu diagnóstico ou tratamento, que certamente teria caráter experimental, deve ser denegado o custeio pretendido, ante a duvidosa possibilidade de êxito. (TRF 4ª Região. Ap. Cível nº 200370000258729/PR. Terceira Turma. DJ: 22/08/2007).

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

1. Em que pese a previsão do artigo 196 da Constituição Federal, não deve o Poder Judiciário, em toda e qualquer demanda para fornecimento de medicamento, interferir nas decisões administrativas que visam a garantir tratamento médico mais eficiente e de maior alcance, sob pena de violação ao princípio da reserva do possível e ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

2. Além de não constar de listagem do Ministério da Saúde para fornecimento gratuito, o medicamento pleiteado sequer possui registro na ANVISA.

3. Agravo de instrumento desprovido e agravo interno prejudicado. (TRF 1ª Região. Ag. Inst. nº 159770/ RJ. Sétima Turma Especializada. DJ: 14/05/2008)

¹¹³ Conforme Ingo Wolfgang SARLET, trata-se de um *leading case*, no qual a Corte Constitucional Alemã (BverfGE nº33, §333) decidiu acerca de uma pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes. No julgamento, a Corte Constitucional firmou o posicionamento de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma

poderia suprir, ou seja, há um liame em que não é dado ao cidadão exigir algo que não é possível ao Estado atender. Segundo Paulo CALIENDO “A chamada reserva do possível pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária). A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento”¹¹⁴. Todavia, este princípio não teria aplicabilidade no que tange ao direito à educação infantil e fundamental, uma vez que este se encontra abarcado pela idéia de mínimo existencial.

O mínimo existencial, por sua vez, tem por escopo tutelar o indivíduo de forma a preservar-lhe a própria vida, a sua dignidade, sendo que não pode sofrer a limitação do princípio da reserva do possível. Deste modo, tendo em vista que o mínimo existencial pode ser exigido desde logo pelo indivíduo não pode ser limitado pelo princípio da reserva do possível.

Ricardo Lobo TORRES¹¹⁵, a esse respeito, aduz que há um conteúdo positivo nos direitos de liberdade, que se chama *status positivus libertatis*, onde se inclui o mínimo existencial. Para ele, os direitos fundamentais são garantidos pelos serviços públicos e por isso mesmo lhes constituem o fundamento. Ademais, enfatiza que a prestação estatal é obrigatória quando, por exemplo, o sistema de seguridade falhar em sua missão e o indivíduo não possuir meios indispensáveis à sobrevivência. Nestes casos, não há liberdade de atuação estatal, pelo contrário, está o Estado obrigado a agir de forma que possa prover o mínimo existencial, independentemente de eventual indisponibilidade de recursos. Isso tudo, segundo ele, tendo em vista garantir as condições da liberdade, a personalidade do cidadão.

Também de suma importância ressaltar as palavras de Robert ALEXY, que ao tratar da fundamentabilidade, estabelece duas condições, a possibilidade de proteção e fomento pelo direito e a necessidade

a segunda condição é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a *necessidade* de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade

prestação possível, isto é, nos limites do razoável. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 306)

¹¹⁴ CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 201.

¹¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, p. 39-40.

fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou toca o núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial¹¹⁶.

Ademais, há que se ressaltar que em se tratando de matéria afeta à infância e à juventude, o argumento da impossibilidade jurídica jamais poderá beneficiar àqueles que a alegam, pois nessa seara vige o princípio da absoluta prioridade. Se nem todos os direitos sociais, apesar da previsão normativa, se mostram plenamente operativos, é necessário "*determinar com que prioridade e em que medida deverão ser*", e esta escolha há muito foi feita pelo Constituinte. Assim, o direito à educação não pode sucumbir diante da alegada escassez de recursos do Estado, sendo esta a posição de Ingo Wolfgang SARLET para quem

Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre a destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental e gratuito). Além de colocar – e não sem razão – os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos com o ensino fundamental¹¹⁷.

Logo, seguindo o ensinamento de Luís Roberto BARROSO, é possível a condenação do poder público a uma obrigação de fazer (por exemplo construção de escola) no caso do não oferecimento do ensino fundamental de forma regular.

Na hipótese em exame, existe para o Estado uma obrigação de fazer, isto é, prestar educação primária aos destinatários da norma constitucional. Descumprindo-a, pode o titular do direito – por exemplo, um menor, representado por seu responsável – recorrer ao Judiciário para vê-lo assegurado.

Não existe, ao ângulo técnico-jurídico, qualquer obstáculo a que se mova contra o Estado uma ação que tenha como objeto uma obrigação de fazer, inclusive com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença¹¹⁸.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, Revista de Direito Administrativo nº 217, 1999, p. 61.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 357.

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 149.

