

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Mestrando: Marcos Augusto Maliska

MARCOS AUGUSTO MALISKA

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

**Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação –
Mestrado, da Universidade Federal
do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Curitiba, junho de 2000.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas
Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado
Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - CEP 80020-300 Curitiba - Paraná
Fone/Fax: (041) 310-2685 - www.ufpr.br/direito - posjur@barigui.ufpr.br



PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo Mestrando **Marcos Augusto Maliska**, sob o título “**O Direito à Educação na Constituição de 1988**”, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-la por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. Fernando Gustavo Knoerr - 9,5 (nove inteiros e cinco décimos)

Prof. Dr. José Edmundo Lima Arruda Júnior - 9,5 (nove inteiros e cinco décimos)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève - 9,5 (nove inteiros e cinco décimos)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito** ao candidato **Marcos Augusto Maliska**.

A Comissão Julgadora do mesmo modo delibera recomendar ao Colegiado do Programa, a atribuição de 23 créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.
Curitiba, 26 de junho de 2000

Para Sandra, com amor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1.	O direito à educação no Constitucionalismo brasileiro	016
2.	O direito à educação como direito fundamental	033
2.1.	A noção de direitos fundamentais	033
2.2.	Questão terminológica. Distinção entre direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais	036
2.3.	Os direitos fundamentais e o Estado Social Democrático de Direito	039
2.4.	Os direitos fundamentais como parte do núcleo essencial da Constituição	050
2.5.	Os direitos fundamentais como um sistema aberto e flexível	052
2.5.1.	O § 2º do art. 5º da CF	064
2.6.	A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais	065
2.7.	Os limites materiais da reforma Constitucional. A amplitude do art. 60 § 4º inciso IV da CF.	072

2.8.	A restrição dos direitos fundamentais	078
2.9.	A colisão de direitos fundamentais	086
2.10.	A perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	090
2.11.	A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais	093
2.12.	A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Vinculação de entidades privadas	108
2.13.	A classificação dos direitos fundamentais. O direito à educação como direito fundamental prestacional.	125
3.	O conceito de direito à educação	145
4.	O ensino público e o ensino privado: princípios gerais	152
4.1.	Consideração preliminar acerca do conteúdo normativo das regras e dos princípios	152
4.2.	Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola	157
4.3.	Liberdade de apreender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber	163
4.3.1.	Pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas	167
4.4.	Valorização dos profissionais do ensino	170
4.5.	Garantia de Qualidade	173
5.	O ensino privado	177
5.1.	Natureza jurídica das instituições privadas	178
5.2.	Tipos de instituições privadas	181
5.3.	Atendimento das normas gerais da educação nacional	184
5.4.	Autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público	185
6.	O ensino público	190

6.1.	Natureza jurídica das instituições públicas	190
6.2.	Gratuidade do ensino	192
6.3.	Gestão democrática	201
6.4.	Educação infantil	204
6.5.	Educação especial	205
6.6.	Ensino fundamental obrigatório	208
6.7.	Progressiva universalização do ensino médio	213
6.8.	Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um	216
7.	O papel do Estado	229
7.1.	A União	230
7.2.	Os Estados e o Distrito Federal	233
7.3.	Os Municípios	234
7.4.	Os recursos públicos	235
7.5.	O Fundef	239
8.	As Universidades	247
8.1.	A autonomia universitária	251
8.2.	A função pública da Universidade Pública	266

CONSIDERAÇÕES FINAIS

BIBLIOGRAFIA

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa

DJ – Diário de Justiça da União

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/96.

LF – Lei Fundamental da República Federal da Alemanha

TRF 4º - Tribunal Regional Federal da 4º Região

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

RESUMO

A dissertação “O Direito à Educação na Constituição de 1988” é uma análise do conteúdo sobre educação constante da Constituição Brasileira de 1988. O fato de a Constituição ter definido o Estado Brasileiro como um Estado Social Democrático de Direito implica afirmar que, muito além da garantia de liberdade individual, o Estado é devedor de prestações, de modo a promover a justiça social. O direito à educação, neste sentido, assume posição de destaque na ordem constitucional. A educação é fundamental para o exercício da cidadania pois, além de qualificar para o trabalho, possibilita também o fortalecimento da democracia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Monographie „O Direito à Educação na Constituição de 1988“ ist eine Analyse über die Bildung in der brasilianischen Verfassung. Brasilien ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat. Das heißt, dass der Staat dem Bürger nicht nur individuelle Freiheiten und Rechtsgarantien geben muss. Er hat auch die Aufgabe, die sozialen Gegensätze auszugleichen und damit für soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit zu sorgen. Die Bildung ist eine Grundbedingung für die Menschen, weil sie so leichter Arbeit finden können. Die Bildung ist auch wichtig, weil sie mehr Demokratie geben kann. Mit dieser Monographie schließt der Autor sein „Mestrado“ an der „Universidade Federal do Paraná“ ab.

AGRADECIMENTOS

Sem a ajuda dos amigos este trabalho não seria realizado. Por isso, quero aqui deixar registrado os meus agradecimentos aos professores que compuseram a banca, em especial aos professores Clèmerson e Edmundo, aos colegas da pós-graduação, aos membros do CEJUR, aos colegas da Procuradoria da Universidade Federal do Paraná e às funcionárias da secretaria da Pós-Graduação em Direito da UFPR.

INTRODUÇÃO

O direito constitucional assume, nos dias de hoje, a importante tarefa de ser a ponte que liga o conhecimento interdisciplinar, portanto, o conhecimento da filosofia e da sociologia do direito, principalmente, com a técnica jurídica propriamente dita. A necessidade de uma releitura da legislação infraconstitucional, tendo presente o texto constitucional e a sua textura aberta a conhecimentos que extrapolam os limites da ciência jurídica tradicional, aponta o direito constitucional como um dos mais importantes ramos do direito.

Nesta perspectiva é que se assentaram os estudos no mestrado. Não obstante, a propensão inicial de se realizar um estudo de teoria constitucional, por sugestão do orientador, apontou-se a idéia do estudo de um instituto do direito constitucional. Levando-se em consideração a pouca bibliografia que trata da matéria, para não mencionar a ausência completa na literatura nacional de um trabalho que tenha sistematizado o conteúdo sobre a educação na Constituição, bem como a atividade profissional do mestrando como Procurador da Universidade Federal do Paraná, surgiu a idéia de estudar o direito à educação na Constituição de 1988.

A teoria não foi totalmente abandonada uma vez que serviu de instrumento para a compreensão das complexas questões que envolvem a matéria. Considerando o conteúdo constitucional sobre o direito à educação,

uma teoria adequada dos direitos fundamentais e a experiência profissional do mestrando, ao trazer para a discussão do texto constitucional questões que envolvem a atividade diária do operador do direito que trabalha com o direito à educação, houve a intenção de dar ao trabalho um enfoque teórico sobre questões práticas.

A prática profissional revela que os operadores jurídicos que atuam diariamente como advogados, juizes ou promotores, estão abandonados pelos teóricos do direito, em face da ausência de trabalhos acadêmicos voltados para a realidade do direito que é aplicado no dia-a-dia. As reflexões acadêmicas, sem abandonar o caráter de cientificidade e profundidade da reflexão, devem também estar voltadas para o atuar do profissional do direito na prática, até em razão de que é na prática que se comprova a utilidade social do trabalho. É outra a época em que se escrevia para as bibliotecas, numa linguagem burilada, e portanto, de difícil acesso. Trata-se de pensar o cotidiano com base teórica, aplicar nos processos judiciais e nos pareceres as questões que são discutidas, exaustivamente, na academia.

É sob esta perspectiva que este trabalho pretende dar a sua contribuição. Não há a pretensão de esgotar o assunto, até mesmo em razão da complexidade de cada tópico. A título exemplificativo, a autonomia universitária, que é tratada no último capítulo, renderia uma dissertação inteira. A questão da autonomia das universidades envolve diversos aspectos do direito constitucional e, portanto, uma simples menção é insuficiente para abranger e desenvolver um tema tão amplo e complexo. Mas como o propósito não é aprofundar os assuntos tratados, mas tentar sistematizar o conteúdo constitucional sobre o direito à educação, a menção é breve, para dar espaço a todos os aspectos dispostos na Carta Constitucional.

As regras metodológicas foram atendidas naquilo que se apresentaram como úteis. Neste sentido, a disposição dos capítulos não se deu de forma proporcional, já que alguns teriam que, necessariamente, receber maior enfoque.

De outro modo, outros, ainda que curtos, tiveram que receber o *status* de capítulo por tratarem de assuntos centrais na abordagem do tema. A paráfrase foi bastante utilizada, em especial, na tradução de textos estrangeiros, procurando reproduzir, com fidelidade, o pensamento dos autores.

O trabalho está dividido em oito capítulos. O primeiro capítulo trata do direito à educação no Constitucionalismo brasileiro. É uma revisão do conteúdo sobre o direito à educação que foi disciplinado nas Constituições do Brasil. No segundo capítulo, encontra-se uma revisão teórica com apontamento de questões concretas sobre os direitos fundamentais. Em especial, o item 2.3. aborda a relação entre os direitos fundamentais e a idéia de Estado Social Democrático de Direito. Levando-se em conta a noção que a Constituição procurou imprimir acerca da idéia de Estado, desenvolve-se uma abordagem na tentativa de verificar até que ponto a garantia do direito à educação implica também a garantia de um Estado que possibilite a sua oferta. O capítulo terceiro procura conceituar o direito à educação, tendo por base o art. 205 da CF. O capítulo quarto trata dos princípios gerais do ensino. Neste capítulo, procura-se identificar os princípios comuns às instituições públicas e privadas de ensino, com especial atenção à chamada função pública não-estatal dos estabelecimentos privados de ensino. O ensino privado é objeto de um estudo específico no quinto capítulo. As características especiais do ensino público são abordadas no sexto capítulo. A título exemplificativo, o princípio do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, revela-se em um dos mais importantes princípios para se compreender a forma de ingresso no ensino superior público e para a interpretação de questões que estão constantemente sendo analisadas, tanto pelas administrações universitárias como pelo Poder Judiciário. O sétimo capítulo discute o papel do Estado e os recursos para o financiamento dos ensinos público e privado quando cabível, com uma análise especial acerca da Constitucionalidade do Fundef. O oitavo e último capítulo versa sobre a

autonomia e a crise universitárias e, em especial, sobre a função pública da universidade pública.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Constituição de 1824

O direito à educação na Constituição de 1824 é expressado em dois tópicos do art. 179, que enumera os direitos civis e políticos. Compreendidos em harmonia com o resto da Constituição, o tratamento dispensado à educação na Constituição do Império do Brasil é bastante reduzido e reproduz o entendimento da época em que a educação ficava a cargo, preponderantemente, da família e da Igreja.

Os dois dispositivos citados dispunham que “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos” (Art. 179, nº 32) e que a Constituição garantia colégios e Universidades, onde seriam ensinados os elementos das ciências, belas-artes e artes (Art. 179, nº 33).

Importa observar, como bem lembra Pedro Calmon¹, a influência que a Revolução Francesa teve na Constituição Imperial. Quando Dom Pedro I dissolveu a Assembléia Constituinte (que funcionou entre 02 de maio e 12 de novembro de 1823), por temer o rumo revolucionário dos seus trabalhos, e encarregou o Conselho de Estado da feitura do projeto, prometeu conceder ao Império uma Constituição duplamente liberal. Essa característica liberal apresenta-se incontestável quando anota José Afonso da Silva ser a Constituição Brasileira de 1824 a primeira, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do

¹ CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 8.

homem (art. 179 “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”).²

A influência francesa produziu na estrutura política nacional alguns extremos que, em essência, são inconciliáveis, como liberdade e escravidão, unicidade religiosa e garantia das demais religiões, doméstico ou particular, sem forma alguma exterior de templo, enfim, uma roupagem liberal em um regime conservador.

A Lei de 1º de Outubro de 1828, que criou em cada cidade e vila do Império Câmaras Municipais, em seu art. 70, conferiu a tais “inspeção sobre as escolas de primeiras letras, e educação”.

A Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 - Ato Adicional, única alteração formal da Constituição Imperial até a proclamação da República, em seu art. 10 n.º 2, determinou ser da competência das Assembléias das Províncias legislar sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la, não compreendendo, no entanto, as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, as academias na época existentes e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que, para o futuro, fossem criados por lei geral.

O direito à educação na Constituição Imperial Brasileira apresentou-se, portanto, de forma tímida e fortemente caracterizado pela participação da Igreja Católica no processo de educação do povo. Outro aspecto que merece ser ressaltado é a centralização do ensino, em grande medida sob determinação da Coroa.

A Constituição de 1891

A Constituição de 1891 inaugurou uma nova fase no Constitucionalismo brasileiro, o da República Federativa. Vencido o regime monárquico, a

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 169.

República pretendeu transformar o Brasil dando-lhe outra característica política, que tinha como pano de fundo a democracia, a federação e o fim dos privilégios honoríficos.

Se a Revolução Francesa teve forte influência na Constituição de 1824, o modelo Norte Americano teve na Constituição de 1891, a começar pelo nome da República Brasileira: Estados Unidos do Brasil.

Com a Constituição de 1891, o direito à educação sofreu algumas alterações, com ênfase no carácter laico e descentralizado do ensino.

O rompimento com a Igreja Católica foi uma das basilares diferenças entre o regime republicano e o regime monárquico. O ensino, neste sentido, sofreu natural transformação, pois, no antigo regime esse era de incumbência preponderante da Igreja, responsável pela formação educacional, moral e católica do povo. O art. 72, que enumerava os direitos civis e políticos, em seu parágrafo 6º dispunha: “Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”.

Outra característica que evidenciou a diferença com o modelo anterior foi o carácter descentralizado. O art. 34 dispunha ser da competência privativa do Congresso Nacional legislar sobre o ensino superior. O art. 35 (nºs 2º, 3º e 4º), por sua vez, incumbia de forma não privativa ao Congresso Nacional, animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciências, criar instituições de ensino superior e secundários nos Estados e prover a instrução secundária no Distrito Federal.

Em razão do art. 65 nº 2º dispor acerca da competência residual dos Estados, João Batista Herkenhoff escreve: “Como essa Constituição adotou o princípio de que caberiam aos Estados todos os poderes ou direitos não reservados à União, ficou entendido que às esferas estaduais, em matéria de educação, competiria: a) legislar sobre o ensino secundário e primário; b) criar e manter instituições de ensino superior e secundário, sem prejuízo de que

também o Governo Federal pudesse fazê-lo; c) criar e manter as escolas primárias.”³

A Constituição anterior dispunha sobre a gratuidade da instrução primária. Na primeira Constituição Republicana do Brasil não existiu qualquer menção a esse respeito.

É importante ressaltar que são poucas as diferenças político-ideológicas entre a Constituição Imperial e a Constituição de 1891. Como afirma Pedro Calmon⁴, “tirando a vitaliciedade do Senado e o Poder Moderador, que o Imperador exercia, o Brasil poderia considerar-se uma República liberal-democrática”. Quer-se, com isso, dizer que o modelo assumido pelo Império do Brasil era tendencialmente liberal, principalmente no sentido da garantia dos direitos civis e políticos. Desta forma, no tocante à educação, o comprometimento do Estado com os chamados direitos sociais não existia na Constituição de 1824, mas também não existiu na Constituição de 1891. Mudou-se a forma de Estado e de Governo, mas as linhas mestras do paradigma liberal continuaram inalteradas.

A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 deixou a tradição liberal democrática da primeira Constituição Republicana para filiar-se à cultura Constitucional de Weimar. Neste sentido, a inserção de novos títulos no texto Constitucional, como os relativos à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, enfim, à positivação de direitos sociais.

Neste espírito, o direito à educação teve considerável prestígio. Escreve Paulino Jacques que “os princípios e normas educativo-culturais foram elevados à categoria de direitos constitucionais com a Constituição Mexicana de 1917

³ HERKENHOFF, João Batista. *Constituinte e Educação*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 37.

⁴ CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, p.10.

(art. 3º) e, logo após, com a Constituição Russa, de 1919 (art. 17). Em 1919, com a Constituição de Weimar (arts. 142-150), tiveram o merecido desenvolvimento. (...) A Constituição alemã espiritualizava-se e liberalizava-se: admitia o ensino livre à iniciativa particular (art. 145); o ensino religioso facultativo (art. 149) e tornava gratuito o ensino primário e profissional (art. 145). (...) A Constituição Brasileira de 1934 adotou a técnica de Weimar, abrindo um capítulo especial para tratar da ‘Educação e da Cultura’, em longos e minuciosos artigos.”⁵

Com a Constituição de 1934, o governo federal assumiu a tarefa de traçar as diretrizes da educação nacional (art. 5º XIV), princípio que vigora até os dias atuais. Abandonou-se a característica descentralizadora da Constituição de 1891, em prol da realização de um projeto de educação nacional. Observa-se que o § 3º do art. 5º não invalidou a iniciativa dos Estados de complementarem as diretrizes determinadas em nível nacional de modo a atender as peculiaridades locais. Desta forma, nos termos do art. 10, inciso VI, a competência concorrente entre a União e os Estados na difusão da instrução pública em todos os seus graus.

No Título que trata da Ordem Econômica e Social, dispunha o texto Constitucional (art. 138, alíneas “b” e “e”) incumbir ao Estado o estímulo à educação eugênica, bem como a proteção da juventude contra toda exploração e abandono físico, moral e intelectual.

O art. 139 tratou da educação do trabalhador e de sua família ao dispor que toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, seria obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

⁵ JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 267 e 268.

Pela primeira vez, em um texto Constitucional nacional, o direito à educação foi elevado a categoria de direito subjetivo público, nos termos do art. 149: “a educação é um direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”.

A atuação estatal no campo da educação foi dividida entre a União e os Estados (incluído o Distrito Federal). A menção aos Municípios somente ocorreu devido à necessidade da aplicação de suas receitas. A União tornou-se apta à fixação do plano nacional de educação, coordenação e fiscalização de sua execução, ao reconhecimento oficial e fiscalização dos estabelecimentos secundários, complementar deste e superior, à organização e manutenção de sistemas educativos apropriados nos Territórios, à manutenção, no Distrito Federal, do ensino secundário e complementar deste, superior e universitário, à atuação supletiva, onde se fizesse necessária, por deficiência de iniciativa ou de recursos, bem como pelo estímulo à obra educativa em todo o País (art. 150). A União aplicaria nunca menos de dez por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos. Vinte por cento das cotas destinadas à educação pela União seriam aplicadas para a realização do ensino nas zonas rurais (art. 156, parágrafo único).

Aos Estados e ao Distrito Federal, competia organizar e manter sistemas educativos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União (art. 151). Os Estados e o Distrito Federal aplicariam nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos (art. 156). Os Municípios, ainda que suas atribuições não estivessem determinadas no texto Constitucional relativo à educação, destinariam nunca menos de dez por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento da educação (art. 156).

A Constituição ainda dispunha acerca da formação de fundos de educação, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esses fundos seriam formados com as sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros. Os valores seriam investidos exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei, bem como em auxílios a alunos necessitados mediante o fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistências alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas (art. 157).

A Constituição também garantia a liberdade de cátedra (art. 155), bem como vedava a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial, assim como, em qualquer curso, a de provas escolares de habilitação, determinadas em lei ou regulamento. Aos professores nomeados, por concurso, para os institutos oficiais, estava garantida a vitaliciedade e a inamovibilidade nos cargos (art. 158).

Ao Conselho Nacional de Educação competia a elaboração do plano nacional de educação para ser aprovado pelo Poder Legislativo. O art. 150, parágrafo único, dispunha acerca das normas gerais: a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória (extensivo aos adultos); b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível; c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições das legislações federal e estadual; d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras; e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção, por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso; f) reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurassem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servissem, e uma remuneração condigna.

Por fim, a Constituição ainda dispunha acerca da frequência facultativa do ensino religioso nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais, ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, manifestada pelos pais ou responsáveis (art. 153), bem como da isenção de qualquer tributo aos estabelecimentos particulares de educação gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos (art. 154). Observa-se que a Constituição de 1934 rompeu com o ensino laico da Constituição de 1891.