Assim, a escassez de recursos não pode ser um empecilho para legitimar o não oferecimento ou o oferecimento irregular da educação infantil e fundamental, porquanto esse oferecimento faz parte do mínimo existencial conferido ao indivíduo como condição de liberdade e que deve prevalecer independentemente da questão orçamentária estatal. No que tange ao ensino superior, bem como ao ensino médio, a reserva do possível pode ser alegada, uma vez que eles não compõem o mínimo existencial. Inclusive, conforme já foi mencionado, a doutrina da reserva do possível surgiu a partir do julgamento pela Corte alemã de um pedido de dois estudantes que exigiam o acesso ao ensino superior, entendendo a Corte que não poderia exigir do Estado a realização de uma prestação que exceda aos limites orçamentários.

Apesar de não comporem o mínimo existencial, o ensino médio e universitário também podem ser exigidos judicialmente em determinados casos, como bem salienta Cláudio Pereira de SOUZA NETO, afirmando que

Observe-se o direito à educação. A idéia minimalista de “ajuda para a auto-ajuda” certamente chancelaria o estabelecimento do “mínimo existencial” nos limites do inciso I e dos §§ 1º e 2º do art. 208, *i.e.*, o direito à educação seria diretamente exigível apenas no patamar do ensino fundamental. O ensino médio e universitário, por outro lado, contariam tão-somente com uma eficácia reduzida, própria das normas programáticas (incisos II e V). Contudo, o Judiciário também é legítimo para garantir a prestação de ensino médio. Negar o direito à educação a quem, por razões econômicas, não pode, ainda na adolescência, custear os seus estudos, não é tratar a todos como “dignos de igual respeito”, não é atribuir a todos “oportunidades” equivalentes: é impedir que os indivíduos situados nas camadas mais pobres da população possam realizar seus projetos de vida razoáveis, como o de escolher livremente a profissão.

A versão minimalista do princípio da dignidade humana argúi que não há nada de indigno em exercer profissões que exijam pouca educação formal, razão pela qual o direito à educação não seria exigível judicialmente para além do ensino fundamental. De fato, não há nada de indigno em exercer profissões que não exijam os conhecimentos construídos no ensino médio¹¹⁹.

Quanto ao ensino infantil e fundamental, verifica-se que está insculpido aqui o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, conforme leciona Clèmerson Merlin CLÈVE, o Poder Judiciário tem o dever de garantir a observância de tal princípio em suas decisões.

¹¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 537-8.

A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo corresponde aos *standards* de justiça aceitos pela formação social brasileira. A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade da pessoa humana¹²⁰.

Disso tudo, conclui-se que, nos casos em que se garante a dignidade da pessoa humana e por conseguinte o mínimo existencial, não há falar em reserva do possível. O problema que se coloca, porém, é que a definição do conteúdo do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana não é fácil, como bem demonstra Ingo Wolfgang SARLET e Mariana Filchtiner FIGUEIREDO

O conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.), não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é uma moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas), e sistemática designadamente quando estiver em causa a extração de alguma consequência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana. (...)

O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso¹²¹.

Assim, verifica-se que a despeito de haver, conforme a doutrina e a jurisprudência majoritária, a prevalência do mínimo existencial sobre a escassez de recursos, a solução ainda está longe de ser alcançada devido à dificuldade de delimitação do conteúdo do mínimo existencial.

3.3.1. Recursos públicos destinados à educação: FUNDEB

Para garantir um mínimo de recursos destinados à educação, a fim de que o Estado não possa alegar a escassez de recursos para não

¹²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 45-6

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 26.

implementá-la, foram estabelecidos valores mínimos de destinação de recursos à educação, através da criação do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação).

Conforme prevê o art. 212 da CF, a União aplicará pelo menos 18% e os Estados e Municípios pelo menos 25% da receita resultante de impostos no manutenção e desenvolvimento do ensino. Segundo o art. 70 da Lei de Diretrizes e Bases, consideram-se despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino as que visem à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Já o art. 71¹²² da referida lei dispõe sobre as despesas que não serão consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino.

A Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, que alterou o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispôs sobre a vinculação de verbas específicas do orçamento para a implementação

¹²² Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

do direito à educação, e a fim de garantir a correta distribuição dos recursos criou o FUNDEB, o qual foi regulamentado pela lei 11.494/07.

O FUNDEB introduziu alterações na forma de desenvolvimento da educação básica no âmbito dos diferentes entes da Federação, implementando uma partilha de recursos.

Segundo o art. 3º da Lei 11.494/07, os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, são compostos por 20% (vinte por cento) das seguintes fontes de receita: I - imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos previsto no inciso I do caput do art. 155 da Constituição Federal; II - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação previsto no inciso II do caput do art. 155 combinado com o inciso IV do caput do art. 158 da Constituição Federal; III - imposto sobre a propriedade de veículos automotores previsto no inciso III do caput do art. 155 combinado com o inciso III do caput do art. 158 da Constituição Federal; IV - parcela do produto da arrecadação do imposto que a União eventualmente instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso I do caput do art. 154 da Constituição Federal prevista no inciso II do caput do art. 157 da Constituição Federal; V - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, relativamente a imóveis situados nos Municípios, prevista no inciso II do caput do art. 158 da Constituição Federal; VI - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e prevista na alínea a do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; VII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM e prevista na alínea b do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; VIII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados devida aos Estados e ao Distrito Federal e prevista no

inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989; e IX - receitas da dívida ativa tributária relativa aos impostos previstos neste artigo, bem como juros e multas eventualmente incidentes.