A Constituição de 1937

Com a Constituição de 1937, o Brasil viveu a sua experiência sob um regime fascista. Altamente concentradora, a Constituição evidenciava alguns mitos como o patriotismo, os símbolos nacionais, a figura do Presidente. Escreve Pedro Calmon: “Pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, o governo do Sr. Getúlio Vargas substituiu a Constituição de 16 de julho de 1934 pela Carta então outorgada. Feita sem a colaboração dos partidos nem as injunções da opinião, a carta de 10 de novembro havia de refletir, em verdade refletiu, o espírito autoritário, de governo forte, ou ‘Estado Novo’, afinal anti-partidário (o Presidente da República como chefe da política nacional). Estabeleceu a preeminência incontrastável do executivo.”⁶

A nova política do país teve grande repercussão na educação, tornando substanciais as alterações em relação à Constituição revogada. João Batista Herkenhoff, em duras críticas à Constituição de Vargas, escreve: “Sob a inspiração do Fascismo, via-se o Estado promovendo a disciplina moral e o adestramento físico da juventude, de maneira a prepará-la para o cumprimento

⁶ CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, p.14.

de seus deveres com a economia e a defesa da nação. Foi dada ênfase ao ensino cívico, que se confundia com o culto ao regime e à pessoa do ditador.”⁷

A Constituição determinou ser da competência privativa da União fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deveriam obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude (art. 15 IX, e 16 XXIV). O Estado fascista de 1937, como observa João Batista Herkenhoff, “concedeu acentuado privilégio ao ensino particular, reservando ao Estado uma função suplementar de preencher as deficiências e lacunas desse ensino”⁸. Neste sentido, o art. 125, determinava ser a educação o primeiro dever dos pais, cumprindo ao Estado colaborar de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.⁹ Em caso de pais miseráveis, cumpria a estes invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importava em falta grave dos responsáveis (art. 127, 2º e 3º partes).

Outra crítica ao modelo de 1937, pode ser apontada na existência de escolas secundárias com a missão de preparar a elite dirigente, e de escolas profissionais destinadas aos que seriam dirigidos.¹⁰ Dispunha o art. 129, segunda

⁷ HERKENHOFF, João Batista. *Constituinte e Educação*, p. 40 e 41. Dispunha o art. 131 que a educação física, o ensino cívico e o de trabalhos manuais seriam obrigatórios em todas as escolas primárias, normais e secundárias. Assim, também o art. 132 dispunha acerca da fundação de instituições, públicas ou privadas, com a finalidade de promover à juventude a “disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação”.

⁸ HERKENHOFF, João Batista. *Constituinte e Educação*, p. 41.

⁹ Também o art. 129 dispunha acerca do caráter subsidiário do dever do Estado para com a educação: “Art. 129 - À infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.”

¹⁰ Neste sentido, o art. 129, 3º parte, que dispunha acerca do dever das indústrias e dos sindicatos econômicos de criar, na esfera da sua especialidade, escola de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados.

parte, ser o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas, o primeiro dever do Estado.

O art. 130 dispunha acerca da gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário, ressaltando que a gratuidade não excluía o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados, fixando, para isso, por ocasião da matrícula, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar por parte daqueles que não alegassem, ou notoriamente não pudessem alegar escassez de recursos. O ensino religioso permaneceu de caráter facultativo (art. 133).

Importa, também, observar o silêncio da Constituição no tocante à indicação dos recursos necessários postos em disponibilidade para que os governos federal, estadual e municipal pudessem cumprir seus encargos na área educacional.

Dentro da característica do regime de 1937, o Decreto-lei 1.202, de 08 de abril de 1939, disciplinou as normas políticas dos Estados até a outorga das respectivas constituições (art. 1º). Em matéria de educação, o referido Decreto-lei apenas reforçou o caráter centralizador das medidas político-administrativas. O art. 32 dispunha acerca da competência do Interventor ou Governador de baixar Decretos-leis, condicionados à aprovação do Presidente da República, acerca de escolas de grau secundário e superior, e da regulamentação, no todo ou em parte, do ensino de qualquer grau (art.32, inciso VII).

O art. 33 do referido Decreto-lei vedava aos Estados e aos Municípios impor ao exercício das artes e das ciências, e ao seu ensino, restrições que não estivessem expressas em lei federal. O art. 53, em seu parágrafo único, disciplinava, ainda, a existência, em todas as escolas públicas e particulares, da bandeira nacional, em lugar de honra.

A Constituição de 1946

Com a redemocratização do país, o estabelecimento das eleições diretas que, nas palavras de Pedro Calmon, tinham sido, até então, “as mais livres, ou as mais perfeitas, da História brasileira, ou seja, fiscalizadas por um governo imparcial, esclarecidas por uma imprensa de debate, animadas pela propaganda e pela concorrência às urnas, em índices até então insuperados”¹¹, a Assembléia Nacional Constituinte, tomando por base a Constituição de 1934, em sua índole social-democrática, promulgou a quinta Constituição do Brasil.

Em matéria de educação, a Constituição manteve a competência da União de legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, não excluindo a competência dos Estados de legislarem de forma supletiva ou complementar (art. 5º XV “d” e art. 6º).

A Constituição definiu a educação como direito de todos, devendo ser garantida no lar e na escola e inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana (art. 166).

A Carta Constitucional definiu como atribuição do Estado o dever para com o ensino, não excluindo a iniciativa privada (art. 167). Além disso, reservou os recursos para educação na ordem de, no mínimo, dez por cento (10%) para a União, e de, no mínimo, vinte por cento (20%) para o Distrito Federal, os Estados e os Municípios (art. 169). A Constituição também dividiu o sistema de ensino em dois: o sistema federal e dos Territórios, organizado pela União, de caráter supletivo, extensivo a todo país, com a finalidade de atender estritamente as deficiências locais; e o sistema dos Estados e do Distrito Federal (art. 170, parágrafo único, e art. 171). Determinou também a Constituição que a União poderia cooperar com os sistemas estaduais de ensino, através de auxílio pecuniário, auxílio que, no caso do ensino primário, ficaria a cargo do respectivo Fundo Nacional (art. 171, parágrafo único). Ambos os sistemas de ensino deveriam possuir serviços de assistência educacional que assegurassem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar (art. 172).

¹¹ CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, p.14 e 15.

A Constituição adotou, como princípios da legislação do ensino, a obrigatoriedade do ensino primário, dado em língua nacional; a gratuidade do ensino primário oficial, e ao ulterior oficial somente àqueles que provassem falta ou insuficiência de recursos; ensino primário gratuito, mantido por empresas industriais, comerciais e agrícolas, nas quais trabalhassem mais de cem pessoas; a necessidade de empresas industriais e comerciais ministrarem, em cooperação, cursos de aprendizagem aos seus trabalhadores menores, respeitados os direitos dos professores; caráter facultativo do ensino religioso; exigência de concurso de provas e títulos para provimento das cátedras no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, sendo garantida a vitaliciedade aos professores admitidos por concurso; garantia da liberdade de cátedra (art. 168 e incisos).

A Constituição determinou ainda a liberdade das ciências, das letras e das artes (art. 173) e o dever do Estado para com o amparo à cultura, devendo a lei promover a criação de institutos de pesquisas, de preferência, junto aos estabelecimentos de ensino superior (art. 174, parágrafo único).

A Constituição de 1967

A Constituição de 1967 foi antecedida de diversos atos jurídicos anti-democráticos iniciados com o golpe de Estado de 31 de março de 1964. O movimento militar que destituiu o Presidente eleito, em todos os instantes, pregava a existência de uma “revolução permanente”, com o apoio popular, e que vinha para retomar o caminho das instituições e da tradição do povo brasileiro. A tentativa de dar características democráticas aos atos verdadeiramente despóticos foi uma regra na ditadura iniciada em 1964.

Após inúmeras emendas à Constituição de 1946, o Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir, extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para a

discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

A nova Constituição do Brasil, ainda que realizada pelo Congresso Nacional, teve considerável censura, de modo que se constituiu em verdadeiro retrocesso democrático.

O direito à educação teve consideráveis alterações, em especial, a abolição da fixação de percentuais orçamentários destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino.

O art. 8º dispunha, no inciso XIV, ser da competência da União estabelecer planos nacionais de educação, e no inciso XVII, alínea “q”, ser da competência da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, assim como normas gerais sobre desportos.

O art. 168 dispunha que a educação era direito de todos e deveria ser dada no lar e na escola, sendo assegurada a igualdade de oportunidades e inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. João Batista Herkenhoff escreve que o princípio da “unidade nacional” foi “bastante equívoco no Brasil pós-1964, quando unidade e segurança nacional foram confundidos com unidade ideológica e segurança do regime ditatorial”¹².

O ensino ficou garantido à livre iniciativa, competindo ao Estado dar amparo técnico e financeiro, inclusive bolsas de estudo (art. 168 § 2º). Esta liberalização do ensino financiada pelo Estado não fica imune a críticas, uma vez que as escassas verbas públicas para educação, em vez de financiarem o ensino público, universal e gratuito, foram destinadas às escolas particulares como clara demonstração da ausência de um projeto justo de redistribuição da riqueza, bem como da impossibilidade de ascensão social das classes pobres.

A Constituição atribuía ao Estado o dever de ministrar o ensino nos diferentes graus (art. 168 § 1º). Os Estados e o Distrito Federal organizariam os seus sistemas de ensino, a União organizaria o sistema de ensino dos Territórios,

assim como o sistema federal, o qual teria caráter supletivo e se estenderia a todo país, nos estritos limites das deficiências locais. Incumbia também à União prestar assistência técnica e financeira aos Estados e ao Distrito Federal na manutenção de seus sistemas estaduais (art. 169 § 1º). Ficou disposto também a obrigatoriedade, em todos os sistemas de ensino, dos serviços de assistência educacional que assegurassem, aos alunos necessitados, condições de eficiência escolar. (art. 169 § 2º)

Os princípios e normas da legislação do ensino ficaram assim definidos: o ensino primário somente seria ministrado na língua nacional; o ensino seria obrigatório e gratuito, nos estabelecimentos oficiais, dos sete aos quatorze anos; o ensino oficial ulterior ao primário seria, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provassem falta ou insuficiência de recursos¹³ – sempre que possível, o Poder Público substituiria o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigindo o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior; o ensino religioso seria de caráter facultativo; o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior deveria ser feito mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratasse de ensino oficial; ficaria garantida da liberdade de cátedra (art. 168 § 3º e incisos).

A Constituição ainda exigiu das empresas comerciais, industriais e agrícolas a manutenção do ensino primário gratuito para seus empregados e para os filhos destes, bem como a promoção de cursos de aprendizagem para seus trabalhadores menores (art. 170 e parágrafo único).

¹² HERKENHOFF, João Batista. *Constituinte e Educação*, p. 43.

¹³ No dizer de João Batista Herkenhoff, “a gratuidade, no ensino ulterior ao primário, para os que provassem falta ou insuficiência de recursos, foi restringida, uma vez que se passou a exigir a demonstração de efetivo aproveitamento por parte dos beneficiários da gratuidade. Criou-se, assim, mais uma discriminação contra os pobres: teriam que ser bons alunos, como se isso não fosse uma obrigação de todos.” *Constituinte e Educação*, p. 44.

Ficou estabelecida a liberdade das ciências, das letras e das artes (art. 171), bem como o dever do Poder Público de incentivar a pesquisa científica e tecnológica e de amparar a cultura (art. 171, parágrafo único, e 172).

A Constituição de 1969

O golpe de Estado de 31 de março de 1964 encontrou o seu ápice no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e na Constituição de 1969. A partir destes episódios, o Brasil mergulhou na mais violenta repressão de sua História, marcada por verdadeiros atos de terror praticados pelos militares.

Representando unicamente o interesse daqueles que estavam no comando do país, a Constituição de 1969 liquidou todas as expressões democráticas que ainda subsistiam. Procurando apresentar-se formalmente democrática, a Constituição apresentou-se sob a forma de emenda à Constituição de 1967, com alterações em todo o seu texto.

O direito à educação teve consideráveis alterações, como aquelas dispostas no art. 8º inciso XIV que, além do estabelecimento e execução do plano nacional de educação, dispôs também acerca do plano regional de desenvolvimento.

O art. 176 repetiu o art. 168 da Constituição de 1967, suprimindo a expressão que assegurava a “igualdade de oportunidade”.

No tocante aos princípios da legislação de ensino, a alteração substancial foi encontrada na substituição da garantia da liberdade de cátedra pela “liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no art. 154”.¹⁴

¹⁴ “Art. 154: O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daquele direito de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

O art. 178 acrescentou ao art. 170 da Constituição de 1967, a possibilidade da contribuição do salário-educação. O art. 179 restringiu a liberdade das ciências, letras e artes, em relação ao que foi disposto no § 8º do art. 153.¹⁵

Importa também observar que o art. 15 § 3º, alínea “f”, possibilitou a intervenção nos Municípios quando da não aplicação, no ensino primário, em cada ano, de vinte por cento, pelo menos, da receita tributária municipal. A vinculação orçamentária, em matéria de educação, na redação originária da Constituição de 1969, estava prevista apenas para os Municípios.

Com a Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, ficou assegurada aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

A Emenda Constitucional nº 18, de 30 de junho de 1981, inseriu um inciso ao art. 165 da Constituição Federal, dispondo acerca da aposentadoria especial para professores sendo, para o homem, após 30 anos, e, para mulher, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.

Parágrafo Único: Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.”

¹⁵ “Art. 153 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

A Emenda Constitucional nº 24, de 01 de dezembro de 1983, acrescentou o § 4º ao art. 176 da Constituição, dispondo acerca do percentual mínimo de aplicação dos recursos orçamentários em educação sendo, para a União o percentual de treze por cento e, para os Estados, para o Distrito Federal e para os Municípios, vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos.

2. O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1. A noção de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos, na lição de Canotilho, em duas fases: “uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Declaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa cegueira em relação à idéia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada Constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais”¹⁶.

A fase anterior aos acontecimentos do final do século XVIII é representada, no âmbito dos direitos fundamentais, pelas cartas e declarações inglesas.¹⁷ Os documentos mais conhecidos são a *Magna Carta* (1215-1225) que, segundo José Afonso da Silva¹⁸, não é propriamente de natureza Constitucional, mas, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres; a *Petition of Rights* (1628), “um documento dirigido ao monarca em que os membros do Parlamento de então pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6º ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.500.

¹⁷ Esta afirmação não procura desconsiderar outros documentos que registram alguns limites ao exercício do monarca em favor da igreja, dos senhores feudais ou das comunidades locais como, por exemplo, o estabelecido nas Cortes de Leão, no ano de 1188, entre Afonso IX e o reino, na monarquia castelhana-leonesa, e o privilégio geral, outorgado por Pedro III, nas Cortes de Zaragoza de 1283. Sobre o assunto ver: LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 5º ed. Madrid: Ed. Tecnos, p. 33 e 34.

¹⁸ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 152.

súditos de sua majestade”¹⁹; o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), que visou a supressão das prisões arbitrárias; a *Bill Of Rights* (1688), o mais importante documento, pelo qual se firmara a supremacia do parlamento em face do monarca.

As Declarações do final do século XVIII, em particular a francesa²⁰, tiveram um papel mais importante no destino da humanidade. Os direitos fundamentais, a partir de então, assumiram um caráter universal, de fundamento de legitimidade de toda e qualquer sociedade. É nítida a influência da Declaração francesa nas Constituições ocidentais, pois o art. 16 daquele estatuto dispunha que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”.

Como conseqüência de todo processo revolucionário, a nova ordem burguesa liberal impôs, perante as Constituições, a idéia fundamental de limitação da autoridade estatal através da técnica da separação dos poderes (funções legislativa, executiva e judiciária atribuídas a órgãos distintos) e da declaração de direitos. As Constituições liberais clássicas limitavam-se a esses dois aspectos. Quanto aos direitos, esses representavam uma atividade negativa por parte da autoridade estatal, de não violação da esfera individual (os chamados direitos de primeira geração, os direitos civis e políticos).

Essa concepção de Constituição perdurou até a crise social do século XX. O colapso da sociedade de modelo oitocentista e a implantação de uma nova

¹⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 152.

²⁰ Escreve José Afonso da Silva: “A Declaração de Virgínia e de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 era mais abstrata, mais universalizante, de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) intelectualismo, b) mundialismo e c) individualismo.” In. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 157. Da mesma forma, Paulo Bonavides, para quem a declaração francesa de 1789 era mais abrangente que as anteriores declarações inglesas e americanas, que “podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas”. In. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7º ed. São Paulo: Malheiros, p. 516.

ordem social exigiram uma nova estrutura de direitos fundamentais, não mais assentada no puro individualismo que caracterizou o modelo anterior. Com o Constitucionalismo social, as constituições e, em particular, os direitos fundamentais, foram prestigiados com o ingresso de novos direitos, os chamados direitos de segunda geração²¹ – os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, e à previdência.

Conforme escreve Bonavides, os direitos de segunda geração “uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no Constitucionalismo da social-democracia²² (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”²³.

Na evolução dos direitos fundamentais, as sociedades modernas caminham no sentido da proteção de novos direitos. Assim, fala-se nos direitos de terceira geração, concernentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação²⁴; nos direitos de quarta geração que, segundo Bonavides, pressupõem a globalização política, a única globalização que verdadeiramente interessa aos países sub-desenvolvidos. A globalização política introduz “os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado

²¹ A idéia de gerações de direitos desperta crítica entre os autores. Dentre eles, PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3º ed. São Paulo: Max Limonad, p. 19 e 160; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 p. 36, que prefere utilizar a expressão “dimensões”.

²² O Constitucionalismo social tem na Constituição Alemã de 1919 sua precursora. Esta, da mesma forma que a Constituição francesa de 1795, foi marcada pela programaticidade. A Constituição de Weimar, segundo Bonavides, constitui o auge da crise Constitucional do século XX. O momento de indefinição reflete-se claramente na sua elaboração. “As contradições dialéticas, o furor e antagonismo das posições ideológicas presidem, por conseguinte, à elaboração das novas Declarações, fazem-lhe polêmico o conteúdo, embargam, dificultam ou retardam sua ‘normativização’. Tornam-se elas assim obscuras, equívocas, contraditórias. A incongruência, a heterogeneidade, a hibridez são traços que nessa fase se caracterizam. Exprimem, de princípio, um estado de indefinição, transitoriedade e compromisso.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 206.)

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 518.

social. (...). São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”²⁵.

Os direitos fundamentais, portanto, possuem assento especial nos textos constitucionais, sendo elementos caracterizadores da noção de Constituição. Inicialmente, assumem o caráter de direitos negativos, que importam uma restrição à ação do Estado para, posteriormente, assumirem uma postura ativa, exigindo ações positivas do Estado.

2.2. Questão terminológica. Distinção entre Direitos Naturais, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Durante muito tempo dominou, no mundo jurídico, a idéia de que os direitos humanos não seriam direitos, mas aspirações, ideais da sociedade. Essa questão parece encontrar justificativa, dentre outras, na compreensão dos direitos humanos como “supra-direitos”, direitos de índole internacional e não integrantes da ordem jurídica interna. A utilização da expressão “direitos humanos” tanto para os direitos resultantes de pactos internacionais, como para os direitos constantes das Constituições, de certa forma também contribuiu para tais equívocos.

Então, em primeiro lugar, é necessário fazer a distinção entre os direitos humanos, que aqui ficam definidos como normas de direito internacional, e os direitos fundamentais, que estão vinculados à ordem jurídica interna.²⁶ Não

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 523.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 524-525.

²⁶ Ingo Sarlet procura chamar a atenção para o diferenciado grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional). Alerta para a idéia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 34. No dizer de Jorge Miranda (*Manual de Direito*

obstante, tanto as normas de direito internacional, como as normas de direito interno, serem normas jurídicas, a utilização da expressão “direitos fundamentais”, como lembra Ingo Sarlet, parece possuir contornos mais específicos: “...o termo ‘direitos humanos’ se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado”²⁷.

Jorge Miranda²⁸ elenca três razões para a não adoção do termo “direitos do homem” ao invés de “direitos fundamentais”: i) trata-se de direitos assentes na ordem jurídica e não de direitos derivados da natureza do homem; ii) a necessidade de, no plano sistemático da ordem jurídica (Constitucional), considerar os direitos fundamentais correlacionados com outras figuras subjetivas e objetivas (organização econômica, social, cultural e política); iii) os direitos fundamentais presentes na generalidade das Constituições do século XX não se reduzem a direitos impostos pelo Direito natural.

É importante distinguir, na lição de Ingo Sarlet, direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado; a expressão “direitos humanos”, por sua vez, “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

Constitucional. Tomo IV. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 51), em direito internacional tende a prevalecer o termo “direitos do homem”.

²⁷ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 32. Neste sentido, LUÑO, Antonio E. Perez, *Los Derechos Fundamentales*, p. 46.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 50-51.

que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).²⁹ Os direitos naturais não se equiparam aos direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos.

Vieira de Andrade apresenta três dimensões dos direitos fundamentais: jusnaturalista, internacionalista e Constitucional. Através da perspectiva jusnaturalista ou filosófica, o autor pretende lembrar que “foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais. Antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma idéia no pensamento dos homens.”³⁰ Quanto à perspectiva internacionalista ou universalista, o autor português lembra a experiência da II Guerra e do totalitarismo como causa de uma preocupação internacional de criar mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados.³¹ A perspectiva Constitucional ou estadual refere-se à garantia Constitucional de certos direitos ou liberdades, que o autor inicia, fazendo referência à Magna Carta de 1215, aos sucessivos documentos constitucionais ingleses, em especial, ao documento francês de 1789 e às Constituições atuais.

Ainda que Vieira de Andrade utilize unicamente a expressão “direitos fundamentais” para a sua classificação, indiretamente, o seu pensamento faz referência às diversas noções e concepções de direito, que acabam por reforçar o entendimento, aqui esboçado, da necessidade de uma clara distinção que abranja os diversos âmbitos de expressão dos direitos fundamentais, como direitos humanos ou direitos naturais.

²⁹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 31.

³⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 11.

³¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 16.

As distinções acima procuram, no âmbito deste trabalho, muito mais delimitar os conceitos que aqui serão utilizados do que afastar a rica e fecunda contribuição que os direitos humanos conferiram aos direitos positivados, em especial, a Declaração Universal de 1948. Não fica também desconsiderado o caminho de aproximação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais através do que se chama “direito Constitucional internacional”.³²

2.3. Os direitos fundamentais e o Estado Social Democrático de Direito

A noção de Estado Social Democrático de Direito, amplamente difundida nas Constituições do segundo pós-guerra, está intimamente vinculada aos direitos fundamentais. A compreensão do que seja, portanto, esses direitos fundamentais é condição para se buscar um Estado e, neste sentido, também uma sociedade, ambos baseados no princípio democrático. Quando as constituições elaboram, em seus primeiros artigos, os fundamentos do Estado e da sociedade, estes somente alcançam efetividade social mediante a concretização dos postulados normativos referentes aos direitos fundamentais. São, portanto, os direitos fundamentais o caminho para se consolidar esse ideal a ser buscado.

³² Sobre o direito Constitucional internacional, ver o importante trabalho de Flavia Piovesan, (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*). Segundo a autora, “por Direito Constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Esta interação assume um caráter especial quando estes dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido. Ao tratar da dinâmica da relação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos objetiva-se não apenas estudar os dispositivos do Direito Constitucional que buscam disciplinar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também desvendar o modo pelo qual este último reforça os direitos Constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos nacionais de proteção dos direitos da pessoa humana. Isto é, este trabalho se atém à dialética da relação entre Constituição e Direito Internacional dos Direitos Humanos, na qual cada um dos termos da relação interfere no outro, com ele interagindo” (p.

Ingo Sarlet advoga a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito. Segundo o jurista gaúcho, sustentando, tese de H.P. Schneider, os direitos fundamentais podem ser considerados *conditio sine qua non* do Estado Constitucional democrático. Os direitos fundamentais, além de constituírem função limitativa do poder, são critérios de legitimação do poder estatal e, neste sentido, da própria ordem Constitucional, na medida em que o poder se justifica pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é, hoje, indissociável de tais direitos.³³

A idéia de Estado Social Democrático de Direito encontra respaldo na Constituição Brasileira de 1988. No dizer de Carlos Ari Sundfeld, “para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de Estado Social e Democrático de Direito, agregando-se, aos elementos ainda há pouco indicados³⁴, a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigí-los.”³⁵

A adequada compreensão da noção deste Estado importa considerar que na História Constitucional dos últimos duzentos anos, o século que se finda é

45-46). Sobre o assunto ver também a obra de MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

³³ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 60-61.

³⁴ “Chegamos assim aos elementos do conceito de Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado. Em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: Constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos). SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 53.

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, p. 55.

caracterizado pelo aparecimento de direitos fundamentais prestacionais³⁶, ou seja, direitos que não dependem apenas de uma ação negativa do Estado, de não violação da esfera individual, mas sim direitos que necessitam de uma atuação positiva do Estado, através do fornecimento à população de condições materiais básicas. Segundo Canotilho, a Constituição Dirigente “pressupõe que o Estado por ela conformado não seja um << Estado mínimo >>, garantidor de uma ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, mas um Estado social, criador de bens coletivos e fornecedor de prestações.”³⁷

A questão que cerca o direito Constitucional atualmente refere-se à determinação do conteúdo da noção de Estado Social Democrático de Direito, tema para um estudo aprofundado. Aqui, a idéia é apenas fazer uma breve reflexão sobre o assunto e instigar o leitor a pensá-lo.

Pode-se identificar dois aspectos que norteiam a concepção de Estado Social. Em primeiro lugar, o surgimento das Constituições Sociais (Weimar, 1919 e México, 1917), decorrência das exigências inadiáveis de uma necessária atuação do Estado na prestação de direitos sociais, agravada pela crise do paradigma liberal que pregava a abstenção do Estado. Em segundo lugar, derradeiro na nova postura do Estado, em especial, frente à economia, foi a profunda crise econômica mundial iniciada no final dos anos vinte. O Estado, nesse segundo momento, vai além de uma atuação positiva que o Constitucionalismo social exigia.

Neste ponto, cabe lembrar o que escreve Carlos Ari Sundfeld acerca dos direitos sociais: “Em primeiro plano, aparecem os chamados direitos sociais, ligados sobretudo à condição dos trabalhadores: garante-se o direito ao salário

³⁶ Canotilho escreve que “os poderes públicos têm uma significativa <<quota>> de responsabilidade no desempenho de tarefas econômicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de vária espécie, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc.” In. *Direito Constitucional*, p. 541.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 391.

mínimo, restringe-se – em nome da proteção do economicamente fraco – a liberdade contratual de empregadores e empregados. De outro lado, o indivíduo adquire o direito de exigir certas prestações positivas do Estado: o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e a outros mais”.³⁸

O desenvolvimento econômico é condição para a realização dos direitos sociais. O Estado necessita ter receitas para cumprir com suas obrigações sociais, que exigem investimentos consideráveis. No entanto, e essa é também outra variável que se confunde com a noção de Estado Social, não sendo, necessariamente, uma de suas funções, o Estado, muitas vezes, teve que fazer o papel de empresário, para alavancar o desenvolvimento econômico. Neste aspecto em particular, o Estado não está atendendo diretamente o objetivo de prestação de direitos sociais, mas sim, assumindo uma tarefa que é condição para a prestação de direitos sociais, o desenvolvimento econômico. Daí, ocorre que o gigantismo do Estado não equivale à noção de Estado Social. Referendando essa reflexão, Carlos Ari Sundfeld escreve: “Para incrementar o desenvolvimento econômico, sobretudo nos países subdesenvolvidos, o Estado passa a atuar como agente econômico, substituindo os particulares e tomando a si a tarefa de desenvolver atividades reputadas importantes ao crescimento: surgem as empresas estatais”.³⁹

Cabral de Moncada descreve o modelo jurídico do Estado Social em razão do seu alargamento “a todas as esferas de atividade, com destaque para a economia (...). A atividade econômica deixou de ser mais um setor indiferenciado da atividade privada geral para passar a ser objeto específico da atividade conformadora dos Poderes Públicos, e do mesmo passo a ciência

³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, p. 54.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, p. 55.

econômica deixa de ter por objeto o simples estudo do comportamento (econômico) dos indivíduos e passa a abranger também o Estado.”⁴⁰

A observação de Cabral de Moncada possibilita a abordagem de outro aspecto do papel do Estado na economia, que surge com o Estado social e, necessariamente, continua atual, até mesmo, para combater a idéia de Estado Mínimo. O Estado, independente de seu papel de empresário, atua também na economia, de forma a equilibrar as forças econômicas, proteger o consumidor, regulamentar a atividade empresarial. O papel de fiscalizador das atividades privadas, publicizadas em seu sentido mais amplo em virtude do impacto que a ordem econômica causa na comunidade, continua atual e, até mesmo, constitui um aspecto fundamental.

Neste sentido, a configuração do modelo gerencial de Estado não equivale à noção de Estado neo-liberal, entendido como Estado Mínimo. A questão, na verdade, dirige-se à compreensão do que seja o Estado neo-liberal. Entende-se, aqui, que o Estado neo-liberal não é propriamente um Estado Mínimo descomprometido. É um Estado que atua na manutenção do sistema, em que todo investimento estatal aplicado em áreas que podem alterar a harmonia do funcionamento do sistema é considerado imprescindível, ainda que tal medida possa vir a ser aplicada em claro detrimento de outros investimentos que também seriam necessários, sob o ponto de vista da qualidade de vida das pessoas. Portanto, não se está perante um Estado que se abstém de toda atividade econômica, muito pelo contrário, ele está em prontidão constante para enfrentar toda e qualquer ameaça.

Robert Nozick, filósofo norte-americano, em obra escrita nos anos setenta, sustenta que todo Estado além do mínimo viola direitos. “O Estado mínimo trata-nos como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos.

⁴⁰ CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Direito Econômico*. 2º ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998, p. 23.

Trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isso pressupõe. Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhermos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções de nós mesmos, na medida em que sejamos capazes disso, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade. Como ousaria qualquer Estado ou grupo de indivíduos fazer mais, ou menos?⁴¹

Sem querer adentrar na discussão de filosofia política que propõe Nozick, a resposta ao questionamento formulado pode ser dada mediante a sustentação de uma proposta de Estado radicalmente democrático, como afirma Tarso Genro⁴², em que a sociedade civil não aparece incorporada no Estado, como na hipótese dos regimes totalitários, nem numa pretensa forma de participação democrática, como na hipótese dos regimes democráticos deficitários. O Estado radicalmente democrático não assume a figura de um ente distante, que nos ameaça, mas algo que integramos.

Portanto, considerando que o Estado neo-liberal é totalmente descomprometido com a manutenção do sistema, estando totalmente alheio às atividades econômicas desenvolvidas no âmbito privado, não assume nenhuma função de ajuste e, por conseqüência, tem como função apenas manter as regras do jogo do mercado, através da manutenção da ordem e da promoção de segurança, tem-se que este se reveste de verdadeiro retrocesso na História Constitucional dos últimos anos. Importa observar que assumir tal postura implica também, que em última análise é a proposta de Nozick, ter como certo que o espaço público deixa de existir e que, portanto, a vida passa a ser regida por pequenos grupos fechados, auto provedores de suas necessidades coletivas,

⁴¹ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução portuguesa por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 357-358.

⁴² GENRO, Tarso. *O Futuro por Armar. Democracia e Socialismo na era globalitária*. Petrópolis: Vozes, 1999.

em um ambiente dominado pelo extremo individualismo. A isso se aplicaria a redução extrema da carga tributária.

Por outro lado, levando-se em conta que o Estado neo-liberal assume uma postura ativa, desenvolve atividades para manter o funcionamento do sistema, tem-se que não há, propriamente, um retrocesso na História Constitucional, mas um ambiente favorável à substituição deste Estado neo-liberal intervencionista por um Estado Social Democrático de Direito.

O momento atual é de redefinição do papel do Estado. A grande maioria dos Estados está revendo seus papéis, assumindo, cada vez mais, uma postura gerencial dos serviços públicos, em nome do equilíbrio das contas públicas, maior agilidade e eficácia nas ações do Estado, enfim, as políticas públicas estão sendo revistas com o intuito de fortalecer o chamado Estado gerencial. No entanto, e essa é a grande questão, as constituições continuam a preservar o modelo de Estado Social, não desobrigando o Estado da prestação dos serviços.⁴³ É neste sentido que surgem indagações como: a mudança do papel do Estado, necessariamente, reflete a idéia de Estado Social como prestador de direitos sociais? É possível distinguir o Estado prestador direto de serviços públicos e a idéia de direitos sociais, possível também de ser afirmada diante de um Estado gerencial, que não mais atua diretamente na prestação, mas apenas na coordenação das políticas públicas?

O assunto envolve duas ordens de problemas. Primeiro, que a retração do Estado, no tocante à prestação direta de alguns serviços públicos, em princípio, é perfeitamente possível diante de um Estado Social; segundo, para que essa afirmação seja confirmada, o Estado, necessariamente, deve atuar em algumas

⁴³ Segundo Eros Roberto Grau, “a substituição do modelo de economia de bem-estar consagrado na Constituição de 1988 por outro, neoliberal, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170. Em outros termos: essa substituição não pode ser operada sub-repticiamente, como se os nossos governantes pretendessem ocultar o seu comprometimento com a ideologia neoliberal.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36.

áreas que lhe são estritamente peculiares, em especial, saúde, educação e assistência social. Isso porque a concessão, conforme escreve Jean Rivero, “tem um campo de ação limitado pela sua natureza e pela sua inspiração. (...) só deve aplicar-se a serviços em que se possa pedir ao utente uma contrapartida financeira, o que exclui tanto os serviços gratuitos por definição (assistência) como aqueles em que é impossível individualizar os utilizadores (conjunto das vias públicas, com exceção das auto-estradas, em relação às quais a individualização é possível, e cuja construção e manutenção podem por isso ser concedidas)”.⁴⁴

Disso, é possível, em princípio, concluir que o modelo económico não tem ligação direta com a ideia de direitos sociais, ou seja, uma economia com intervenção estatal direta, necessariamente, não irá refletir a existência de direitos sociais e, de outra forma, uma economia em que o Estado não esteja diretamente prestando serviços públicos pode ser retratada em um modelo que contempla direitos sociais.

Desta forma, um Estado Social Democrático de Direito poderia definir-se não pela atuação direta, ou não, na economia, mas sim pelo comprometimento Constitucional com os direitos sociais, pela definição das atribuições do Estado, ainda, no tocante à prestação direta de serviços públicos, quando tais serviços sejam de prestação gratuita e universal, como são saúde, educação e assistência social.

Acredita-se, portanto, ser possível a existência de um Estado Social Democrático de Direito, ainda que exista uma forte presença privada na prestação de alguns serviços públicos. Isso não significa dizer que o Estado não seja titular do dever Constitucional de prestar o serviço, mas que ele delega a

⁴⁴ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 1982, p. 518.

terceiros essa prestação, de forma que, sob a égide da iniciativa privada, os serviços sejam de melhor qualidade e menor preço.⁴⁵

Quando Konrad Hesse escreve que “direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura”⁴⁶, não quer com isso dizer que seja necessário o Estado prestar, ele próprio, o serviço, mas que o serviço pode ser prestado ou realizado por ele ou por terceiros. Isso está claro no pensamento do jurista alemão quando, mais adiante, observa: “tudo isso pressupõe, entretanto, que o Estado esteja em condições para realizar os objetivos estatais normatizados. (...) a realização de objetivos estatais pode ultrapassar sua capacidade, porque ele mesmo, muitas vezes, não dispõe dos meios de realização. Ele promete, então, na Constituição, uma coisa que ele não pode cumprir e, assim, podem esperanças, que se referem a determinações de objetivos estatais da Constituição, ser facilmente frustradas; o efeito integrador da Constituição pode transformar-se em seu contrário”⁴⁷.

A concessão de serviços públicos, desta forma, não desconfigura o modelo de Estado Social, pois não se está diante de um retorno ao modelo liberal clássico de Estado Mínimo, até porque as realidades daquela época e dos

⁴⁵ Eros Roberto Grau diferencia a prestação do serviço público por empresa privada (regime de concessão) e por empresa pública (regime de delegação). Na primeira, exige-se a licitação, bem como o equilíbrio econômico do contrato, tendo em vista a realização do lucro. Já, na segunda hipótese, não há como cogitar de licitação, pois é o próprio Estado que presta o serviço através de empresa por ele criada. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 153-155. No entanto, é importante observar que, em ambas as situações, o interesse público é que prevalece. As concessões, necessariamente, devem primeiro atender o interesse público, sendo o lucro um fator resultante do correto atendimento do interesse público.

⁴⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução portuguesa por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 170-171.

⁴⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 171.

dias de hoje são completamente distintas e a ausência do Estado no papel de regulador da economia, historicamente, já demonstrou ser catastrófica.⁴⁸

A concessão de serviços públicos, obviamente, somente atrai o interesse do particular em explorá-la quando desses serviços se puder extrair lucros. Casos ocorrem nos quais o serviço é fundamental aos cidadãos e não existe interesse particular em explorá-lo. Nestes casos, o Estado deve prestar diretamente o serviço. Ocorre, ainda, que saúde e educação devem, necessariamente, ser prestadas pelo Estado, com qualidade, àqueles que não possuem condições de buscar esses nos estabelecimentos particulares. O Estado, portanto, continua a prestar serviços públicos de forma direta. Um Estado social caracteriza-se pelo atendimento àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com as despesas do serviço e pelo investimento consistente em áreas fundamentais para o desenvolvimento da pessoa enquanto cidadã.

Outro aspecto que caracteriza a noção de Estado Social Democrático de Direito é estar ele constantemente controlado pela sociedade civil organizada, de forma a expressar posições de governo, que encontram-se em conformidade com uma ordem democrática. Essa democracia abrange muito mais que o simples gesto do “voto”, realizado de tempos em tempos e que, em especial no Brasil – pelo sistema eleitoral que temos – pouco conta em termos de representação. A democracia é, aqui, vista como estando em conformidade com a Constituição. As normas constitucionais expressam valores democráticos e necessitam possuir

⁴⁸ Este parece ser o entendimento do Prof. Marçal Justen Filho ao escrever: “os projetos de redução das atividades estatais não afetam as garantias constitucionais acerca de um Estado Democrático de Direito. Ademais, todas as modalidades de ‘privatização’ devem ser consideradas como instrumento de realização de valores constitucionais. Somente poderão ser admitidas quando importarem a realização mais satisfatória e adequada dos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado brasileiro. Deverá adotar-se modelo que incorpore medidas e providências adequadas a resguardar o atendimento às carências regionais e individuais. Não se trata, tão-somente, de eliminar ou reduzir dispêndios públicos. Impõe-se que o particular, ao operar o serviço público, consagre alternativas ainda mais satisfatórias no tocante à realização dos valores fundamentais.” In. *Concessão de serviços públicos e princípio da legalidade. GENESIS. Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, julho/setembro de 1997, p. 644-654.

força normativa suficiente para derrogar toda e qualquer tentativa de abalo nas instituições democráticas.⁴⁹

O Prof. Konrad Hesse, quando escreve sobre as bases da ordem Constitucional da Lei Fundamental alemã, identifica a Democracia, o Estado de Direito Social e o Estado Federal. Sobre a democracia, diz que “não há um conceito jurídico-Constitucional ao qual são dadas interpretações tão diferentes. (...). Diante dessa multiplicidade, o *significado decisivo jurídico-Constitucionalmente do conceito* pode ser ganho somente com base na forma concreta da democracia pela Constituição.”⁵⁰ Adverte, no entanto, que “a Lei Fundamental não normatiza ‘democracia’ no sentido de um modelo completo e perfeito, senão somente em certos traços fundamentais, (...) ela deixa a questão sobre o conteúdo da democracia a cargo da discussão política livre.”⁵¹ O processo político, por sua vez, “deve, segundo o art. 20, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental, como um processo livre e aberto, ser objeto de todo povo, não de uma camada ‘sustentadora do Estado’, compreenda ela a maioria ou somente uma minoria do povo: todos os membros do povo gozam dos mesmos direitos politicamente; todos devem ter a oportunidade realmente igual de se realizar em colaboração organizada conforme as regras da Constituição e, se eles conseguirem, exercer no parlamento e governo poder estatal.”⁵² Ainda observa o jurista alemão que a democracia é “um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa ignorante, apática, dirigida apenas por emoções e

⁴⁹ A Constituição, em um sistema democrático, assume posição central e consiste no principal instrumento de sustentação do regime. Qualquer país que queira ser democrático, deve ter na Constituição mais do que um simples documento, deve eleger a Constituição como guia condutor da sociedade e do Estado. Para isso, a Constituição necessita ser respeitada, necessita ter força normativa, como adverte Konrad Hesse (*A Força Normativa da Constituição*. Tradução portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1995). E, em relação a isto, é preciso ser dito, o Brasil está distante de ser democrático, pois a Constituição é modificada impensadamente, qualquer questão é motivo para alteração Constitucional, para enfraquecimento do texto Constitucional.

⁵⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 115.

⁵¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 117.