Além dos recursos previstos no art. 3º, *caput*, prevê seu §2º que os Fundos contarão com a complementação da União, complementação esta que não pode ser inferior ao previsto no art. 60, VII, do ADCT. Ademais, segundo o art. 10 da referida lei, a distribuição proporcional de recursos dos Fundos levará em conta as seguintes diferenças entre etapas, modalidades e tipos de estabelecimento de ensino da educação básica: I - creche em tempo integral; II - pré-escola em tempo integral; III - creche em tempo parcial; IV - pré-escola em tempo parcial; V - anos iniciais do ensino fundamental urbano; VI - anos iniciais do ensino fundamental no campo; VII - anos finais do ensino fundamental urbano; VIII - anos finais do ensino fundamental no campo; IX - ensino fundamental em tempo integral; X - ensino médio urbano; XI - ensino médio no campo; XII - ensino médio em tempo integral; XIII - ensino médio integrado à educação profissional; XIV - educação especial; XV - educação indígena e quilombola; XVI - educação de jovens e adultos com avaliação no processo; XVII - educação de jovens e adultos integrada à educação profissional de nível médio, com avaliação no processo.

Prevê ainda o art. 22 da Lei 11.494/07 que 60% dos recursos anuais do FUNDEB serão destinados à remuneração dos profissionais do magistério.

Maria Cristina de Brito LIMA, acerca do Fundo, aduz que

Do que se vê, é certo que a criação do Fundo, com a vinculação de verbas específicas ao atendimento do ensino fundamental, é um instrumento constitucional apto e de grande valor a atender e implementar a meta da educação¹²³.

Há que se ressaltar, por fim, que, conforme o disposto no art. 34, V, e, da Constituição Federal¹²⁴, caso não sejam aplicados os recursos mínimos

¹²³ LIMA, Maria Cristina de Brito. *Op. cit.*, p. 82.

¹²⁴ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000](#))

previstos no art. 212 caberá intervenção federal no ente federativo. Segundo Maria Cristina de Brito LIMA, esta previsão constitucional “veio reforçar a integridade nacional, repelindo não só o mau uso da autonomia dos Estados e do Distrito Federal, mas também a não observância da meta de garantir o direito constitucional à educação”¹²⁵.

Diante do exposto, verifica-se que o legislador buscou dar um tratamento específico à destinação de recursos à educação, garantindo um mínimo de recursos que devem ser destinados à educação, visto ser esta algo imprescindível para se garantir a dignidade da pessoa humana.

3.4. As políticas públicas em educação

Tendo em vista a previsão de alocação mínima de recursos do Estado para a educação, bem como o fato de o direito à educação exigir prestações estatais positivas, resta evidenciada a necessidade de implementação de políticas públicas pelo Estado, a fim de que os direitos sociais sejam efetivamente concretizados.

Por políticas pode-se entender, segundo Maria Paula Dallari BUCCI, “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹²⁶.

Segundo Fábio Konder COMPARATO, “O conceito de política, no sentido de programa de ação, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, durante todo o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos dos quais nos servimos habitualmente”¹²⁷.

¹²⁵ LIMA, Maria Cristina de Brito. *Op. cit.*, p. 74.

¹²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa nº 133. Brasília: Senado Federal, jan./mar., 1997, p. 91.

¹²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa nº 138. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 1998, p.44.

As políticas públicas são as ações que o governo realiza com a finalidade de atingir as metas estabelecidas e que serão realizadas pela administração pública. As políticas públicas revelam a orientação política do governo, no que tange às tarefas de interesse público. Para Guilherme Amorim Campos da SILVA, “toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, em uma meta a ser alcançada e em um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie”. O mesmo autor define política pública como “o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário”¹²⁸.

As políticas públicas são implementadas para todos. Essas políticas devem surgir da união da sociedade civil organizada, partidos políticos e o governo, que traçam juntos os destinos da nação, sendo, portanto, responsabilidade também dos cidadãos e não apenas do governo a efetivação das políticas públicas. O processo de construção das políticas públicas, no Estado Democrático e Social de Direito, passa necessariamente pela participação dos cidadãos, no intuito de buscar a efetivação dos objetivos traçados pelo Estado. Não é apenas uma atribuição do governo. Esse processo é extremamente dinâmico e conta com a participação de vários segmentos da sociedade, que fiscalizam a sua realização. O governo tem o dever de implementação, fiscalização e coordenação dessas políticas, sendo uma atribuição mais ampla do que o serviço público¹²⁹.