⁵² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 120.

desejos irracionais que, por governantes bem-intencionados ou mal-intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade.”⁵³

Observa-se que não é possível que seja pensada, de forma não harmônica, a existência de uma democracia e de um Estado que possibilitem ao cidadão condições mínimas para que seja educado, alimentado, respeitado em sua integridade física e moral. Se o mundo, hoje, fala em democracia como sendo o regime mais adequado à sociedade moderna, deve, necessariamente, ter também presente que, sem um Estado que propicie condições para a emancipação de seus cidadãos, não se pode nem pensar em democracia.

2.4. Os direitos fundamentais como parte do núcleo essencial da Constituição

Os direitos fundamentais determinam a base da Constituição, estão em posição de destaque na ordem Constitucional e vinculam todo o sistema jurídico. Segundo Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.”⁵⁴

Desde o famoso art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os direitos fundamentais sempre estiveram intrinsecamente vinculados à Constituição. A experiência européia com o totalitarismo na primeira metade deste século veio reforçar o prestígio dos

⁵³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 133.

⁵⁴ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 59-60.

direitos fundamentais na ordem Constitucional. Sendo assim, os direitos fundamentais, além de condicionantes formais de validade da ordem jurídica, em decorrência da posição hierárquica superior em que se encontram, também assumiram posição de condicionantes materiais, ou seja, passaram a vincular a ordem jurídica sob o prisma do conteúdo de tais direitos. Essa talvez seja a grande lição da humanidade neste século, quando, além de apenas disciplinar uma sociedade democrática, o direito deve eleger comandos normativos inabaláveis, capazes de sustentar a ordem democrática contra todo apelo que possa colocá-la em risco.

A constatação do prestígio dos direitos fundamentais na ordem Constitucional pode ser feita através da análise tópica da Constituição, estando os direitos fundamentais em posição de destaque, no início do texto, antes da definição e organização da estrutura estatal e de outros temas constantes da Carta.⁵⁵

A Constituição, segundo Konrad Hesse, “á a ordem fundamental jurídica da coletividade”⁵⁶. Entende-se ser ela mais do que direito estatal, abrangendo situações de conteúdo Constitucional e não, apenas, estatal, como o matrimônio, a família, a propriedade, a liberdade de arte e ciência, enfim, os diversos outros aspectos da vida comunitária que não estão necessariamente vinculados à vida estatal. A Constitucionalidade dessas outras expressões comunitárias não redutíveis ao Estado é dada, por sua vez, pelos direitos fundamentais, pelo conteúdo jurídico especial que revestem tais situações e pela sua importância na vida comunitária.

A Constituição já foi concebida como a ordem jurídica do Estado. Daí poder-se-ia extrair parte do pouco prestígio jurídico do texto Constitucional, entendido como de conteúdo político e alheio ao conhecimento técnico do jurista, um legalista, um servo da lei. A nova concepção dos juristas e o

⁵⁵ A título exemplificativo, observe-se as Constituições brasileira de 1988 e a alemã de 1949.

⁵⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p 37.

amadurecimento da sociedade no sentido de não mais estabelecer rígida distinção entre o público e o privado, acabaram por prestigiar a Constituição, além de disciplinar a organização estatal. A Constituição, então, assume o papel de guia da sociedade. É sob essa nova perspectiva que assentam os direitos fundamentais na ordem Constitucional, ou seja, a comunidade é regida pelo pacto jurídico-político Constitucional e toda ação, estatal ou privada, quando excedente dos limites da autonomia privada, é, necessariamente, reconduzida para os fins sociais, que se destinam a todas as atividades comunitárias. Esse controle de Constitucionalidade engrandece o pacto social e constitui o fundamento da ordem social e democrática.

2.5. Os direitos fundamentais como um sistema aberto e flexível

O tema acerca da existência de um sistema aberto de direitos fundamentais recupera uma discussão antiga sobre o pensamento filosófico e de grande importância no estudo do direito Constitucional, sobretudo da hermenêutica Constitucional. Trata-se da grande contraposição existente entre o método tópico e o método sistemático.

Em outro trabalho⁵⁷, pretendeu-se resgatar a importância da tópica na interpretação Constitucional, a partir do importante estudo realizado por Theodor Viehweg.⁵⁸ Após discorrer sobre a tópica Aristotélica, os pensamentos de Descartes e Vico e, após analisar a obra de Viehweg com as críticas de

⁵⁷ MALISKA, Marcos Augusto. *A influência da Tópica na interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998. Trabalho de Conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

⁵⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça co-edição com EdUNB, 1979. Segundo Paulo Bonavides, “com a tópica inaugurou-se para a hermenêutica contemporânea uma direção indubitavelmente renovadora. (...) A obra de Viehweg causou na Ciência do Direito sensação igual à de David Easton na Ciência Política, de que ambos se tornaram os respectivos

Canaris, o trabalho abordou a tópica e a idéia de sistema aberto para, logo em seguida, discorrer sobre a moderna interpretação Constitucional. O estudo pretendeu demonstrar a insuficiência da forma de pensar sistemática lógico-dedutiva, bem como o extremo da tópica, ao pretender analisar o particular desvinculado do todo. Tratou-se de um ponto de equilíbrio entre as duas formas de pensar através da idéia de um sistema aberto. Viehweg abre a possibilidade para essa discussão quando afirma que a “tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada...”⁵⁹

Quando escreve sobre a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, Canotilho escreve que “é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, (CALIESS) traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>”.⁶⁰

O entendimento de Canotilho acaba por possibilitar a compreensão do texto Constitucional como verdadeira e constante busca, ou seja, o texto Constitucional não está pronto e acabado, mas em vias de ser construído, de maneira que a interação do texto com a realidade deve ser total, de modo a garantir a sua supremacia e sua força normativa.

A tópica, neste sentido, participa do processo como veículo de transmissão entre a realidade (os problemas, o conflito) e a norma, de maneira a contribuir para a obtenção de uma solução para o caso não apenas da lógica do sistema, cuja concepção já está ultrapassada, mas também sob a ótica da interação, que se faz necessária, entre os pressupostos do sistema e o caso a ser regulado.

renovadores”. BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação Constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo nº 98, abril/junho 1991, p. 5-11.

⁵⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, p. 35.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 165.

Canaris, quando escreve sobre sistema, define o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais. Este sistema não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou <<sistema científico>>, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o <<sistema objetivo>>. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.”⁶¹

Talvez, neste momento, seja importante refletir sobre a possibilidade de complementação entre o pensamento tópico e sistemático. Canaris, em sua crítica a Viehweg acerca de um sistema tópico, faz uma análise com base nos postulados definidos por Viehweg acerca da tópica. No entanto, o próprio Canaris reavalia o papel da tópica e abre possibilidades para uma complementação entre as duas formas de pensamento. Canaris pensa na possibilidade do uso da tópica em casos de lacunas da lei, “para cuja interpretação o direito positivo não compreenda valorações”⁶², bem como no caso de remissões legislativas para o “*common sense*” e perante decisões de equidade.

De toda forma, o papel desempenhado pela tópica na concepção de Canaris é secundário, chegando ele mesmo a afirmar que “a tópica nada mais é aqui do que um meio auxiliar tratando-se então de substituir o mais depressa possível os inseguros tópicos por claras valorações, isto é, de determinar sistematicamente a resolução”.⁶³

Mas será que fica reservada à tópica apenas esse papel secundário? Quando se considera o sistema jurídico como um sistema aberto e normativo de

⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na ciência do Direito*. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989, p. 281.

⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na ciência do Direito*, p. 270.

⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na ciência do Direito*, p. 273.

regras e princípios, não se pode prestigiar a tópica de maneira a lhe atribuir um papel mais determinante na ordem jurídica? Isso é possível?

Retomando a definição de Canotilho de sistema aberto, a tópica não pode desempenhar o papel de atualização da ordem jurídica, como definiu Viehweg, e mais: isso não sustenta uma posição que pretende, através da discussão dos diversos pontos de vista, atualizar o sistema no que diz respeito às concepções cambiantes de “verdade” e “justiça”? Aqui, talvez se possa conferir à tópica uma posição importante na ordem jurídica, em especial na ordem Constitucional, quando as normas são de conteúdo aberto e de ampla interpretação. A tópica passa a desempenhar até mesmo uma função democrática na interpretação Constitucional, pois passa a envolver diversos atores no processo hermenêutico, conforme concluiu Peter Haberle.⁶⁴

Josef Esser⁶⁵, não renuncia totalmente à formação do sistema na jurisprudência. O autor distingue o “sistema fechado”, que seria representado pela idéia de codificação, do “sistema aberto”, que constituiria, em última análise, um Direito casuístico, pois este não poderia subsistir “a longo prazo sem um nexo de dedução conceitual e valorativo” que tornasse as resoluções particulares racionalmente comprováveis e o seu conjunto um “sistema”. Esser vê claramente uma lei histórica em ação, na qual todas as culturas jurídicas repetem um processo circular de descoberta de problemas, formação de

⁶⁴ Peter Haberle propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação Constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numeros clausus* de intérpretes da Constituição.” In. HABERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 13.

⁶⁵ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 3^o ed. 1974, p. 44, 239, citado por LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução portuguesa. 2^o ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1989.

princípios e consolidação do sistema. Para Esser, os princípios jurídicos, e não os conceitos abstratos, são, assim, os fatores genuínos de formação do sistema.⁶⁶

No tocante ao “pensamento problemático”, Esser reconhece a importância de um recomeço fecundo, que estaria ligado ao pensamento conforme os nexos sistemáticos e a construção jurídica, que corresponderiam a um controle racional da solução do caso concreto. Por construção, entende Esser, “a inserção do juízo de valor em um sistema, e com ela o controle de cada decisão pela sua recondução aos critérios que no sistema global em questão a fundamentam racionalmente, isto é, de modo comprovável.”⁶⁷

As características principais da idéia de sistema, ou seja, *unidade* (no sentido de um ou vários pontos de referência centrais) e *ordem* (entendida como uma conexão sem hiatos, com a compatibilidade lógica de todos os enunciados) não afastam e, até mesmo, não são incompatíveis com o pensamento tópico. Isso porque, como sistema aberto, suas normas necessitam interagir com a realidade, de maneira que, por si só, não abarquem todas as possibilidades fáticas. A solução do problema necessita tanto de um sistema que dê sustentabilidade por demonstração da decisão, ou seja, que acabe por demonstrar àquele que ficou em pior situação que a decisão teria de ser esta porque o sistema assim definiu como, ao mesmo tempo, necessita que a decisão ofertada pelo sistema mantenha-se legítima em todos os seus fundamentos, seja confrontada com os vários pontos de vista e com os *topos* de argumentação, de maneira a possibilitar seu conteúdo substancial.

Maria Helena Diniz, em seu trabalho *As Lacunas no Direito*, aborda a tópica na perspectiva aqui defendida, ou seja, para a professora paulista, “a tópica ataca a concepção do sistema jurídico como algo unitário, definitivo e fechado e pressupõe sempre a consideração dinâmica do direito, bem como a

⁶⁶ Segundo ESSER, Josef. *Ob. Citada*. Citado por LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 197-198.

⁶⁷ Segundo ESSER, Josef. *Ob. Citada*. Citado por LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 197-198.

adoção da idéia de sistema aberto e elástico para poder oferecer soluções satisfatórias que se integrem à sistemática jurídica.”⁶⁸ Neste sentido, “poder-se-ia dizer até que o raciocínio tópico dinamiza o direito entendido como um sistema aberto, tornando-o maleável e adaptável às contingências e mutações da vida. O pensamento jurídico, portanto, mediante a tópica, torna-se necessariamente aberto incapaz de se inserir numa axiomática cerrada...”⁶⁹

Outro aspecto que requer análise, em especial, quando se procura pensar em uniformidade dos pensamentos tópico e sistemático, refere-se aos limites da tópica em relação ao sistema normativo. Não é sem fundamento uma análise de tal aspecto porque justamente para este é que se dirigem as principais críticas da tópica. Essas críticas dirigem-se ao fato de que a tópica colocaria a lei como um *topos* qualquer, de modo que as discussões ultrapassariam os limites legais, possuiriam um campo maior de abrangência. Sem dúvida, o tema é delicado, pois quando se pensa na junção da tópica com o sistema não se está trabalhando com um novo conceito de “tópica”, mas se está fazendo uma adequada apreensão de seus conceitos.

Assim, a tópica, aplicada à interpretação jurídica e, em especial, à interpretação Constitucional, nas discussões dos pontos de vista, deve ter em consideração a norma como principal condição de argumentação. A norma, em último caso, é o limite da tópica. A tópica atua, até mesmo, em função da norma Constitucional e, principalmente, das normas de conteúdo aberto.

O sistema é aberto a novos conteúdos que podem ser preenchidos pela tópica. No entanto, isto não pressupõe que a tópica possa desconsiderar o mínimo normativo, ou o vetor normativo do texto. Sobre isso, Friedrich Müller escreve: “En el Derecho Constitucional, debido a sus mayores exigencias de obligatoriedad, es aún más necesario atenerse a la primacia de la vinculación a la norma por concretar atendida la peculiaridad del Derecho Constitucional (de

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 123.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. p. 123.

este Derecho). Como regulación fundamental, no puede transferirse a él ese planteamiento tópico, que en su pregunta va más allá de la norma y pasa por encima de ella en cuanto parece no ofrecer ya ningún punto de partida para una solución razonable del problema.”⁷⁰

Tércio Sampaio Ferraz Jr. também discorre sobre essa questão quando divide a tópica em material e formal. A “tópica material”, segundo o jusfilósofo paulista, seria “um conjunto de prescrições interpretativas referentes à argumentação das partes no seu inter-relacionamento, mas do ângulo das intenções persuasivas de uma em relação à outra, isto é, sob o ponto de vista do seu interesse subjetivo. A ‘tópica material’ proporciona, assim, às partes um repertório de ‘pontos de vista’ que elas podem assumir (ou criar), no intuito de persuadir (ou dissuadir) o receptor da sua ação lingüística.”⁷¹ Já a “tópica formal, se refere ao controle objetivo da comunicação discursiva, tendo em vista a produção de convicção, e que confere à fundamentação do discurso judicial um caráter próprio”.⁷²

As reflexões acerca desta matéria, portanto, conduzem a uma adequada compreensão dos conceitos de tópica e sistema, de modo a possibilitar que seja extraída desta conjugação uma teoria hermenêutica renovadora da práxis interpretativa, mais especificamente, da práxis interpretativa Constitucional, fato que pode ser observado nos modernos métodos de interpretação Constitucional.

Os direitos fundamentais, desta forma, constituem um importante instrumento de junção entre os pensamentos tópico e sistemático. Esse entendimento provém da compreensão de que os direitos fundamentais, ainda que reunidos em um catálogo, constituem garantias pontuais, de maneira que não estão reduzidos a um sistema fechado, taxativo. Konrad Hesse, entende ser

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Madrid, nº 27, set-dec 1989, p. 119.

⁷¹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 81.

⁷² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. p. 85.

impossível sustentar a idéia de um sistema autônomo e fechado, integrado pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental. Segundo ele, os direitos fundamentais, apesar de, em geral, estarem agrupados em um catálogo, são garantias pontuais, que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados.⁷³

Friedrich Müller, autor de uma das mais importantes obras de hermenêutica Constitucional, é também integrante da geração alemã influenciada por Viehweg. Sua Teoria Estrutural do Direito⁷⁴, pretende distinguir o processo de concretização da norma jurídica, em duas fases. A primeira fase corresponde à interpretação do texto da norma que, segundo ele, pode ser realizado pelos métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, genético e sistemático), como também pelos modernos procedimentos de interpretação da Constituição como, por exemplo, a “interpretação conforme a Constituição”, “correção funcional”, “proporcionalidade”, “concordância prática”. O resultado dessa interpretação ele chama de *programa da norma*. Com ele, elabora-se a primeira parte integrante da norma jurídica.⁷⁵

⁷³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p.244. Hesse está entre os autores alemães que sofreram influência do pensamento de Viehweg acerca da tópica. Escreve o Juiz de Karlsruhe que “se a Constituição, como mostrado, não contém um sistema concluído e uniforme, lógico-axiomático ou hierárquico de valores - e a interpretação de suas normas não só pode estar na assimilação de algo determinado, então ela requer um procedimento de concretização que corresponda a este tipo: no avanço ‘tópico’ guiado e limitado normativamente, isto é, porém, vinculado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes que, no caminho da *inventio* são buscados, no pró e contra da conformidade com a opinião empregados, e fundamentem a decisão tão evidente e convincentemente quanto possível (*topoi*).” In. *Elementos de direito Constitucional*, p. 63-64.

⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, Berlin, 3º ed., 1989.

⁷⁵ O *princípio da interpretação conforme a Constituição* consiste em extrair a interpretação (em caso de normas plurisignificativa) que esteja em consonância com a Constituição (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 226); o *princípio da correção funcional* consiste em estabelecer a estrita obediência, do intérprete Constitucional, da repartição de funções entre os poderes estatais, prevista Constitucionalmente (GUERRA FILHO, Willis S. Da interpretação especificamente Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 128 out/dez, 1995, p 255-259); o *princípio da proporcionalidade* pretende instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (BONAVIDES, Paulo. O princípio Constitucional da Proporcionalidade e a proteção dos

A segunda fase envolve os dados reais econômicos, políticos, sociais e técnicos do caso concreto. “À medida que esses fatos são a) *relevantes* para a questão de direito em epígrafe e b) *compatíveis* com o programa da norma elaborado, eles constituem a segunda parte integrante da norma jurídica, a *área da norma*. Ela contém, por conseguinte, os fatos que podem embasar legitimamente a decisão. Assim a norma jurídica acabada, construída pelo juiz – ou por outro jurista, que tomar a decisão – consiste do programa da norma e da área da norma.”⁷⁶

Nesta segunda fase é fortemente perceptível a influência da tópica que, justamente, representa o âmbito da norma, o problema a ser solucionado, os pontos de vista que cercam a questão e que necessitam ser levados em conta na interpretação do texto Constitucional.

Portanto, os direitos fundamentais encontram, na tópica e na idéia de sistema aberto, a possibilidade de uma adequada concretização de seus preceitos. O tema, além da adequada interpretação acima, vinculada à noção de sistema aberto, é envolto em outra discussão, a fundamentalidade de tais direitos na dignidade da pessoa humana.⁷⁷

No direito alemão, G. Durig sustenta a existência de um autêntico sistema dos direitos fundamentais, isento de lacunas e baseado no princípio fundamental da dignidade humana.⁷⁸ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “na tentativa de fixar

Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 34, 1994); o *princípio da concordância prática* visa analisar o conflito existente entre bens e valores jurídicos, para estabelecer qual deve prevalecer, evitando o sacrifício total de uns em benefício de outros. (GUERA FILHO, Willis S. Da interpretação especificamente Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 128 out/dez, 1995, p 255-259, p. 255-259)

⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Concepções Modernas e a Interpretação dos direitos humanos. Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Foz do Iguaçu, 4 a 8 de setembro de 1994, p. 104.

⁷⁷ O tema da dignidade da pessoa humana na Constituição Italiana é abordado por OCCHIOCUPO, Nicola. *Liberazione e Promozione umana nella costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*. Milano: Dott A. Giuffré Editore, 1995.

⁷⁸ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 73. Observe-se que, nesta hipótese, trata-se da existência de um sistema fechado de direitos fundamentais,

uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*Persongutwert geht vor Sachgutwert*)”.⁷⁹

No direito português⁸⁰, Vieira de Andrade sustenta que “o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”⁸¹. O jurista português distingue os direitos fundamentais que constituem explicitações de 1º grau, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana (vida, liberdade física e de consciência, etc.), dos direitos de 2º grau, que se revelam apenas uma decorrência destes direitos básicos de acordo com as circunstâncias sociais, econômicas, políticas e ideológicas concretas de cada ordem Constitucional.

Ainda segundo Vieira de Andrade, os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem que se estrutura, tendo como base um princípio de valor no qual a dignidade da pessoa humana atua como “princípio regulativo”. “Não representa, por isso, uma unidade puramente lógica ou funcional, mecânica ou sistêmica, mas sim uma unidade axiológico-normativa, uma unidade de sentido cultural, como é próprio da unidade de um (sub-) sistema

fundamentados na dignidade da pessoa humana. Um dos grandes críticos da teoria de Durig é Konrad Hesse.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação à obra de FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

⁸⁰ Ver também MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. Segundo o autor, a Constituição “confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.” (p.166) Ainda é importante observar que o autor faz referência a uma hierarquia entre os direitos fundamentais (p. 176).

⁸¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 102.

jurídico.”⁸² Observa, porém, o autor, que “a descoberta de uma unidade de sentido cultural nos direitos fundamentais não implica, contudo, a adesão à teoria dos valores ou da ordem dos valores (...), muito menos o reconhecimento de uma ordem de valores hierárquica, abstrata e fechada.”⁸³

Em recente estudo sobre a colisão de direitos, Edilson Pereira de Farias recepciona os estudos acima, afirmando que “o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”.⁸⁴ Importante anotar, porém, que, segundo Pereira de Farias, o princípio da dignidade da pessoa humana tem o sentido de uma cláusula “aberta”, de forma a respaldar o surgimento de “direitos novos” “não expressos na Constituição de 1988 mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento Constitucional”.⁸⁵

O debate sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana envolve três tipos de questões. A primeira, trata de saber se todos os direitos fundamentais estão vinculados à idéia de dignidade da pessoa humana. A análise desta questão implica também a adoção de critérios para se estabelecer até que ponto existe a vinculação de forma direta ou indireta. A segunda questão diz respeito à distinção existente entre os autores que propõem a tese – entre aqueles que entendem ser o sistema fechado (Durig) e

⁸² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 106-107.

⁸³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 108.

⁸⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 54.

aqueles que entendem ser o sistema aberto (Vieira de Andrade e Pereira de Farias). A terceira é um desdobramento da segunda, que entende ser o sistema fundamentado na pessoa humana, aberto, receptivo de novos direitos e condizente com a adequada interpretação da Constituição como disciplinadora de uma ordem democrática. Não há, em princípio, incompatibilidade entre a concepção dos direitos fundamentais (como um sistema aberto e flexível) e a sua fundamentalidade no princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que tal entendimento possa criar embaraços à adequada compreensão da abertura do catálogo dos direitos fundamentais da Constituição.

O debate é importante, pois envolve a hermenêutica dos direitos fundamentais e a compreensão da concepção dos direitos fundamentais consagrada na Constituição. No dizer de Ingo Sarlet, “se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem Constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”⁸⁶.

O entendimento que conjuga a idéia de sistema aberto e flexível e sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto centro irradiante do conteúdo, também humanístico, que envolve os direitos fundamentais, talvez tenha, na primeira questão, antes levantada, o seu grande dilema, pois qual será o critério utilizado na sustentação da existência de direitos fundamentais das pessoas jurídicas⁸⁷ ou dos direitos fundamentais dos animais.

⁸⁵ FARIAS, Edilson Pereira. De. *Colisão de Direitos*, p. 54.

⁸⁶ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 75.

⁸⁷ Canotilho, com base no art. 12, 2 da Constituição Portuguesa, sustenta que “a extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas coletivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são <<direitos do homem>>, podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas como cidadãos de <<carne e osso>>. (...) as pessoas coletivas gozam de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais. (cfr. Também, o art. 160 do Código Civil). As pessoas coletivas gozam de direitos fundamentais

2.5.1. O § 2º do art. 5º da CF

O rol de direitos fundamentais enumerados no art. 5º da Constituição Federal não é taxativo. A norma do §2º do art. 5º “traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”⁸⁸.

A questão envolve, além dos direitos fundamentais dispostos no restante do corpo da Constituição, os direitos constantes de tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Ingo Sarlet alerta para o fato de que a doutrina nacional dedicou pouca atenção a este dispositivo Constitucional, dentre outros motivos, pela expansiva exposição do art. 5º que, no entendimento, acabara por esgotar o rol de direitos fundamentais. No entanto, por outro lado, a título exemplificativo, o autor menciona o avanço dado pela jurisprudência e faz menção à decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a norma do art. 150, inc. III, alínea “b”, da CF, por força do disposto no § 2º do art. 5º, verdadeiro direito fundamental do cidadão-contribuinte, consagrando, assim, o

como a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de profissão, devendo no entanto neste âmbito de direitos fundamentais extensivos às pessoas coletivas verificar-se, caso a caso, se o domínio da norma é aplicável às pessoas jurídicas. Assim, por exemplo, (...) se as igrejas podem reivindicar liberdade de religião e de culto (art. 41), já o mesmo não é possível dizer-se quanto à liberdade de consciência (art. 41).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 559. Segundo Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 197), os direitos fundamentais das pessoas jurídicas não estão equiparados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Pelo contrário, “trata-se de uma limitação: as pessoas coletivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm todos os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas coletivas ou a instituições.”

⁸⁸ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p 82.

princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição.⁸⁹

O tema é complexo. Não são pontos pacíficos entre os estudiosos da matéria (i) a equiparação, no que tange o regime jurídico, entre os direitos que estão no catálogo e os que estão fora dele; (ii) a identificação dos direitos que estão fora do catálogo e que realmente podem ser considerados materialmente fundamentais; (iii) as fontes dos direitos fundamentais fora do catálogo e que, portanto, podem ter assento em outras partes do texto Constitucional ou mesmo residir em outros textos legais, nacionais ou internacionais; (iv) a questão da abrangência da regra do §2º do art. 5º, visto que, topograficamente, situada no capítulo dos direitos individuais e coletivos, sendo prudente a indagação a respeito da viabilidade de sua extensão aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, comumente e genericamente denominados de direitos sociais.

2.6. A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais

A discussão sobre a abertura dos direitos fundamentais leva à reflexão que se refere à fundamentalidade de tais direitos. Desta forma, ao lado da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, está presente a fundamentalidade material, decorrente da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Ambos os elementos podem ser compreendidos na existência de (i) direitos formais e materialmente fundamentais, (ii) direitos apenas materialmente fundamentais, e ainda de (iii) direitos apenas formalmente fundamentais. Os primeiros seriam aqueles direitos que estão ancorados na Constituição formal. São direito que, na

⁸⁹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 82-83.

lição de Canotilho⁹⁰, são enunciados e protegidos por normas com valor Constitucional formal, normas que têm a forma Constitucional.

Os segundos, por sua vez, seriam aqueles que, embora fundamentais, não constam do catálogo da Constituição. Esse entendimento decorre da interpretação não taxativa dos direitos fundamentais, da enumeração aberta, sempre apta a ser completada ou preenchida através de novas situações, decorrentes de novos momentos. Segundo Jorge Miranda, não se trata somente da possibilidade de integração ou complementação do catálogo Constitucional, mas de um “princípio geral do ordenamento jurídico; o princípio da autonomia ou, antes o princípio da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação de sua dignidade.”⁹¹ Note-se que não se pode restringir a abrangência material dos direitos fundamentais à realização do princípio da dignidade humana pois, se assim for, desde já, os possíveis novos direitos fundamentais das pessoas jurídicas ou dos animais, por exemplo, estariam, de antemão, vedados. Importante observar o que escreve Canotilho: “a orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto ou importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”⁹².

A posição de Canotilho acerca de uma especial proteção e dignidade dos direitos fundamentais, nos sentidos formal e material, está alicerçada na obra do jusfilósofo alemão Robert Alexy. Para Alexy, a questão é saber o que faz um enunciado da Constituição ser uma disposição de direito fundamental. Segundo o autor, a resposta implica a análise de três pontos de vista: materiais, estruturais e formais.⁹³

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 528.

⁹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, p. 153.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 528.

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 63.

Seguindo a tese proposta por Carl Schmitt, Alexy faz referência ao critério que vincula elementos materiais e estruturais. Neste sentido, seriam direitos fundamentais somente aqueles direitos que pertencem ao fundamento mesmo do Estado e que, portanto, são reconhecidos como tais pela Constituição. Um direito que pertence ao fundamento próprio do Estado é uma manifestação material. Segundo Schmitt, ao fundamento do Estado Liberal de direito pertence somente um grupo de direitos, os direitos individuais de liberdade. Esses formariam, em verdade, a noção de direitos fundamentais em sentido estrito, por apresentarem uma determinada estrutura, a do direito individual de liberdade. Segundo Alexy, a proposta de Schmitt tem inconvenientes. Primeiro, por vincular o conceito de direitos fundamentais a uma determinada concepção de Estado, a respeito da qual existem dúvidas de que seja a concepção da Lei Fundamental Alemã; segundo, por aprisionar o conceito de direito fundamental à estrutura do direito de liberdade do Estado Liberal de Direito.⁹⁴

Segundo Alexy, é também inconveniente a utilização, apenas, do critério estrutural, levando-se em conta somente se a norma estatuída por uma disposição da Constituição confere um direito subjetivo, quaisquer que sejam suas características.⁹⁵

Segundo Alexy, mais conveniente que a fundamentação do conceito de norma de direito fundamental sobre critérios materiais e/ou estruturais é a sua vinculação com um critério formal, que aponte a forma de positivação. Neste sentido, são direitos fundamentais todos os enunciados do título “Direitos Fundamentais” (art. 1º a 19) da Lei Fundamental Alemã, independente do conteúdo e da estrutura estatuídos por eles.⁹⁶ No entanto, observa Alexy, não há dúvidas quanto à existência de direitos fundamentais em outros tópicos da Lei

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 64.

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 64.

⁹⁶ Este parece ser o entendimento também de Jorge Miranda, quando afirma que “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* Tomo IV, p. 9.

Fundamental, terminologia que Alexy, utilizando a definição de Fr. Klein, chama de “disposições satélites correspondentes”. Para a identificação destas disposições não constantes dos art. 1º a 19 da Lei Fundamental, Alexy oferece como critério formal o catálogo de direitos designados simplesmente como “direitos” no artigo 93, parágrafo 1, nº 4 “a” da Lei Fundamental e, sobre os quais esta disposição admite o recurso de inconstitucionalidade. Neste sentido, é importante a distinção conceitual entre *disposições de direito fundamental*, enunciados formulados nos artigos 1 a 19 da Lei Fundamental e nos enunciados dos artigos 20 § 4, 33, 38, 101 e 104 da Lei Fundamental que conferem direitos individuais, e *normas de direito fundamental*, as que são diretamente expressadas por estes enunciados.⁹⁷

Alexy, no entanto, questiona-se acerca de uma possível incompletude da definição formal acima. O autor parte da análise do disposto no art. 5, § 3º da Lei Fundamental (“A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”) para apontar a existência de dois grupos de normas de direito fundamental: as normas diretamente estatuídas pela Constituição e as normas a elas adstritas. Outras questões surgem: quais normas estão adstritas às normas de direito fundamental diretamente estatuídas? Quais das normas adstritas são normas de direito fundamental e quais não são? Segundo Alexy, para responder esta última questão, pode-se recorrer, em parte, a um critério empírico e, em parte, a um normativo. Opta por um critério empírico quem diz que normas adstritas de direito fundamental são aquelas que a jurisprudência e a ciência do direito adscvem às normas de direito fundamental estatuídas diretamente. Este critério, segundo Alexy, não é adequado a uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, na qual é constitutiva a questão de saber quais adscrições são realizadas *conforme o direito*. Por certo, os precedentes judiciais e o consenso dogmático possuem um papel importante neste cenário. No entanto, com a mera

⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 65.

referência ao modo como se está decidindo e ao modo como se está querendo decidir, não é possível dar uma resposta a esta questão.⁹⁸

Uma adscrição realiza-se *conforme o direito* quando a norma adscrita pode ser catalogada como válida. No entanto, para ser catalogada como válida, basta a referência à sua posituação que, no caso das normas adscritas, está excluída por definição. Desta forma, não é possível a sua identificação dentro do marco do conceito jurídico de validez. Também são insuficientes os conceitos sociológico e ético de validez. No entanto, segundo Alexy, os três conceitos de validez são relevantes dentro do marco do seguinte critério: uma norma adscrita vale e é uma norma de direito fundamental, se para a sua adscrição a uma norma de direito fundamental estatuída diretamente é possível dar uma *fundamentação iusfundamental correta*. Desta forma, para que uma norma adscrita seja ou não uma norma de direito fundamental, depende da *argumentação iusfundamental* para que ela seja possível.⁹⁹

Segundo Alexy, a definição do conceito de norma de direito fundamental, que aponta o conceito da fundamentação iusfundamental correta, não está necessariamente reduzida às normas de direito fundamental adscritas. Também pode estender-se às normas de direito fundamental diretamente estatuídas e, desta maneira, generalizar-se. Segundo uma definição geral, normas de direito fundamental são todas aquelas que admitem uma fundamentação iusfundamental correta. Para as normas de direito fundamental diretamente estatuídas basta, para sua fundamentação iusfundamental correta, em geral, uma referência ao texto da Constituição, sendo qualquer fundamentação mais profunda de valor apenas teórico para a práxis da fundamentação iusfundamental.¹⁰⁰

Voltando à classificação formulada neste capítulo, a terceira possibilidade abrange aqueles direitos que, no entendimento de alguns autores, seriam os

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p. 70-71.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p. 71. No capítulo 10 desta obra, Alexy trata especificamente da argumentação iusfundamental.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p. 73.

constantes no catálogo, mas que, por sua substância e importância, não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Observe-se que esta perspectiva não encontra subsídio no pensamento de Alexy, para o qual todas as normas constantes do catálogo são de direito fundamental, independente do seu conteúdo.

O jurista português Vieira de Andrade é um dos autores que acredita que existam direitos apenas, formalmente, fundamentais. Segundo o autor, os direitos fundamentais têm de ser, como o nome exige, fundamentais. “Referimo-nos aqui, naturalmente, à fundamentalidade do ponto de vista material, que corresponde à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade. Como dissemos, os direitos formalmente inscritos na Constituição devem presumir-se, salvo prova em contrário, direitos do ponto de vista material”¹⁰¹.

Canotilho faz duras críticas ao posicionamento de Vieira de Andrade, classificando seu entendimento como típico exemplo de uma teoria dos direitos fundamentais não Constitucionalmente adequada visto que, “partindo de uma pré-compreensão típica do subjetivismo axiológico e de um individualismo metodológico próximo das teoria atomísticas da sociedade, expulsa do catálogo material de direitos todos que não tenham um <<radical subjetivo>>, isto é, que pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁰². Canotilho também refere-se à questão, já, aqui, abordada¹⁰³, dos sérios embaraços provocados pela afirmação da dignidade da pessoa humana como fundamento do sistema de direitos fundamentais no tocante aos direitos fundamentais das

¹⁰¹VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 186.

¹⁰²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 532.

¹⁰³ Ver Tópico acerca do Sistema de Direito Fundamental.

peessoas jurídicas. No entender de Canotilho, a distinção referida é incompatível com o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrado.¹⁰⁴

Ainda com relação aos direitos apenas materialmente fundamentais, eles podem ser compreendidos como os constantes do catálogo (implícitos) e os não constantes do catálogo. Quanto aos primeiros, a hipótese é de subentendimento de tais direitos, uma vez que estão implícitos nas normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais do catálogo. Sendo assim, não são considerados formalmente fundamentais, mas apenas materialmente fundamentais, em razão de não derivarem automaticamente destas normas e de exigirem do intérprete a sua apreensão.¹⁰⁵

Por sua vez, os direitos que estão fora do catálogo classificam-se em escritos e não-escritos. Os primeiros são encontrados tanto no restante da Constituição como nos Tratados Internacionais; os não-escritos são os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, excluídos os implícitos, já, acima, classificados.¹⁰⁶

Quanto aos critérios necessários para se apurar os direitos materialmente fundamentais, encontram-se o *conteúdo* e a *importância* de tais direitos. Em relação ao primeiro, verifica-se que as análises, neste campo, são fortemente marcadas pelo subjetivismo. De qualquer forma, é necessário identificar o que caracteriza a matéria dos direitos fundamentais, de acordo com o direito Constitucional positivo vigente. “Não se cuida de efetuar análise isolada de um ou outro preceito do catálogo, mas, sim, de lançar um pouco de luz sobre os elementos comuns, em princípio, ao conteúdo de todos os direitos fundamentais do Título II de nossa Carta Magna e que, portanto, pode ser considerado como matéria dos direitos fundamentais, e não de um ou outro dispositivo isolado.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 531.

¹⁰⁵ Esta classificação é encontrada em SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 94.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 94.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 95.

Quanto ao critério da importância, esta se verifica na qualificação de determinada matéria no sentido de possuir, para a comunidade, em determinado momento histórico, um papel fundamental, posição que consubstancia, sem dúvida alguma, a opção por valores consensualmente reconhecidos no meio social, salientando-se, todavia, que “tal consenso pode, como de resto não é incomum que aconteça, corresponder apenas a uma solução de cunho compromissário e contingencial, sem que, de fato, radique na vontade autêntica e dominante do povo, titular por excelência do Poder Constituinte”¹⁰⁸.

2.7. Os limites materiais da reforma Constitucional. Amplitude do art. 60 § 4º IV da CF

Além dos procedimentos agravados de revisão, característica formal das normas constitucionais, o poder constituinte originário positivou algumas normas como sendo de caráter inabalável. Tais normas constituem os chamados limites materiais de reforma Constitucional ou “cláusulas pétreas”¹⁰⁹.

Para os objetivos aqui pretendidos, importa analisar o art. 60 § 4º IV da Constituição Federal¹¹⁰ que, em consonância com a melhor doutrina sobre os direitos fundamentais, cuidou de proteger com especial atenção as normas de

¹⁰⁸ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 95.

¹⁰⁹ O estudo das “cláusulas pétreas” importa também na análise do tema referente à alteração Constitucional. Diante dos limites deste trabalho e da impossibilidade de uma abordagem aprofundada da matéria, indica-se, dentre a ampla bibliografia existente, as seguintes obras: no direito italiano, LI BASSI, Antonino Pensovecchio. *Interpretazione costituzionale e legislazione costituzionale*. 2º ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 79-98; PACE, Alessandro. *La causa della rigidità costituzionale*. 2º ed. Padova: Cedam, 1996; no direito alemão, HESSE, Konrad. Limites de La Mutacion Constitucional. In. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução espanhola por Pedro Cruz Villalon. 2º ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; no direito brasileiro, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 173-199.

¹¹⁰ Dispõe a norma Constitucional:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.

direito fundamental. Mas não existe posição pacífica nesta seara, a começar pela expressão que gera indagação: “direitos e garantias individuais”. Ingo Sarlet, coloca duas questões que envolvem as chamadas cláusulas pétreas: a primeira relaciona-se à questão terminológica, já referida; a segunda refere-se à intensidade da proteção, tendo em vista as distinções existentes entre as diversas categorias de direitos fundamentais, de modo especial entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais.¹¹¹

No que diz respeito à questão terminológica, encontram-se posições que vão desde aqueles que defendem uma interpretação literal do dispositivo, de maneira que estariam excluídos da proteção não apenas os direitos sociais (arts. 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13) e os direitos políticos (arts. 14 a 17) até aqueles que advogam uma interpretação restritiva do art. 60 § 4º IV da CF, defendendo que, apenas os direitos fundamentais, equiparáveis aos direitos individuais do art. 5º, seriam considerados “cláusulas pétreas”¹¹². Outros, ainda, apresentam interpretações mais lúcidas, como a que procura dar ao dispositivo uma interpretação sistemática, de maneira que a inclusão dos direitos sociais e dos demais direitos fundamentais no rol das “cláusulas pétreas” seja justificada à luz do direito Constitucional positivo, pois a ordem Constitucional, como um sistema Constitucional, irá fornecer subsídios a uma melhor interpretação da norma Constitucional.¹¹³

Desta forma, na interpretação que melhor se adapta ao sentido da Constituição de 1988, estariam os direitos sociais, entre eles o direito à

¹¹¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 359.

¹¹² Este entendimento cria a “difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não individuais. Caso considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (...) teríamos que identificar nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, os direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais não-prestacionais) também se encontrariam ao abrigo das ‘cláusulas pétreas’”. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 360.

¹¹³ Está é a posição de Ingo Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 361); e Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, p. 588 e seg.).

educação, entre as cláusulas pétreas.¹¹⁴ Segundo Ingo Sarlet, “a função precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição (...) constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem Constitucional...”¹¹⁵

Importante, aqui, é realçar o caráter de identificação que assumem as cláusulas pétreas. As disposições inalteráveis do texto Constitucional procuram manter a identidade originária do texto, o momento político originário e a perspectiva, enquanto diretriz normativa, que se procurou conferir a Constituição. Neste sentido, preservar a idéia original dos constituintes de 1988 é preservar, por exemplo, a noção de Estado Social Democrático de Direito¹¹⁶ e, por consequência, todos os seus elementos caracterizadores, sejam de cunho social, político ou de liberdades e garantias.¹¹⁷

No tocante à intensidade da proteção dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet escreve que “não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, destacando-se, ainda, que tal proteção há que ser diferenciada, dependendo do direito fundamental que estiver em causa”¹¹⁸.