Com o advento do Estado Democrático e Social de Direito, a realização das políticas públicas ganha importância na medida em que, enquanto o Estado Liberal exigia preponderantemente uma prestação negativa, o perfil adotado pelo texto constitucional de 1988 exige uma prestação

¹²⁸ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p.103-104.

¹²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*, p. 90.

preponderantemente positiva do Estado. Neste sentido, têm-se as lições de Maria Paula Dallari BUCCI

Isto porque o modo como se estruturou o Estado liberal é mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje (...). O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes¹³⁰.

Insta salientar ainda que o Estado tem o dever de implementar determinadas políticas públicas, havendo uma vinculação aos preceitos constitucionais, ainda que a forma de implementação seja relativamente discricionária. Acerca desta discricionariedade relativa, o Ministro Celso de Mello, ao analisar a ADPF 45, afirmou que

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

Segundo Marília Lourido dos SANTOS “A adoção de certa política pública *representa o processo político de escolha de prioridades para o governo, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não*”¹³¹.

De acordo com Leonel Pires OHLWEILER

Fazer política pública não se reduz em um único ato ou ação, mas um constante ir e vir para criar as condições de possibilidade de uma educação igualitária, um meio ambiente sadio, uma eficiente segurança pública, etc., razão pela qual as políticas públicas vinculam as Administrações Públicas e não apenas os governantes que periodicamente alternam-se no exercício do poder¹³².

¹³⁰ Ibid, p. 89-90.

¹³¹ SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa nº 158. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 2003, p. 269.

¹³² OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 329.

Assim, as políticas públicas são orientações e diretrizes que a administração pública deve seguir para atingir o bem comum, tendo por objeto assuntos de interesse geral, possuindo a idéia de planejamento ou programa de ação governamental para determinado setor de interesse da coletividade. São, em última análise, decisões que influenciam a vida de parcela significativa da nação, sendo que essas decisões devem guardar consonância com a Constituição Federal. Na formulação das políticas públicas deve-se observar o compromisso com as exigências concretas previstas na Magna Carta. Oswaldo Luiz PALU alude a um “controle de conformidade dos atos estatais com a Constituição, decorrente do princípio da constitucionalidade, não mais mero controle de legalidade, típico do Estado de Direito formal”¹³³. O Estado Democrático e Social de Direito exige não só o controle de constitucionalidade legal, mas também o controle das políticas públicas.

Deste modo, verifica-se que para a efetiva realização dos direitos sociais faz-se imprescindível a implementação de políticas públicas, a qual, entretanto, muitas vezes não ocorre. Essa não implementação de políticas públicas implica a propositura de diversas demandas perante o Judiciário, o que faz com que surja a problemática de se o Poder Judiciário teria ou não legitimidade para controlar as políticas públicas, a fim de garantir direitos sociais.

3.4.1. A legitimidade do Poder Judiciário no controle

Como já dito anteriormente, muitas vezes, não obstante estar devidamente expresso na Constituição Federal a necessidade de políticas públicas para a efetivação de direitos sociais, tais políticas não são implementadas, o que gera o problema da falta de efetividade dos direitos sociais. Assim, para tentar solucionar essa omissão, surgem muitas demandas judiciais, o que leva à discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário para controlar as políticas públicas.

¹³³ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 20.

Acerca do que seria o controle de políticas públicas, Leonel Pires OHLWEILER aduz que

Controlar indica direcionar, impor determinado horizonte de sentido para uma ação. Adotando as condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito, o controle das políticas públicas quer dizer delimitar certo campo de ação para o agente público¹³⁴.

Andreas Joachim KRELL, analisando especificamente a problemática sobre a legitimidade do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, afirma que

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas Constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais¹³⁵.

¹³⁴ OHLWEILER, Leonel Pires. *Op. cit.*, p. 339.

¹³⁵ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22-23.

Diante deste quadro, imperiosa se faz a análise do princípio da separação de poderes, com a efetiva redefinição de seus contornos, a fim de apurar se o mesmo serve de justificativa para a vedação do juízo de constitucionalidade de políticas públicas, ou se, inversamente, tal princípio sustenta a justiciabilidade dos programas de ação governamental.

Os contornos da moderna doutrina da separação de poderes foram delineados por MONTESQUIEU, que concluiu tratar-se “de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites (...). Para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder limite o poder”¹³⁶.

Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève rebate os argumentos contra o ativismo judicial, como a eventual violação do princípio da separação dos Poderes, afirmando que

Em primeiro lugar, o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um princípio abstrato, fora da história. Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente. Ora, cumpre lembrar que o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário¹³⁷.

Desde a Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário, incumbido do controle da constitucionalidade das leis, tem tido lugar destacado na limitação e controle do Poder Público.

Ao Judiciário cabe a guarda da Constituição e a defesa das instituições democráticas, sendo-lhe função principal o controle de atos legislativos e executivos contrários ao manifesto teor da Constituição. A função de controle da constitucionalidade das leis, dos atos da Administração e das políticas públicas não reflete, contudo, uma superioridade do Judiciário sobre o

¹³⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.166.