¹¹⁴ Segundo Jorge Miranda, referindo-se à Constituição Portuguesa, “em face do art. 16º, nº 2, os direitos, econômicos, sociais e culturais previstos na Declaração Universal podem considerar-se identicamente limites materiais de revisão Constitucional, embora implícitos.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 352.

¹¹⁵ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 363.

¹¹⁶ Ver o tópico “Os Direitos Fundamentais e o Estado Social Democrático de Direito”. Consta do preâmbulo da Constituição Federal de 1988 que a garantia dos direitos individuais e sociais, a igualdade e a justiça constituem objetivos do Estado Brasileiro.

¹¹⁷ Na defesa dos direitos sociais como autênticos limites materiais implícitos à reforma Constitucional, Ingo Sarlet afirma que “todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc.” SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 362.

¹¹⁸ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 364.

A experiência Constitucional alemã apresenta como critério de alcance da proteção dos direitos fundamentais o seu maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana.¹¹⁹ É também considerado, no sistema alemão, como cláusula pétrea, o princípio do Estado democrático e social de Direito, que também acaba por fundamentar uma proteção mediata dos direitos fundamentais, “na qualidade de concretizações e exigências deste princípio, especialmente no que diz com o direito de proteção judiciária (art. 19, inc. IV, da LF), bem como dos diversos direitos fundamentais processuais, direitos de participação política e direitos sociais. Atente-se, contudo, para o fato de que nem todo direito fundamental pode ser considerado elemento essencial (e, portanto, intangível) do princípio do Estado Democrático e social de Direito”¹²⁰. Deve-se observar, também, que a Lei Fundamental da Alemanha consagra, no âmbito do regime das restrições aos direitos fundamentais, a garantia do núcleo essencial (art. 19, inc. II). Essa questão merece melhor análise, em especial, quando pensada em sua transposição à ordem Constitucional brasileira. Não se pode confundir a proteção do núcleo essencial com o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, pois todos os direitos fundamentais contêm um núcleo essencial, mas nem todos podem ser considerados exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a proteção dos direitos fundamentais no direito pátrio, referendando a norma do § 4º do art. 60, que utiliza as expressões “abolir” e “tendente a abolir”, parece encontrar guarida muito mais na fórmula do núcleo essencial que no princípio da dignidade da pessoa humana. Essa posição, que se apresenta diferenciada do modelo alemão, se impõe em razão de que “a

¹¹⁹ Ingo Sarlet escreve que “nesta paradigmática ordem Constitucional, os direitos fundamentais não foram diretamente referidos no art. 79, inc. III (“cláusulas pétreas”), não ficando, contudo, à mercê da atuação do poder de reforma Constitucional, já que mediatamente protegidos por meio do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos por parte do povo alemão (art. 1º, incs. I e II, da LF).” *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 364.

¹²⁰ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 365.

utilização da fórmula do núcleo essencial (ainda que não expressamente consagrada) manifesta sua utilidade não apenas na medida em que revela ser de um manejo mais transparente e flexível, mas também em virtude da fundada dúvida quanto ao conteúdo, em dignidade da pessoa humana, de todos os direitos fundamentais, constantes, ou não, do catálogo”¹²¹. Desta forma, “não apenas uma emenda Constitucional que venha a abolir (suprimir) um direito fundamental, mas também alguma que venha a atingi-lo de forma equivalente, tendendo à abolição, isto é, ferindo o seu conteúdo essencial, se encontram inequivocamente vedadas pela nossa Constituição”¹²².

O tema tem sido discutido, entre os doutrinadores, sob diversos aspectos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que “as matérias protegidas por ‘cláusula pétreas’ não podem ser abolidas – porque só o abolir é que estas impedem – salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto visado.”¹²³ Esta interpretação não merece consideração, visto que promove verdadeira fraude Constitucional por meio do uso de artifícios que são incompatíveis com uma postura comprometida com a Constituição. Trata-se de verdadeira violação do texto Constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes, em tese que encontra sustentação nas lições de Carl Schmitt acerca da diferenciação entre modificação e abolição da Constituição, procura “introduzir reflexão sobre a adoção, no processo de revisão, de uma ressalva expressa às cláusulas pétreas, contemplando não só a eventual alteração dos princípios gravados com as chamadas garantias de

¹²¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 366.

¹²² SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 366.

¹²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 13 – out/set, 1995, p. 03-10.

eternidade, mas também a possibilidade de transição ordenada da ordem vigente para outro sistema Constitucional (revisão total).”¹²⁴

Segundo Konrad Hesse, é inadmissível uma alteração da Lei Fundamental alemã, pela qual são tocados a estrutura da federação em estados, a cooperação fundamental dos estados na legislação da federação ou os princípios fixados nos arts. 1º e 20. A Lei Fundamental é clara quanto à exclusão das modificações que afetem o seu núcleo material (art. 79, alínea 3). No entanto, por certo que a Constituição não pode ser mantida viva se ela perdeu sua força normativa, assim como ela não é capaz de cumprir sua tarefa se, em sua totalidade, é posta à disposição de uma maioria de dois terços. A Constituição só pode ser uma ordem fundamental jurídica da coletividade – e não só da respectiva vontade de uma maioria de dois terços – se ela efetua fixações materiais e procedimentais e estabelece estas como absolutas. A História pode derrogar tal estabelecimento definitivo, mas isto está na essência do Direito Histórico, que nunca pode aspirar e produzir mais que a conservação da continuidade na transformação histórica.¹²⁵

Esta conservação da continuidade na transformação histórica, segundo Hesse, é contemplada pela abertura da Constituição, quando, esta não mais possibilita a adaptação na transformação das situações históricas, está o legislador autorizado a modificar ou complementar a Constituição com maioria qualificada. Importante também observar que à ela serve também “a proibição

¹²⁴ Segundo Ferreira Mendes, “o limite da revisão não reside, necessariamente, na fronteira entre a legitimidade e revolução. É possível, pois, proceder-se à transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra da legitimidade. (...). Esse problema foi resolvido de forma particularmente feliz em algumas Constituições estrangeiras, que distinguem expressamente a revisão parcial da revisão total. (...). Portanto, parece constituir apanágio do processo de revisão total da Constituição, não só a fixação de procedimento mais restritivo, em relação ao processo de emenda, como também a necessidade de participação do efetivo titular do poder constituinte, o povo, seja mediante plebiscito, seja mediante referendo.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da Revisão: Cláusula Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua superação. Revista AJURIS. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 60, março 1994, p. 249-254.*

¹²⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 511.

de abolir a identidade da Constituição e, com ela, a continuidade da ordem fundamental jurídica da coletividade.”¹²⁶ A identidade da Constituição é encontrada em seu núcleo material, isto é, nos “elementos fundamentais da ordem democrática e estatal-jurídica da Lei Fundamental”¹²⁷.

Quanto à amplitude da chamada “identidade da Constituição”, Hesse escreve ser possível tal definição apenas em termos fundamentais, visto que a configuração da ordem democrática, estatal-jurídica e estatal-federal da Lei Fundamental resulta da conexão de uma abundância de disposições individuais, e torna-se imprescindível a análise de até que ponto essas determinações são de tal significado que podem estar sob a proibição de modificações.¹²⁸

2.8. A restrição dos direitos fundamentais

O tema das restrições é, por certo, um dos mais complexos de direito fundamental. Envolve a essência do direito, sua aplicação, sua conformação com os demais direitos, enfim, diversos aspectos da teoria dos direitos fundamentais que, neste momento, serão apenas lembrados em suas características principais, com o intuito de contribuir, através da teoria, para a formação da base necessária à adequada compreensão das questões constitucionais, que serão tratadas ao longo deste trabalho.

Na tentativa de ampliar esta discussão, é importante citar a obra de Robert Alexy, para o qual o conceito de restrição de um direito fundamental não parece apresentar problemas, estando estes, em verdade e exclusivamente, na determinação do conteúdo e no alcance das restrições, como também da distinção entre restrições e regulações, configurações e concreções.¹²⁹

¹²⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 511-512.

¹²⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 512.

¹²⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 512-513.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 267.

Observa Alexy, no entanto, que a primeira impressão de não problematidade do conceito de restrição é enganosa, uma vez que existe discussões nesta área. Alexy faz referência a Friedrich Klein¹³⁰ que, apoiado na lógica pura, afirma não existirem restrições às disposições de um direito fundamental, existindo, tão somente, o conceito delas mesmas.¹³¹

O conceito de restrição de um direito sugere a existência de duas coisas: do direito e de suas restrições, entre as quais existe uma relação de tipo especial, a de restrição. A este entendimento, Alexy chama *Teoria externa*. A *Teoria interna*, por sua vez, revela a existência de apenas uma situação: o direito com um determinado conteúdo (teoria de Klein). Nesta, o conceito de restrição é substituído pelo de limite. As dúvidas acerca dos limites do direito não se referem ao fato de o direito dever ou não ser limitado, mas ao conteúdo do direito. Quando se fala de “limites” em lugar de “restrições”, fala-se de “restrições imanescentes”.¹³²

Segundo Alexy, para encontrar a correção na teoria externa ou na teoria interna, importa considerar as normas iusfundamentais como regras ou princípios e as posições iusfundamentais como posições definitivas ou *prima facie*.¹³³ Então, partindo-se de posições definitivas, é possível refutar a teoria externa e, partindo-se de posições *prima facie*, a teoria interna.

O autor alemão analisa um recurso de inconstitucionalidade acerca da obrigatoriedade do uso de capacete pelos motociclistas¹³⁴, que restringe a liberdade jurídica geral, pois elimina a liberdade jurídica especial de usar ou não o capacete. Segundo Alexy, o Tribunal Constitucional tem o entendimento correto acerca das restrições da liberdade de ação, pois o indivíduo tem direito a não restrição de sua liberdade jurídica geral quando as normas restritivas não são

¹³⁰ Em sua obra: “*Das Bonner Grundgesetz*”.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 268.

¹³² ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 268-269.

¹³³ Posições *prima facie* estão sujeitas a ponderações em face de situações de colisão de bens ou valores no caso concreto.

¹³⁴ Processo perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão (BverfGE 59, 275)

elemento constitutivo da ordem Constitucional, ou seja, quando não são formal e materialmente constitucionais.¹³⁵ O direito abstrato, definido no art. 2 §1º da Lei Fundamental, por outro lado, não pode ser pleiteado frente ao Estado, para que este não edite as normas de restrição. Isto apenas pode ocorrer na hipótese das normas de restrição não serem formal e materialmente acordes com a Constituição. Assim, partindo-se de posições definitivas, não se pode restringir os direitos do art. 2 §1º da Lei Fundamental, pois um direito que é submetido ao livre arbítrio do indivíduo não pode ser restringido e qualquer tentativa neste sentido não será, propriamente, uma restrição, e sim uma violação.¹³⁶

Desta forma, a teoria interna de Klein demonstra não ser adequada à compreensão da Constituição, uma vez que o art. 2 §1º da Lei Fundamental descreve um princípio que exige a maior medida possível de liberdade geral de ação, de forma que o direito fundamental *prima facie* que corresponde a este princípio é demasiado amplo e pode ser restringido. Partindo de um modelo de princípios, portanto, restringe-se não só um bem protegido das normas de direito fundamental, como também um direito *prima facie* garantido por normas iusfundamentais.¹³⁷

As restrições de direitos fundamentais podem ser diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais. Quanto às primeiras, são normas de nível Constitucional que, para melhor compreensão da sistemática das restrições, é indispensável a distinção entre restrições e cláusulas restritivas.¹³⁸ Estas são parte da norma completa de direito fundamental, que disciplina como está restringido ou pode ser restringido e que suposto de fato de Direito Constitucional garante *prima facie*. As cláusulas restritivas podem ser tácitas ou

¹³⁵ A discussão desta questão está assentada na norma do art. 2 §1º da Lei Fundamental Alemã, que dispõe o seguinte: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem Constitucional ou a lei moral.”

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 270.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 271.

expressas. Alexy cita como exemplo o art. 8 § 1º da Lei Fundamental.¹³⁹ A cláusula “pacificamente e sem armas” pode ser considerada como uma formulação abreviada de uma regra que converte os direitos *prima facie*, que resultam do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos. A regra expressada pela cláusula restringe a realização de um princípio iusfundamental. Sua peculiaridade consiste no fato que foi o próprio legislador Constitucional que formulou a restrição definitiva.¹⁴⁰

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas cuja imposição está autorizada pela Constituição. A competência para impor restrições indiretamente constitucionais expressa-se claramente nas *cláusulas de reserva explícitas*¹⁴¹. Alexy diferencia as *cláusulas de reserva implícitas*, quando tais fazem referência a leis ordinárias como restrições, como na hipótese do art. 5 § 2º da Lei Fundamental, que restringe a liberdade de expressão do pensamento às disposições das leis gerais, aos regulamentos legais para a proteção da juventude e ao direito de honra pessoal.¹⁴²

O problema central das reservas é, para Alexy, o de sua delimitação.¹⁴³ Para esta questão importa a distinção entre os aspectos formais e materiais. O

¹³⁸ O conceito de restrição corresponde à perspectiva do direito; o de cláusula restritiva, à perspectiva da norma.

¹³⁹ Consta do dispositivo: “Todos os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente sem armas, sem notificação nem autorização prévias.”

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 278.

¹⁴¹ Cláusulas de reserva explícitas, são aquelas disposições iusfundamentais ou partes de disposições iusfundamentais que autorizam expressamente intervenções, restrições ou limitações como, por exemplo, a constante do art. 8 § 2º da Lei Fundamental Alemã, que dispõe: “Para as reuniões ao ar livre, pode este direito ser restringido por lei ou com base numa lei”. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 282.

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 283.

¹⁴³ No entender de Canotilho, “só deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efetiva limitação do âmbito de proteção desses direitos. (...). Para se afirmar a existência de uma autêntica restrição é necessário desenvolver um procedimento metódico destinado a iluminar as seguintes questões: (1) Trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?; (2) Existe uma autorização Constitucional para essa restrição? (3) Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses Constitucionalmente protegidos? (4) A lei observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade

aspecto formal refere-se, principalmente, à competência de impor restrições, ao procedimento e a forma. O aspecto material, à medida que se refere à competência do legislador para impor restrições, está limitado não só pelas condições mencionadas nas reservas qualificadas, como também pela preservação do conteúdo essencial, pelo princípio da proporcionalidade e pelo mandato de ponderação.¹⁴⁴

A vinculação entre competência e ponderação evita o resultado incompatível com a sujeição do legislador aos direitos fundamentais, já que os direitos, quando além do conteúdo essencial, carecem de conteúdo e, desta forma, estão à disposição do legislador.¹⁴⁵ Um entendimento assim não é adequado, como também o inverso é insustentável, ou seja, uma sujeição

e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial?).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 601-602.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 283. No dizer de Konrad Hesse, a “tarefa das limitações de direitos fundamentais é de coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade; (...). A coordenação de direitos de liberdade e outros bens jurídicos, a Constituição mesma efetua só em uma parte pequena. (...). Na medida em que as determinações, que protegem a ambas, em seu alcance material cruzarem uma a outra, ou colidirem uma com a outra, limitação de direitos fundamentais é, fundamentalmente, produção de concordância prática. A tarefa da concordância prática requer a coordenação ‘proporcional’ de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais.” HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional...*, p. 255.

¹⁴⁵ Acerca da competência do legislador ordinário, em sua função de conformar a ordem constitucional, merece referência a decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou Constitucional a norma que disciplina os crimes hediondos. Em sede de Habeas Corpus (HC nº 69.657, publicado no DJU de 18/06/1993), a Corte Constitucional Brasileira entendeu que o art. 2º da Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) não é inconstitucional, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena. Com muita propriedade, Suzana de Toledo Barros observa que o “direito à individualização da pena deve ser iluminado pela legislação infraConstitucional, quer pelo art. 59 do Código Penal (...) bem assim pela Lei de Execução Penal, sobretudo pelo seu art. 112, que estabelece a forma progressiva da execução das penas.” (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 174). Tal decisão demonstra que a nossa Corte Constitucional é partidária do entendimento de que não existe limites ponderáveis à atuação do legislador e, como afirmou o Ministro Francisco Rezek em seu voto, citando o Ministro Luís Gallotti, “a inconstitucionalidade não se presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior. (...) não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina”.

demasiadamente débil não pode ser substituída por uma sujeição demasiadamente forte.¹⁴⁶

Consta do art. 19 § 2º da Lei Fundamental alemã, que “um direito fundamental em caso algum pode ser violado em sua essência”. A interpretação deste artigo é objeto de polêmica, sendo as teorias acerca do tema ordenadas sobre a base de dois pares de conceitos: os que referem a garantia do conteúdo essencial a posições *subjetivas* ou a uma situação *objetiva* de normação iusfundamental e os que interpretam a garantia em um sentido *absoluto* ou *relativo*.

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Alexy escreve que, inicialmente, em uma de suas primeiras decisões¹⁴⁷, o Tribunal deixou em aberto a questão acerca do fato de o art. 19 § 2º da Lei Fundamental ser interpretado em um sentido objetivo ou subjetivo. Em decisões posteriores¹⁴⁸, o Tribunal tem referido, permanentemente, a garantia do conteúdo essencial às posições individuais, com o que concorda Alexy. Segundo o autor, os direitos fundamentais são, primariamente, posições do indivíduo. Quando a Lei Fundamental estatui algo que, por sua pretensão, é tão importante como uma

¹⁴⁶ A preocupação de uma sujeição demasiadamente forte tem pertinência, pois observe-se a tese de que as reservas conferem ao legislador apenas a competência para expressar aquilo que, de toda maneira, resulta, já, de avaliar os princípios respectivamente relevantes. Se isto for correto, todas as restrições indiretamente constitucionais simplesmente trariam restrições diretamente constitucionais, teriam um caráter puramente declaratório e nunca constitutivo. Na medida em que também em caso de restrições diretamente constitucionais há que exigir seu estabelecimento por parte do legislador, desapareceria totalmente a diferença entre restrições indiretamente constitucionais e diretamente constitucionais. A legislação de reserva não seria mais que a interpretação das restrições que já existem em virtude da Constituição. Uma debilidade essencial da teoria interpretativa das reservas reside no fato de que existem numerosos casos nos quais o legislador pode decidir se impõe ou não restrições. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 284.

¹⁴⁷ Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 2, 266 (285)). ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 287.

¹⁴⁸ Alexy faz referência a várias decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, entre elas: BVerfGE 6, 32 (41); 7, 377 (411); 13, 97 (122). ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 287.

proibição de afetar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, deve-se, ao menos, relacionar isto às posições iusfundamentais dos indivíduos.¹⁴⁹

Uma interpretação objetiva¹⁵⁰ pode aparecer ao lado de uma teoria subjetiva, mas não substitui-la. O fato de os problemas de conteúdo essencial serem mais facilmente resolvidos com ajuda de uma teoria objetiva, contrapõe-se ao conceito de direitos fundamentais como direitos individuais.

As teorias subjetivas do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Segundo as teorias relativas, o conteúdo essencial é aquele que resulta da ponderação. Neste sentido, a garantia do núcleo essencial é reduzida ao princípio da proporcionalidade, tendo o art. 19 § 2º da Lei Fundamental importância apenas declaratória. Segundo as teorias absolutas, existe um núcleo em cada direito fundamental que, em nenhum caso, pode ser afetado.¹⁵¹

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão tem numerosas decisões que sustentam a teoria absoluta. Dentre elas, uma acerca de gravações com fita magnética, com a qual sentenciou-se que nenhum interesse dominante na comunidade pode justificar uma intervenção no núcleo absolutamente protegido da configuração da vida privada, não cabendo ponderação, de acordo com o critério do princípio da proporcionalidade.¹⁵²

No entanto, existem decisões do Tribunal Constitucional que, segundo Alexy, só podem ser interpretadas de acordo com uma teoria relativa. O autor faz referência à decisão resultante da situação na qual o Tribunal teve que examinar disposições da Lei Federal de assistência social, que estabelecem a internação em instituições de assistência social das pessoas que padecem de

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 287.

¹⁵⁰ Alexy refere-se a Klein (em sua obra *Das Bonner Grundgesetz*), segundo o qual o art. 19 § 2º da Lei Fundamental proíbe que a vigência de uma disposição iusfundamental seja reduzida de forma tal que perca a importância para todos os indivíduos, ou para a maior parte deles ou, em geral, para a vida social. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 287.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 288.