¹³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*, p. 6-7.

Legislativo ou Executivo, mas a supremacia da Constituição sobre as leis e atos administrativos.

A supremacia da Constituição é o traço marcante do Estado constitucional. A própria teoria da soberania do Estado deve ser deslocada para a idéia de soberania da Constituição. O Estado somente alcança legitimidade, na medida em que garante as liberdades fundamentais e implementa os direitos fundamentais sociais, numa clara redefinição do conceito de soberania.

Partindo desses parâmetros, não parece que o controle jurisdicional de políticas públicas afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Antes o torna efetivo, uma vez que por meio da justiciabilidade de políticas públicas se busca garantir a implementação de direitos fundamentais positivos. A Constituição de 1988, conforme o artigo 5º, XXXV¹³⁸, conferiu ao Poder Judiciário ampla função jurisdicional, sendo vedado à lei excluir da sua apreciação lesão ou ameaça a direito.

Assim, não se pode, por certo, afastar a judicialização das políticas públicas sob o argumento de que consubstanciam questões exclusivamente políticas. As políticas públicas têm inegáveis contornos jurídicos, havendo um verdadeiro poder-dever do Judiciário em analisar sua legalidade e constitucionalidade.

Nesse sentido, Fábio Konder COMPARATO afasta a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar “questões políticas”, entendendo como válida a judiciabilidade das políticas governamentais e argumentando que “o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins”¹³⁹.

Uma das críticas ao ativismo judicial é a de que os membros integrantes do Poder Judiciário não foram eleitos, sendo que lhes faltaria

¹³⁸ Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, p. 46.

legitimidade para determinar a implementação de uma política pública, o que violaria o princípio democrático. Conforme Ricardo Lobo TORRES

O grande problema da judicialização dos direitos sociais consiste no seu caráter antidemocrático, eis que tais direitos se afirmam na via das eleições e das escolhas trágicas dos partidos políticos em torno das políticas públicas. As Cortes Constitucionais não podem agir contra as maiorias nas questões políticas, mas apenas nas decisões que afetam a jusfundamentalidade dos direitos. Além disso, as decisões casuísticas agravam as desigualdades entre as pessoas¹⁴⁰.

Todavia, Clèmerson Melin CLÈVE rebate esta alegação afirmando que

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo¹⁴¹.

Ao mesmo tempo que tal autor afirma a importância da atuação do Poder Judiciário, salienta também que deve haver um equilíbrio entre aqueles que pensam que o Judiciário nada pode fazer e aqueles que pensam que o Judiciário tudo pode fazer, equilíbrio este “sensível à percepção de que o juiz, apesar de comprometido com a efetividade da Constituição, não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito”¹⁴².

Cumprido salientar ainda que entre os diversos mecanismos de atuação do Poder Judiciário encontram-se as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, os mandados de injunção, bem como as ações civis públicas. Acerca da utilização de ações coletivas para a concretização dos direitos sociais, Cláudio Pereira de SOUZA NETO enumera diversas razões para a priorização das ações coletivas sobre a utilização de demandas individuais, afirmando que

¹⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 338.

¹⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p.35-6.

¹⁴² *Ibid*, p.36.

(a) As decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalização da prestação. Não são atendidos apenas os envolvidos diretamente no processo, mas todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições. (b) As decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública. É claro que podem alterar os rumos da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras. Mas não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador. (c) Nas ações coletivas, é discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos. Antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados. (d) A priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil. (e) A priorização de ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais. (f) Nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política no orçamento¹⁴³.

Daniel SARMENTO, nesta mesma seara, também ressalta que a efetivação dos direitos sociais através de tutelas coletivas deve ser priorizada, uma vez que

na tutela coletiva, os magistrados não tem como escapar de uma reflexão que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido. Não há como decidir uma ação civil pública que afete a todo um amplo universo de pessoas sem considerar o seu efeito sobre as políticas públicas em vigor e as verbas existentes¹⁴⁴.

Os objetivos e direitos fundamentais que orientam a Constituição gozam de plena força normativa, vinculando todos os poderes constituídos. O Estado constitucional e seus órgãos funcionalmente divididos buscam o fundamento de legitimidade na Constituição. Todos são instrumentos que devem estar à disposição da Constituição, voltados a sua fiel concretização.

Inafastável, portanto, a justiciabilidade de políticas públicas. Muito mais que um poder, o controle de políticas públicas é dever inarredável do Poder Judiciário, a quem compete fazer valer a vontade constitucional. Tal controle não afronta ao princípio da separação de poderes, senão o fortalece e nele se justifica, porquanto a separação de poderes deve ser entendida como

¹⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 543-4.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 584.

uma divisão de funções necessária a uma melhor satisfação dos ditames constitucionais.

Não obstante, há de se controlar as políticas públicas com equilíbrio e razoabilidade, como bem observa Ingo Wolfgang SARLET e Mariana Filchtiner FIGUEIREDO, segundo os quais “os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial”¹⁴⁵.

Daniel SARMENTO afirma ainda que as decisões judiciais que envolvem políticas públicas devem ser cautelosas e além disso “deve ser conjugado com outros [parâmetros], como os sugeridos acima, atinentes à razoabilidade da universalização da pretensão do titular do direito, e à essencialidade, para ele, da prestação social demandada”¹⁴⁶.

Analisando a importância da utilização dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade no controle judicial das políticas públicas, Thiago Lima BREUS salienta que

Utilizando-se dos mecanismos da proporcionalidade e da razoabilidade pode-se verificar se uma prestação do Estado, prestada por meio de uma *política pública*, é insuficiente e, portanto, correspondente a uma violação à Constituição, que deve ser reprimida¹⁴⁷.

Observa-se, assim, que parte da doutrina se utiliza do método da ponderação para a solução das demandas envolvendo os direitos sociais, através do manejo do princípio da proporcionalidade, o qual, segundo Ingo Wolfgang SARLET

Neste contexto também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais (e dos particulares, se e quando for o caso, como ocorre especialmente nas hipóteses de prestação de serviços públicos por delegação) e que incide na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertada síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador)

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 583.

¹⁴⁷ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, p. 270.

causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do (s) direito (s) restringido (s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro (s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito¹⁴⁸.

Visto isso, restam agora analisar algumas das políticas públicas implementadas pelo atual governo.

3.4.2. ProUni

Um dos programas implementados pelo atual governo foi o ProUni - Programa Universidade para Todos, que segundo o Ministério da Educação “tem como finalidade a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais em cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior. Criado pelo Governo Federal em 2004 e institucionalizado pela Lei nº 11.096, em 13 de janeiro de 2005, oferece, em contrapartida, isenção de alguns tributos àquelas instituições de ensino que aderem ao Programa”¹⁴⁹.

Segundo dados do Ministério da Educação foram ofertadas este ano 156.416 mil bolsas pelo ProUni, sendo 95.694 mil bolsas integrais.

O ProUni é direcionado aos estudantes oriundos da rede pública ou da rede particular na condição de bolsistas integrais, com renda per capita familiar máxima de três salários mínimos, sendo que os candidatos são selecionados pelas notas obtidas no ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio conjugando-se, desse modo, inclusão à qualidade e mérito dos estudantes com melhores desempenhos acadêmicos.

Deve-se ressaltar ainda que a constitucionalidade do ProUni foi questionada, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330, pela Confederação

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 379-80.

¹⁴⁹ Dados retirados do site do Ministério da Educação (www.mec.gov.br). Acesso em: 20 de fevereiro de 2009.

nacional dos estabelecimentos de ensino que alegou que alguns dos dispositivos da lei regulamentadora dispõem sobre matéria reservada à lei complementar, bem como desrespeitariam os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas.

O ministro Carlos Britto, ao relatar a ADI, refutou as alegações da Confederação nacional dos estabelecimentos de ensino, como pode se observar do constante no informativo de jurisprudência nº 500.

Quanto ao mérito, o Min. Carlos Britto, julgou improcedente o pedido formulado. Afastou, inicialmente, a alegação de que os artigos 10 e 11 da Lei 11.096/2005 ofenderiam o inciso II do art. 146 e o § 7º do art. 195 da CF. Asseverou que o termo “isenção”, contido no § 7º do art. 195 da CF, traduziria imunidade tributária, desoneração fiscal que teria como destinatárias as entidades beneficentes de assistência social que satisfizessem os requisitos estabelecidos em lei. Assim, ter-se-ia conferido à lei a força de aportar consigo as regras de configuração de determinadas entidades privadas como de beneficência no campo da assistência social, para fazerem jus a uma desoneração antecipadamente criada. Repeliu, de igual modo, a assertiva de que os dispositivos legais em causa não se limitariam a estabelecer requisitos para o gozo dessa imunidade, mas desvirtuariam o próprio conceito constitucional de “entidade beneficente de assistência social”. Aduziu que a elaboração do conceito dogmático haveria de se lastrear na própria normatividade constitucional, normatividade esta que teria as entidades beneficentes de assistência social como instituições privadas que se somariam ao Estado para o desempenho de atividades tanto de inclusão e promoção social quanto de integração comunitária (CF, art. 203, III). Esclareceu que esta seria a principal razão pela qual a Constituição Federal, ao se referir às entidades de beneficência social que atuam especificamente na área de educação, tê-las-ia designado por “escolas comunitárias confessionais ou filantrópicas” (art. 213), e destacou precedentes da Corte que concluíram que a entidade do tipo beneficente de assistência social a que alude o § 7º do seu art. 195 abarcaria a de assistência educacional. Concluiu, no ponto, que a lei impugnada não teria laborado no campo material reservado à lei complementar, mas tratado apenas de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais, critério que, atendido, possibilitaria o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados nessa lei. ADI 3330/DF, rel. Min. Carlos Britto, 2.4.2008. (ADI-3330)”

“O relator, da mesma forma, reputou descabida a afirmação de que o art. 2º da Lei 11.096/2005 afrontaria o art. 5º, I e LIV, da CF. Salientando que a igualdade é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização, entendeu que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que tivessem sido contemplados com bolsa integral constituiria discrimen que acompanharia a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Também não acolheu a tese de que o art. 7º da norma em questão violaria o princípio da autonomia universitária (CF, art. 207), visto que o PROUNI seria um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária.