¹⁵² Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 34, 238 (245)). ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 288.

enorme debilidade de vontade ou, em sua vida instintiva, carecem totalmente de inibições, ou são descuidadas e correm perigo de ficar abandonadas, às quais somente se pode dar uma ajuda efetiva, nestas instituições. O Tribunal considerou que a liberdade da pessoa é um bem tão valioso que só pode ser restringido em virtude de razões especialmente importantes como a proteção da comunidade e do afetado; que a hipótese dos autos não era propriamente de proteção à comunidade e ao afetado, mas de melhora, por tratamento, do afetado; por fim, concluiu que não se pode privar alguém da liberdade pessoal com o fim único de procurar a sua melhora por tratamento e que qualquer tentativa, neste sentido, afeta o conteúdo essencial do direito fundamental de liberdade.¹⁵³

Segundo Alexy, a argumentação acima referida atende a lei da ponderação e, com ela, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Uma intervenção intensa somente está justificada por razões de peso, situação que não caracteriza os fatos analisados pelo Tribunal.¹⁵⁴ Para Alexy, se o Tribunal tivesse sustentado uma teoria absoluta, teria que ter partido de algumas posições existentes, como o direito de não ser internado permanentemente ou por longo tempo. No entanto, como isso não ocorreu, foi imprescindível analisar as razões contra a proteção do conteúdo essencial para ponderar a proporcionalidade da legislação federal, que disciplina as internações.¹⁵⁵

Ainda no capítulo sobre as restrições dos direitos fundamentais, Alexy faz referência ao lado positivo da garantia iusfundamental, ou seja, após considerar as restrições que conduzem a uma exclusão da proteção iusfundamental (aquilo

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamental*, p. 289.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 299.

¹⁵⁵ Segundo Suzana de Toledo Barros, que analisa a tese de Alexy, o entendimento da ponderação invalida a noção de “precedência de uma valor Constitucional sobre outro. Só mediante a ponderação desses bens em um caso concreto, necessária e ineliminável, pode-se chegar a um resultado restritivo. Com esse raciocínio, evitam-se os efeitos catastróficos de cláusulas gerais permissivas de uma ação estatal visando restringir direitos fundamentais, como aquelas do tipo ‘em razão de segurança pública’ ou ‘para assegurar a moralidade pública’, etc.” BARROS, Suzana de Todelo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 168.

que representa a parte negativa da norma iusfundamental), o autor trata do “suposto de fato” e do “âmbito de proteção”¹⁵⁶ do direito fundamental. Por tratar-se de discussão que, por certo, alongaria muito o que aqui se pretende, remetemos o leitor interessado à obra do autor alemão.

2.9. A colisão de direitos fundamentais

Ligado ao tema das restrições está a colisão de direitos fundamentais. Na doutrina nacional, o tema foi muito bem explorado por Edilson Pereira de Farias.¹⁵⁷ Segundo o autor, a colisão pode ocorrer entre os próprios direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais.¹⁵⁸

A colisão entre direitos fundamentais pode acontecer, por exemplo, entre as liberdades artística, intelectual, científica ou de comunicação (art. 5, IX da CF) e a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (art. 5, X da CF). Já a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais pode ser observada “quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família,

¹⁵⁶ Acerca da determinação do âmbito de proteção, ver também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 602; e HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 251. Segundo este autor, “a questão sobre o alcance de um direito fundamental torna necessária, por conseguinte, uma análise cuidadosa do ‘âmbito da norma’, uma tarefa que freqüentemente é não-compreendida e, a favor da questão sobre outros limites, precipitadamente descuidada. Muitas vezes, entretanto, problemas de direitos fundamentais já se deixam resolver sobre a base de uma tal análise e então é errôneo colocar a questão, se um direito fundamental está limitado, sob outros pontos de vista”.

¹⁵⁷ FARIA, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos...*

¹⁵⁸ Este entendimento é extraído de CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 135. Canotilho observa que, diversamente da hipótese de cruzamento ou acumulação de direitos, referente à concorrência de direitos, a colisão de direitos representa um choque, um autêntico conflito de direitos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 643.

patrimônio cultura, segurança pública e outros.”¹⁵⁹ Neste sentido, o bem comunitário *saúde pública* (art. 6º da CF) pode colidir com o direito de livre locomoção (art. 5º, XV da CF).

A solução do conflito de direitos, segundo Canotilho e Vital Moreira, “articula-se, por um lado, com a delimitação do âmbito normativo de cada direito (pressupostos objetivos e subjetivos da existência de um direito e a extensão da sua cobertura Constitucional) e, por outro lado, com a reserva de lei restritiva.”¹⁶⁰ Quanto ao primeiro, importa analisar se existe ou não um verdadeiro conflito, ou se trata-se, apenas, de uma aparência. Por exemplo, não há conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome, em caso de difamação, uma vez que não está coberto pelo âmbito normativo Constitucional da liberdade de expressão o direito à difamação, calúnia ou injúria.¹⁶¹ Quanto ao segundo, uma vez verificado o conflito, é necessário verificar a existência de “uma *reserva de lei restritiva* expressamente prevista na Constituição para algum dos direitos colidentes, pois neste caso a lei pode resolver o conflito de direitos através da restrição ou ingerência no respectivo âmbito normativo”.¹⁶²

Mas as duas possibilidades acima não esgotam a questão. Canotilho e Vital Moreira observam, sob a ótica da Constituição Portuguesa, a primazia dos chamados “direitos, liberdades e garantias”: (i) Na ocorrência de conflito entre dois “direitos, liberdades e garantias” não sujeitos à reserva de lei, a solução é dada pelo intérprete ou concretizador mediante a adoção de uma concordância

¹⁵⁹ FARIA, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos...*, p. 94. Importa observar o que escrevem Canotilho e Vital Moreira: “bens jurídicos relevantes para este efeito não são todos e quaisquer bens jurídicos (mesmo os declarados importantes pelo legislador), mas apenas aqueles que a Constituição e a ordem Constitucional elegeram como particularmente valiosos e expressamente consideraram como dignos de especial reconhecimento e proteção Constitucional.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 136.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 136.

¹⁶¹ Conforme também VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 216-217.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 136.

prática que sacrifique, o mínimo necessário, ambos os direitos, não podendo privilegiar um em prejuízo do outro; (ii) na hipótese de um conflito entre dois “direitos, liberdades e garantias”, sendo que apenas um está sujeito à reserva de lei restritiva, deve a lei, segundo o princípio da proporcionalidade, garantir uma eficácia ótima do direito não restringível e limitar o direito sujeito à reserva de lei restritiva; (iii) se o conflito se estabelece entre dois “direitos, liberdades e garantias” sujeitos à reserva de lei restritiva, o legislador, estabelecendo de forma proporcionada a concordância prática entre ambos, pode fazer ingerências ou limitar o exercício dos dois direitos; (iv) na hipótese de conflito entre “direitos, liberdades e garantias” não sujeitos à reserva de lei restritiva com outros direitos fundamentais (exs. direitos econômicos, sociais e culturais) ou com outros bens Constitucionalmente protegidos (defesa, saúde, educação), devem prevalecer os primeiros; (v) se o conflito surgir entre “direitos, liberdades e garantias” sujeitos à lei restritiva e outros bens ou direitos, há ainda prevalência dos primeiros, mas a lei pode introduzir restrições, de forma a salvaguardar a existência dos direitos ou dos bens com os quais estão em conflito.¹⁶³

Ainda quanto à solução dos conflitos entre direitos fundamentais, Edilson Pereira de Farias, limita-se a demonstrar dois caminhos. No primeiro, faz referência a Canotilho e Vital Moreira, destacando a passagem na qual os autores discutem como saber se se trata de uma colisão ou não, como foi mencionado anteriormente; no segundo, aborda a necessidade de ponderação, dos bens envolvidos, visando a resolução da colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nesta tarefa, importam os princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, entre outros.¹⁶⁴

Na hipótese de conflito entre “direitos, liberdades e garantias” não sujeitos à reserva de lei restritiva com outros direitos fundamentais, ou com outros bens

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 136-137.

Constitucionalmente protegidos, importa considerar se o direito alegado está sob o âmbito da norma. Esta advertência parte de uma possível incompreensão em relação à total sujeição dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou dos bens Constitucionalmente protegidos, aos direitos, liberdades e garantias.

Como exemplo, será analisada uma situação de aparente conflito entre o direito de liberdade religiosa (art. 5º, inciso VI) e a isonomia quanto ao acesso e permanência na escola (art. 206, inciso I), na situação em que um aluno, membro da igreja adventista, recusa-se a assistir aula na sexta-feira à noite, por motivos religiosos. A solução deste aparente conflito não se dará, simplesmente, pela supremacia do primeiro (liberdade religiosa) sobre o segundo (isonomia quanto ao acesso e permanência na escola).

Primeiramente, deve-se analisar, nesta questão, a possibilidade de escolha. Teve o aluno a possibilidade de escolher o curso diurno?¹⁶⁵ O curso que pretendia estudar estava sendo ofertado apenas no período noturno? Respondidas estas questões, se o aluno teve a oportunidade de escolher o horário e escolheu o curso noturno, sabendo, de antemão, que teria aulas na sexta-feira à noite, o direito de liberdade religiosa não poderá prevalecer. Mas, se ao aluno não foi dada a opção de escolha e este teve de se matricular no curso noturno, deverá prevalecer a liberdade religiosa em detrimento da isonomia de acesso e permanência na escola. Em certo sentido, na segunda hipótese, fazendo parte a liberdade religiosa da personalidade da pessoa, a isonomia de acesso na escola importa na consideração da diferença, ou seja, importa considerar a opção de crença e respeitá-la.¹⁶⁶ O aluno, no entanto, não ficará desobrigado de prestar os

¹⁶⁴ FARIA, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos...*, p. 97-98.

¹⁶⁵ Na resposta a esta questão, é de se levar em conta o fato de o aluno trabalhar durante o dia, ou qualquer outro motivo relevante que não lhe dê alternativas ao estudo noturno.

¹⁶⁶ Esta análise está em perfeita harmonia com o que escreve Canotilho sobre a relação entre o princípio geral de igualdade e os princípios especiais de igualdade. Estes têm preferência sobre o princípio geral, já que o tratamento diferenciado é verdadeiro instrumento de efetivação da igualdade em um sentido material, concreto. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 568-569.

exames da disciplina em outro horário, estará apenas desobrigado de assistir às aulas na sexta-feira à noite.

Se ao aluno foi dada a opção de escolha, o recurso ao direito de liberdade religiosa não poderá ser utilizado como forma de obter vantagem. Propriamente, não está configurado um conflito entre os direitos, pois o direito de liberdade religiosa não está contemplado. A hipótese levantada não ofende o direito de liberdade religiosa do aluno, pois foi ele quem fez a opção de estudar no curso noturno e, por consequência, de ter aulas na sexta-feira à noite. Situação diferente ocorre quando ao aluno não é dada opção, em que a negativa reveste-se de verdadeira violação do direito de liberdade religiosa. Então, o conflito está configurado já quando da matrícula compulsória no curso noturno.

2.10. A perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

A compreensão dos direitos fundamentais tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui uma das mais relevantes formulações do direito Constitucional contemporâneo. Neste sentido, os direitos fundamentais, além de constituírem apenas direitos subjetivos individuais, são, também, decisões valorativas, de natureza jurídico-objetiva, da Constituição, ou seja, aos direitos fundamentais é atribuído “o valor da solidariedade, isto é, da responsabilidade comunitária dos indivíduos: descobre-se a dimensão participativa, incluindo no âmbito dos direitos as atuações individuais de caráter político; acentua-se a dimensão social”¹⁶⁷.

Segundo Canotilho, “um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou à relevância da norma consagradora de um direito fundamental

¹⁶⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 146.

para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para a sua liberdade”, ao passo que “fala-se de uma fundamentação objetiva de uma norma consagrada de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária”¹⁶⁸. Não se trata, portanto, de definir que tais direitos são subjetivos e outros são objetivos, pois um mesmo direito pode assumir uma perspectiva subjetiva e objetiva. Veja-se o exemplo da liberdade de expressão, que pode assumir um caráter subjetivo quando estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e idéias, mas pode também assumir uma perspectiva objetiva, pode assumir uma “função objetiva”, no sentido de um “valor geral”, uma dimensão objetiva para a vida comunitária (liberdade institucional).¹⁶⁹

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não é compreendida como sendo o outro lado da moeda dos direitos subjetivos. A eficácia dos direitos subjetivos, necessariamente, requer um preceito de direito objetivo que a preveja. Ambos apresentam perspectivas distintas, ou seja, enquanto os direitos subjetivos estão vinculados ao indivíduo, o aspecto objetivo é direcionado à comunidade, pois os direitos fundamentais são aspirações não apenas do indivíduos, mas da coletividade.

A dimensão objetiva representa, em muitos casos, um não fazer para o Estado, pois o exercício de um direito subjetivo pelo cidadão automaticamente impõe ao Estado um não fazer, já que o *status* fundamental de liberdade e

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 535.

¹⁶⁹ Acerca das garantias institucionais, Jorge Miranda observa a existência de duas noções: (i) “um conceito lato e impreciso de disposição Constitucional em que se contempla e em que, portanto, se garante qualquer instituição no mais amplo sentido (abrangendo qualquer direito tomado como instituição)” como, por exemplo, a liberdade religiosa ou a liberdade de imprensa; (ii) “e um conceito restrito de disposição Constitucional consagrada de qualquer instituição ou de qualquer forma ou princípio objetivo de organização social”, como, por exemplo, a religião ou as confissões religiosas ou a imprensa. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 68.

igualdade dos cidadãos encontra-se subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais.

Outro aspecto que interliga as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais refere-se à função axiológica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, pois o “exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos”¹⁷⁰. É esta perspectiva que “legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes”¹⁷¹.

No tocante aos direitos sociais, Canotilho divide o tema em análise em dois planos: o subjetivo, que compreende direitos inseridos no espaço existencial do cidadão, independentemente da possibilidade de sua exequibilidade imediata e o objetivo, com normas de direitos fundamentais que estabelecem imposições legiferantes como a criação de condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos e como a exigência de o legislador fornecer prestações aos cidadãos.¹⁷²

Desta forma, Canotilho salienta que não se deve confundir direito subjetivo social, imposições legiferantes e prestações. “O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição Constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações

¹⁷⁰ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 143. Escreve Sarlet que a idéia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, em que pese sua posterior recepção na doutrina lusitana (Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, p. 146), encontra-se formulada já na jurisprudência Constitucional alemã do início da década de cinquenta.

¹⁷¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 143.

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 367-368.

existenciais imanentes àquele direito.”¹⁷³ No entender do jurista português, “como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objeto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais.”¹⁷⁴ No entanto, “como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjetivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objetivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjetivo.”¹⁷⁵ Os direitos sociais, na verdade, não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos e, de outra forma, “o direito à prestação não corresponde, rigorosamente, ao dever de prestação do Estado, contido na imposição legiferante: o âmbito normativo daquele direito pode ser mais amplo ou mais restrito que o deste dever”¹⁷⁶.

2.11. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Dispõe o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A interpretação deste artigo implica a consideração do tema relativo a aplicabilidade das normas constitucionais.

Na doutrina nacional, o autor que melhor desenvolveu o tema foi José Afonso da Silva.¹⁷⁷ Em seu livro *Aplicabilidade das normas constitucionais*, o

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente*, p. 368.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente*, p. 368.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente*, p. 368.

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente*, p. 368.

¹⁷⁷ Importante lembrar, fazendo referência a Ingo Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 208), a importância da obra de J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional* que, não obstante “publicada como livro apenas há alguns anos (após a morte

jurista paulista fez uma ampla análise da questão. No entanto, aqui serão reproduzidos apenas os tópicos que interessam ao presente trabalho.

Quanto ao dispositivo Constitucional mencionado, o autor escreve que “por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.”¹⁷⁸

O autor faz menção a dois conceitos (eficácia contida e aplicabilidade imediata; e eficácia limitada e aplicabilidade indireta), que necessitam ser compreendidos na totalidade de sua reflexão. José Afonso da Silva classifica da seguinte forma as normas constitucionais, quanto à eficácia jurídica: (i) normas constitucionais de eficácia plena; (ii) normas constitucionais de eficácia contida; (iii) normas constitucionais de eficácia limitada.¹⁷⁹

Segundo o jurista de São Paulo, “não há norma Constitucional alguma destituída de eficácia. (...) a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar

do autor), em edição compilada e revista pela Prof.^a Maria Garcia, foi redigida sob a forma de lições policopiadas, no decorrer dos anos 50 e 60, precedendo, até mesmo, a merecidamente prestigiada obra de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, cuja primeira edição data de 1968. Neste sentido, dos autores habitualmente citados é, sem dúvida, Meirelles Teixeira a quem, entre nós, se deve a primeira incursão profunda e crítica sobre o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, propondo uma revisão da doutrina clássica, de inspiração norte-americana, com base em concepções desenvolvidas por juristas germânicos da época de Weimar e de autores italianos do porte de Crisafulli e outros.”

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁷⁹ A utilização, neste trabalho, da classificação de José Afonso da Silva não procura desconsiderar outras importantes classificações como, por exemplo: BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982; DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

executória, prevista ou requerida.”¹⁸⁰ Desta forma, se todas têm eficácia, elas diferenciam-se quanto ao grau de seus efeitos jurídicos: de eficácia plena, contida ou limitada.¹⁸¹

As normas de eficácia plena são todas as que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), “todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.”¹⁸² São normas de aplicabilidade direta, imediata e integral. Observa ainda o autor que, quanto à natureza, as normas de eficácia plena “estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais. (...). As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.”¹⁸³

As normas de eficácia contida são aquelas que “incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.”¹⁸⁴ São normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral. Constam do art. 5º da Constituição Federal diversas normas de eficácia

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 82.

¹⁸¹ O autor diferencia *eficácia jurídica* de *eficácia social* da norma. Esta “designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada”, refere-se à sua real obediência e aplicação no plano dos fatos; “é o que tecnicamente se chama efetividade da norma”; a *eficácia jurídica*, por sua vez, “diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exectoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”; “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita. (...). Tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 65-66.

¹⁸² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p.82.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p.101.

contida como, por exemplo, a do inciso VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*.” Segundo José Afonso da Silva, a aplicabilidade destas normas “não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, Constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional, etc., na forma permitida pelo direito objetivo).”¹⁸⁵

Já as normas de eficácia limitada “não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.”¹⁸⁶ Elas dividem-se em: (i) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo, que se caracterizam por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação, como na hipótese do art. 18 § 2º da Constituição Federal; (ii) normas constitucionais de princípio programático, que podem ser compreendidas como (a) normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade como, por exemplo, o art. 7º, XI da Constituição Federal, que disciplina a participação dos empregados nos lucros da empresa; (b) normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, como a hipótese do art. 21, IX da Constituição Federal, que estabelece competir à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social; (c) normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, como são as hipóteses do art. 170 da Constituição Federal. José Afonso da Silva observa que não estão referidos neste tópico “nem o direito à educação, nem o

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p.82.

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p.116.

direito à saúde, porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito.”¹⁸⁷

A questão aqui discutida exige considerar o significado e o alcance da norma constante do art. 5º § 1º da Constituição Federal. Quanto à questão de que o dispositivo estaria reduzido às normas do art. 5º, tal entendimento pode ser afastado pela simples interpretação literal da norma, que se refere a “direitos e garantias fundamentais”. Desta forma, a localização tópica da norma, não serve como critério para justificar tal entendimento restritivo.

Uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados, uma vez que ao utilizar a expressão “direitos e garantias fundamentais”, o constituinte buscou atingir a totalidade das normas do Título II, o que inclui também os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais e não apenas os direitos e garantias individuais e coletivos. Nesta parte, importa observar a clara diferença entre o sistema Constitucional brasileiro e o sistema lusitano, que possui, em Títulos distintos, os chamados direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais. Mesmo com tal diferenciação e com o prestígio que possuem os primeiros, a doutrina portuguesa advoga o entendimento de que, além dos direitos econômicos, sociais e culturais, expressamente excluídos do regime, todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.¹⁸⁸

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p.82-83.

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 150. Nota-se, nesta passagem, uma aparente contradição com o que escreve o autor em outro momento do livro, precisamente, na pág. 83: “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...) ‘dever do Estado’, aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido.” Salvo melhor juízo, a passagem da página 150, reproduzida no corpo do texto, não limita o direito à saúde como mero fim do Estado, mas como verdadeira obrigação.

¹⁸⁸ Neste sentido, a título exemplificativo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 124-126.