Esgrimiou, ademais, o argumento de ofensa ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 170), ao fundamento de que este postulado já nasceria relativizado pela própria Constituição, pois a liberdade de iniciativa estaria sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justificasse pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por fim, rechaçou o apontado desrespeito pelo art. 9º da lei em causa ao art. 5º, XXXIX, da CF, porquanto a matéria nele versada não seria de natureza penal. Frisou que o referido dispositivo elencaria as únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelo estabelecimento de ensino superior, depois da assinatura do termo de adesão ao programa, sancionamento este que estaria a cargo do Ministério da Educação, ao qual incumbiria, ainda, o controle e gerenciamento do programa, por se tratar de matéria essencialmente administrativa. Após, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa. ADI 3330/DF, rel. Min. Carlos Britto, 2.4.2008. (ADI-3330)

A referida ação direta de inconstitucionalidade ainda está em trâmite no STF, mas a manifestação do Ministro Carlos Britto demonstra bem a importância das políticas públicas inclusivas no âmbito do direito à educação.

3.4.3. Políticas afirmativas

O atual governo, visando a universalizar o ensino público superior, implementou uma política de ação afirmativa através do sistema de cotas aos afro-descendentes e aos estudantes de escola pública.

A fim de concretizar o sistema de cotas, o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei 10.172 de 09 de janeiro de 2001, ao tratar do ensino superior, definiu como objetivo e meta

19. Criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino

O sistema de cotas raciais e sociais nas universidades, como dito, é uma política de ação afirmativa, sedo que esta é conceituada por Joaquim Barbosa GOMES como

políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física [...] visam a combater não somente as

manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade [...]. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicionais, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito¹⁵⁰.

Maria Cristina de Brito LIMA, ao analisar a ação afirmativa, assevera que

A ação afirmativa a ser posta em prática para atender ao mister não deve ter duração indeterminada, pois tenderia a implantar o ostracismo administrativo, além de impedir a qualificação do ensino público em níveis de grande competitividade, que seria desastroso para o País, que tem por meta alcançar o desenvolvimento tecnológico no século XXI¹⁵¹.

A questão tem relevância constitucional, já que seu equacionamento desafia a análise do princípio da isonomia. Todavia, o presente trabalho não tem por escopo analisar a constitucionalidade do sistema de cotas¹⁵², tendo por objetivo apenas relatar uma das políticas públicas na educação do atual governo.

Não obstante, não se pode deixar de afirmar que existe espaço para afirmação da validade do sistema de cotas de ingresso no ensino superior. Todavia, o posicionamento definitivo acerca de sua constitucionalidade não prescinde do aspecto valorativo da questão, ou seja, da análise dos objetivos visados pelo sistema de cotas e da razoabilidade e eficácia dos meios escolhidos para atingi-los. O debate ultrapassa as casas legislativas, envolvendo educadores e os meios de comunicação e não parece próximo de um consenso. A grande dificuldade não se encontra propriamente na adequação do sistema de cotas, mas principalmente na definição de critérios objetivos que possam permitir sua implantação.

¹⁵⁰ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6

¹⁵¹ LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como Direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

¹⁵² Acerca da constitucionalidade do sistema de cotas, ver: BELLINTANI, Leila Pinheiro. “Ação Afirmativa” e os princípios do Direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MALISKA, Marcos Augusto. *Análise da constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas*. In: PIZA, Evandro (org.). *Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2006.

Marcos Augusto MALISKA, acerca do assunto, assevera que

A constitucionalidade das políticas afirmativas exige, principalmente, a avaliação periódica do programa, pois se trata de mecanismo para superar as desigualdades fáticas. O tratamento isonômico formal é afastado com fundamento na desigualdade material, que impede uma consideração a priori, formal, de que todos estariam em condições equivalentes¹⁵³.

Discutindo a adoção do sistema de cotas raciais na Universidade de Brasília o partido político Democratas ajuizou a ADPF 186, alegando que o sistema de cotas poderia acentuar a discriminação e que seria a pobreza que impediria o acesso às universidades e não a raça.

O Ministro Gilmar Mendes, analisando a questão, indeferiu a medida liminar, tendo em vista que o sistema de cotas já vem sendo utilizado há anos pela Universidade de Brasília. Todavia, o ministro ressaltou a importância da discussão para fortalecer a democracia, fazendo diversos questionamentos que devem ser respondidos acerca das cotas raciais.

Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da “Democracia Racial” ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma “nação bicolor” para vencermos as “chagas” da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.? Mas, enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira?

¹⁵³ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, constituição e democracia*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 796.

Enfim, o fato é que não se pode deixar de reconhecer o potencial desafio, para as instituições de ensino superior, em assegurar aos jovens, que forem classificados no processo seletivo por meio do sistema de cotas, efetivas condições de aprendizagem e desenvolvimento intelectual, absorvendo-os em seu corpo discente através de superação de eventuais deficiências na formação em nível médio.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, verificou-se que, a despeito da divergência doutrinária, os direitos sociais devem ser compreendidos como verdadeiros direitos fundamentais, possuindo, todos eles, aplicabilidade imediata, ainda que não na mesma intensidade.

Constatou-se que o direito fundamental à educação possui uma eficácia progressiva, a qual é diferente em cada nível educacional. No que tange à educação infantil e ao ensino fundamental foi ressaltado que eles fazem parte do mínimo existencial e, por conseguinte, deve o Estado garanti-los, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caso, conforme se expôs, não pode o Estado alegar a “reserva do possível” para não cumpri-los. Buscou-se demonstrar que os cidadãos, nestes casos, podem exigir diretamente do Estado tais direitos. Todavia, tal solução nem sempre é a melhor possível, já que apenas os cidadãos que possuem acesso ao Judiciário é que seriam atendidos. Quanto aos ensinos médio e superior, apesar de não integrarem o mínimo existencial, possuem uma eficácia mínima e o Estado, na medida do possível, deve cumpri-los.

Analisou-se a vinculação dos particulares ao direito fundamental à educação, devendo eles se submeter aos princípios e valores estabelecidos na Constituição Federal, já que a educação, mesmo prestada por particulares, constitui-se como serviço público.

Considerando a exigência de prestações positivas estatais para a efetivação do direito fundamental à educação, salientou-se a necessidade de implementação de políticas públicas. No âmbito das políticas públicas, defendeu-se a legitimidade do Poder Judiciário para controlá-las, porém tal controle deve ocorrer atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Com o intuito meramente exemplificativo, analisaram-se a política do ProUni e a das cotas sociais e raciais, bem como as manifestações do Supremo Tribunal Federal a respeito delas.

Cabe assinalar que nem a previsão de direito fundamental à educação na Constituição nem mesmo a sua positivação na esfera infraconstitucional poderão, por si só, garantir a efetividade de tal direito, a qual

não depende apenas de previsão normativa, envolvendo questões políticas, sobretudo no que se refere ao estabelecimento das prioridades estatais.

Deve-se ter em mente que um Estado Democrático de Direito deve garantir patamares mínimos para a subsistência digna, o que inclui o atendimento aos direitos sociais. Entretanto, quanto a estes surge a problemática da necessidade de prestações estatais positivas e os custos delas. Assim, a efetividade dos direitos sociais, especificamente do direito à educação, está diretamente relacionada aos princípios orçamentários e à reserva do possível, uma vez que os recursos do Estado são escassos.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade passa a ter uma grande importância neste contexto, uma vez que haverá a necessidade de se ponderar quando se deve conceder ou não uma medida individual assecuratória do direito fundamental à educação em detrimento de medidas coletivas.

Em verdade, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe a observância do princípio democrático, a fim de que se busque atender todas as previsões orçamentárias, especialmente aquelas que visam a uma maior justiça social, sem priorizar as minorias em detrimento das majorias.

O que não se pode admitir é simplesmente a não efetivação do direito fundamental à educação, em razão das limitações orçamentárias do Estado, uma vez que ele faz parte do conteúdo do mínimo existencial (pelo menos no que se refere à educação infantil e ao ensino fundamental).

Destarte, observa-se que a eficácia do direito fundamental à educação está relacionada com as circunstâncias político-sociais do Estado brasileiro, devendo o jurista, ao se deparar com alguma questão envolvendo o direito à educação, possuir uma visão crítica, sopesando os valores em jogo, sendo que o objetivo do presente trabalho foi, justamente, abordar os principais aspectos desta problemática.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, In: Revista de Direito Administrativo nº 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BARRETO, Angela Maria Rabelo Ferreira. *A educação infantil no contexto das políticas públicas*. In: Revista brasileira de Educação, v. 24. Disponível em: http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/RBDE24/RBDE24_07_ANGELA_MARIA_RABELO_FERREIRA_BARRETO.pdf

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 2003.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa nº 133. Brasília: Senado Federal, jan./mar., 1997.

CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e internacional. São Paulo: RT, n.º 54, janeiro – março de 2006.

_____. *O desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

_____. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa nº 138. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 8. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

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

LUPION, Ricardo. *O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Lucano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos. 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, constituição e democracia*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O direito à educação na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MONTEQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº. 1, 1º semestre de 2004.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à Educação: controle social e exigibilidade judicial*. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 92.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas públicas (econômicas) e controle*. *Revista de Informação Legislativa* nº 158. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

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

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental à educação*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In: *Revista de Direito Administrativo* n° 177. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho – setembro de 1989.

_____. *Os direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.