A extensão da norma do art. 5º § 1º a todo Título II da Constituição, reafirma, por exemplo, a existência das chamadas liberdades sociais, típicos direitos de defesa, como a norma do art. 8º (direito de livre associação sindical) e a norma do art. 9º (direito de greve).

Em que sentido são de aplicação imediata os direitos e garantias fundamentais? A resposta para esta questão é dada de diversas formas. Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que essas normas não podem atentar contra a natureza das coisas, ou seja, “pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês.”¹⁸⁹ Neste sentido, boa parte dos direitos fundamentais somente alcançaria eficácia nos termos e na medida da lei.

Eros Roberto Grau escreve que “aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade. (...). Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.”¹⁹⁰

Segundo o jurista de São Paulo, a aplicação do direito supõe a tomada de uma decisão pela sua efetividade. Ao Judiciário cabe não apenas reproduzir o direito, mas também produzi-lo, retido pelos princípios jurídicos. Não se pretende atribuir ao Judiciário a função legislativa, mas, com base no princípio

¹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 100; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 29/40, junho 1988.

¹⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 313, 314, 315. Observa ainda o autor paulista que “o Poder Judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que,

da *supremacia da Constituição*, assegurar a pronta exeqüibilidade de direito ou garantia Constitucional imediatamente aplicável. Quanto à afirmação de que tal postura viola o princípio da “Separação dos Poderes”, Eros Grau responde que cumpre tão somente lembrar que além de o Legislativo não deter o monopólio do exercício da *função normativa*, mas sim, apenas, da *função legislativa*, já de há muito se tem por superada a concepção de que a razão humana seria capaz de formular preceitos normativos unívocos, nos quais antevistas, em sua integridade, todas as situações da realidade que devem regular”.¹⁹¹

Eros Grau procura, ainda, reformular as noções de eficácia e efetividade. Com base na doutrina de Antoine Jeammaud¹⁹² e Oscar Correias¹⁹³, o autor introduz um novo conceito de *eficácia*, designando como “o modo de apreciação das conseqüências das normas jurídicas e de sua adequação aos fins por elas visados. Eficácia, então, implica realização efetiva dos resultados buscados pela norma.”¹⁹⁴

A *eficácia social*, sobre a qual escreve José Afonso da Silva (norma realmente obedecida e aplicada), manifesta-se ou não, em momento posterior à

não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuaria como obstáculo a sua exeqüibilidade.”

¹⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 316. No tocante à importante função que ocupa o Judiciário no Estado Democrático Social de Direito, (MALISKA, Marcos Augusto. *Acerca da Legitimidade do Controle da Constitucionalidade*. Curitiba, 1999. Trabalho de Conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.) em outra oportunidade, foi abordado o tema do papel das Cortes Constitucionais tendo por base as doutrinas de Carl Schmitt (o Presidente do Reich como defensor da Constituição), de Hans Kelsen (um Tribunal independente como defensor da Constituição) e a crítica ao papel e à suposta legitimidade da jurisdição Constitucional no tocante às funções do legislador na elaboração da lei e no controle de Constitucionalidade, feita por Jürgen Habermas (*Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Tradução portuguesa por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997).

¹⁹² JEAMMAUD, Antoine. En torno al problema de la efectividad del Derecho. *Crítica Jurídica (Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho)*, Universidad Autónoma de Puebla e Universidad Autónoma de Zacatecas, v. 1 (1984), p. 6, citado por GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 318.

¹⁹³ CORREAS, Oscar. Teoria sociológica del Derecho y Sociología Jurídica. *Crítica Jurídica (Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho)*, Universidad Autónoma de Puebla, nº 8, p. 93-95, citado por GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 318.

aplicação, pelo Estado, do direito. Desta forma, a eficácia social não está propriamente vinculada à aplicabilidade, mas ao momento posterior a esta. O conceito de eficácia social coincide com o de *efetividade*, dado pelos autores acima referidos.

A efetividade de uma norma refere-se à “relação de conformidade (ou pelo menos, de não contrariedade), com ela, das situações ou comportamentos que se realizam no seu âmbito de abrangência.” A efetividade pode ser compreendida como efetividade jurídica (Jeammaud) ou efetividade formal (Correas) e como efetividade material (Jeammaud e Correas). A primeira manifesta-se “quando realizada a conformidade de uma situação jurídica concreta ao modelo que constitui a norma (reconhecimento efetivo, a determinado sujeito, de que se beneficia, segundo a lei, por um direito, visto que cumpridos os requisitos prévios para tanto, nela estabelecidos); ou (...) quando tiver sido produzida a norma individual que interpreta ou atualiza a norma aplicada.”¹⁹⁵

A efetividade material manifesta-se “quando realizada a conformidade da situação de fato à situação jurídica outorgada ou imposta ao sujeito mercê da efetividade jurídica da aplicação da norma; ou (...) quando tiver sido produzida a conduta requerida pela norma individual”.¹⁹⁶

A norma do § 1º do art. 5º da Constituição Federal¹⁹⁷ é dotada de vigência e de eficácia jurídica (no sentido dado por José Afonso da Silva). Esta norma é de aplicabilidade imediata (o Poder Judiciário, em última instância, está

¹⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 318.

¹⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 319.

¹⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 319.

¹⁹⁷ Quanto à redação do art. 5º § 1º, Eros Grau critica a doutrina quanto à compreensão do conceito de aplicação do direito. “O vocábulo *aplicação* é tomado sob a significação que assume na linguagem natural – ‘aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável’ e tem a ver com *eficácia*; o conceito jurídico de aplicação (do direito) é pressupostamente conhecido, a ponto de não merecer qualquer explicitação. Assim, não é formulado, como *efetivação do direito*, o que conduziria a um incômodo questionamento a propósito da distinção entre *efetividade formal e efetividade material*.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 323.

compelido a conferir-lhe *efetividade jurídica ou formal*). Além disso, há a *efetividade material*, que corresponde ao conceito de eficácia social de José Afonso da Silva e a *eficácia*, termo utilizado pelos autores acima referidos.¹⁹⁸

A norma do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, portanto, impõe ao Estado o dever de prontamente aplicar as normas relativas aos direitos e garantias fundamentais. No entanto, a *eficácia social* ou *efetividade material* e a *eficácia*, não estão asseguradas pela Constituição.¹⁹⁹

No entender de Clèmerson Merlin Clève, toda norma Constitucional produz uma “eficácia jurídica de vinculação” que pode ter uma dimensão negativa ou positiva. Quanto às primeiras, “(i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)”²⁰⁰. Quanto às de dimensão positiva, “(i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição; (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar.”²⁰¹ Observa o autor, porém, que se todas produzem idêntica eficácia negativa, elas diferem quanto ao grau de eficácia positiva alcançável.

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 319.

¹⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 320.

²⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 320-321.

²⁰¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 321.

Levando em consideração a distinção entre as normas que não estão em condições de, sem a intervenção do legislador, gerar a plenitude de seus efeitos²⁰² e as normas que não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis, Ingo Sarlet sustenta ser a norma do § 1º do art. 5º de cunho principiológico e verdadeira “espécie de mandado de otimização ou (maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.²⁰³

Do mesmo entendimento compartilha Flávia Piovesan ao conceber que a norma do art. 5º § 1º da Constituição Federal impõe “aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”²⁰⁴

Para Canotilho, “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e atuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. (...) não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Note-se que se esta idéia de aplicabilidade direta significa uma *normatividade qualificada*, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes”.²⁰⁵

²⁰² Segundo Ingo Sarlet, a inexistência de normas programáticas na Constituição, com base em uma exegese que integra o princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e os institutos do Mandado de Injunção e da inconstitucionalidade por omissão, não corresponde ao sistema Constitucional brasileiro vigente. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 240.

²⁰³ SARLET, Ingo. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 245.

²⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 64.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 578. Inspirado no pensamento de Canotilho, ver o artigo de MARTINS, Adriano Kalfelz. Dos Efeitos das Normas Constitucionais Programáticas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 715, maio de 1995, p. 7-15.

A associação entre a idéia de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão parece revelar uma ordem sistemática, por mais que sua efetividade (eficácia social) seja discutível. O legislador constituinte, com o intuito de promulgar uma Constituição democrática de cunho social, previu, no Título II, os direitos e garantias fundamentais. Tais direitos e garantias foram privilegiados com a norma do § 1º do art. 5º que lhes atribuiu aplicabilidade imediata. Com o intuito de garantir a eficácia imediata de tais dispositivos, o constituinte previu o Mandado de Injunção (art. 5º LXXI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (§ 2º art. 103).

Na discussão sobre estes dispositivos processuais constitucionais, é necessário citar a obra de Clèmerson Merlin Clève que, talvez no melhor trabalho sobre a fiscalização abstrata da Constitucionalidade realizado pela doutrina brasileira, aborda os institutos mencionados com clareza, profundidade e boa didática. Segundo o autor, é desafio para uma dogmática Constitucional democrática e emancipatória tornar a Constituição um condensado de normatividade integral. Para isso, a inconstitucionalidade deve ser abordada tanto pelos atos comissivos, como pelos omissivos.²⁰⁶

A omissão inconstitucional não pode ser concebida de um ponto de vista *puramente naturalístico* (não fazer). Deve ser entendida como “omissão de uma *ação determinada*, ou seja, produto da vontade de não realizar a ação normativamente prescrita e, portanto, esperada (conceito normativo – não fazer algo devido).”²⁰⁷

O autor ressalta a importância de: (i) distinguir as “lacunas técnicas” ou de “legislação”, que podem assumir a configuração de meras “situações constitucionais imperfeitas” das omissões inconstitucionais; (ii) distinguir as

²⁰⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 312.

²⁰⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 324.

modalidades de omissão inconstitucional; (iii) levantar questionamentos cruciais quando o assunto é inconstitucionalidade por omissão como, por exemplo, “em que consistiria, afinal, a atividade do órgão jurisdicional fiscalizador? Tratar-se-ia, para o Judiciário, de substituir-se a atividade do legislador, suprindo, para o caso ou de modo genérico, a omissão inconstitucional ou de obrigar o legislador a pronunciar-se? Mas obrigá-lo de que maneira? Em resposta a estes questionamentos, que são desenvolvidos ao longo do livro, o autor aponta o “desenvolvimento simultâneo de técnicas estritamente jurídicas e de técnicas políticas superadoras dos modos tradicionais de controle aceitos pelas democracias representativas”.²⁰⁸

A tese sustentada por Ingo Sarlet, em aparente contradição com o entendimento de Eros Grau, de que os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não possuem o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade de aplicabilidade direta e a sua plenitude eficaz, tendo em vista a previsão de tais institutos serem a prova de que as normas não possuem aplicabilidade imediata, revela uma também possível interpretação da matéria.²⁰⁹ A própria existência do Mandado de Injunção, previsto para a hipótese de falta de norma regulamentadora, é a consideração do legislador constituinte de que o sentido dado ao § 1º do art. 5º é de um mandado de otimização, como forma de assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias fundamentais.

Aqui, é importante observar que a previsão dos institutos processuais constitucionais, contra a omissão inconstitucional (medida político-administrativa, medida judicial ou medida legislativa)²¹⁰ e a interpretação dada ao § 1º do art. 5º da Constituição Federal, é situação diversa dos efeitos das

²⁰⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 322-330.

²⁰⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 239.

²¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 322.

decisões judiciais produzidas nos referidos institutos processuais (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção). Tais institutos processuais podem também ser interpretados como garantia da aplicabilidade imediata por recurso ao Poder Judiciário. A utilização das normas constitucionais que dispõem sobre os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão como aporte interpretativo da norma do § 1º do art. 5º no sentido da não aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, pode revelar também que tais institutos, até por estarem em plano diverso (direito processual), estão a serviço da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (plano material). Desta forma, não existe propriamente uma contradição entre Ingo Sarlet e Eros Grau quanto à função dos institutos processuais no que diz respeito à aplicação e à eficácia dos direitos fundamentais. O entendimento de Eros Grau, similar ao de Clèmerson Clève, é de que há uma imediata vinculação aos direitos fundamentais. Tal vinculação atinge o judiciário por força dos institutos processuais referidos que, em última instância, é obrigado a dar efetividade formal ao direito, na terminologia utilizada por Eros Grau.

Jorge Miranda interpreta a norma do art. 18 (1ª parte) da Constituição Portuguesa²¹¹, que disciplina que os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis, como algo que: (i) salienta o caráter preceptivo e não programático das normas dos direitos, liberdades e garantias; (ii) destaca que os direitos fundam-se na Constituição e não na lei; (iii) chama atenção para o fato de que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.²¹²

O Constitucionalista português observa que, diferente da norma do art. 18 (1ª parte) da Constituição Portuguesa, é verificar se as normas constitucionais

²¹¹ Consta do texto: “Artigo 18 – (Força Jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

²¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, p. 276.

são ou não exequíveis por si mesmas. Em caso positivo, consistirá na possibilidade imediata de invocação dos direitos por força da Constituição, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. A regulamentação legislativa, se ocorrer, nada acrescentará de essencial. Em caso negativo, o sentido do art. 18 (1ª parte) “será a adstrição do legislador a editar as medidas legislativas para dar cumprimento à Constituição sem dependência das condições programáticas – econômicas e institucionais – descritas no art. 9º, alínea “d” (as quais valem, como se disse já mais de uma vez, para os direitos sociais)”²¹³. Na falta dessas medidas, ocorrerá inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente sujeição ao regime de controle do art. 283.”²¹⁴

Vieira de Andrade escreve que o art. 18 da Constituição Portuguesa é suscetível de diversos entendimentos. Em primeiro lugar, “significa a afirmação do caráter jurídico-positivo, e não meramente programático (proclamatório), dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias. Tal artigo constitui, neste sentido, uma explicitação do princípio da Constitucionalidade, de acordo com o qual <<a validade das leis e dos demais atos do Estado ... depende da sua conformidade com a Constituição>> (art. 3, nº 3).”²¹⁵

²¹³ Consta do art. 9º alínea “d”: “Artigo 9º - (Tarefas fundamentais do Estado) São tarefas fundamentais do Estado: (...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais.”

²¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, p. 277-278. Observa o autor português que “o legislador ordinário *regulamenta* simplesmente as normas constitucionais auto-exequíveis e *concretiza* as normas não exequíveis. Mas, embora, ao concretizar, goze de uma relativa liberdade de conformação, esta é bem menor do que relativamente a normas programáticas e, sobretudo, não compreende o poder de apreciação do tempo e das circunstâncias da legiferação. Desde a entrada em vigor das normas constitucionais ou, se for o caso disso, desde o termo do prazo assinado pela Constituição para feitura da lei, o legislador encontra-se juridicamente obrigado a publicar normas legislativas.” (p. 278)

²¹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 254-255. O autor ressalta os efeitos práticos do princípio da Constitucionalidade ao possibilitar um sistema de fiscalização da Constitucionalidade dos atos legislativos; como também, em virtude da superioridade normativa da Constituição, a exigência dos poderes públicos de aplicarem as leis em conformidade com a Constituição.

Em relação ao alcance da norma da Constituição Portuguesa, em um primeiro momento, segundo Vieira de Andrade, importa considerar a hipótese de *falta de lei*. “Neste caso, o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua <<perfeição>>, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o *dever* dos juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a *autorização* para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.”²¹⁶

A questão, segundo Viera de Andrade, não encontra problemas quanto aos direitos que requerem uma *abstenção* do Estado, pois o princípio implica, fundamentalmente, que os poderes públicos não podem invocar a falta de regulamentação legal para proibir ou recusar o exercício de algum direito. Os problemas surgem com a análise dos direitos políticos e certos direitos a prestações de garantia de direitos e liberdades. Esses direitos não são, de fato, imediatamente exeqüíveis, pois dependem da intervenção do Estado, de uma atuação legislativa que organize o processo e os meios da ação pública. No entanto, tendo em conta que o direito, na essência, é “*determinável*, por via de interpretação, ao nível Constitucional – o que torna a prestação legislativa, além de obrigatória, *vinculada* – e, no plano dos fatos, a circunstância de se tratar de <<serviços>> essenciais e, por isso, desde sempre e por definição assegurados pelo Estado (administração eleitoral, polícias, etc.), podemos concluir que também neste domínio os preceitos constitucionais podem ser diretamente aplicados, porque não faltará lei.”²¹⁷

²¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 257.

²¹⁷ Ainda segundo Vieira de Andrade, “mesmo que a lei não existisse, sempre os preceitos seriam diretamente aplicáveis na medida em que com base neles o juiz pode, pelo menos, declarar o conteúdo e os limites do direito individual, sendo pensável até a *condenação* concreta do Estado à prática do ato omitido indispensável à plena realização desse direito.” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 258-259.

Na hipótese de existência de lei, Vieira de Andrade aborda a Constitucionalidade dessas leis, afirmando caber ao juiz, a administração e ao cidadão comum, resistir às leis inconstitucionais, seja mediante o controle difuso da Constitucionalidade (juiz), a não-aplicação da lei inconstitucional, ainda que controversa a matéria (administrador) e o direito de resistência (indivíduo).²¹⁸

2.12. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Vinculação de entidades privadas

Vinculado ao tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais está a chamada “eficácia horizontal” (*Horizontalwirkung*) ou “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung*). A Constituição Portuguesa dispõe, em seu art. 18 (1º parte), que os “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Canotilho inicia a abordagem da vinculação de entidades privadas trazendo “casos e hipóteses”, sendo dois de indiscutível importância ao estudo deste trabalho.

No primeiro, “a senhora X havia sido contratada como professora por um colégio particular, vinculando-se à <<cláusula do celibato>>. Posteriormente, ela celebrou casamento e a empresa proprietária do colégio desencadeou o procedimento de despedimento, invocando a violação de uma cláusula do contrato. A senhora X contestou a ação do despedimento, apelando diretamente para o art. 36/1 da CRP²¹⁹, que vincularia entidades privadas, como a empresa

²¹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 259-264.

²¹⁹ Artigo 36 – (Família, casamento e filiação) 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

proprietária do colégio (caso já discutido em Portugal, mas com contornos um pouco diferentes, num Parecer da Comissão Constitucional).”²²⁰

No segundo, “uma escola particular de alunos deficientes, subsidiada pelo Estado, recusa-se a receber crianças deficientes não batizadas ou cujos pais professem uma religião diferente da ensinada nessa escola. Poderão os pais dessas crianças recorrer diretamente aos artigos 13/2 e 41/2/3?”²²¹

A análise destas questões exige o estudo da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, seria possível afirmar que, sendo a Constituição uma ordem da comunidade e não somente do Estado, bem como que os direitos fundamentais estão inseridos na comunidade e dela exigem respeito aos seus preceitos, a chamada eficácia horizontal não seria mais do que um desdobramento dos direitos fundamentais, pois estes não são apenas dirigidos ao Estado, mas também à comunidade como um todo.

No entanto, como alerta Ingo Sarlet, o tema não encontra consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, surgindo questionamentos como, por exemplo, se a vinculação das entidades privadas assume as mesmas feições da vinculação dos poderes públicos, bem como se a expressão “entidades privadas” refere-se a cada particular ou se engloba apenas determinadas pessoas privadas.²²²

Sendo assim, duas premissas podem ser colocadas: (i) a eficácia horizontal é incompatível com a tese liberal dos direitos fundamentais como,

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 590.

²²¹ “Artigo 13 – (Princípio da igualdade) 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social.” Artigo 41 – (liberdade de consciência, de religião e de culto) 2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigação ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou práticas religiosas. 3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 591.

²²² SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 333-334.

exclusivamente, direitos subjetivos de defesa perante os poderes estatais; (ii) a eficácia horizontal deve abandonar os pressupostos sociológicos da divisão Estado-sociedade civil que, de certa forma, implica uma redefinição dos conceitos de direito público e direito privado.²²³

Quanto à questão de saber *como* e de *que forma* é concebida a eficácia horizontal, segundo Canotilho, primeiramente, é necessária a análise de duas teorias: Teoria da eficácia direta ou imediata (*unmittelbare, direkte Drittwirkung*), em que os “direitos, liberdades e garantias e os direitos análogos aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre as entidades privadas (individuais e coletivas)”²²⁴; Teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare, indirekte Drittwirkung*), em que os “direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatidade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.”²²⁵

Para Alexy, a questão de *como* as normas iusfundamentais se fazem presentes na relação cidadão/cidadão, revela-se um *problema de construção*, enquanto a questão de *em que medida* se dá essa influência um *problema de colisão*. Para o jusfilósofo alemão, a relação cidadão/cidadão assume características diversas da relação Estado/cidadão uma vez que, nesta, a relação

²²³ Com posicionamentos aparentemente diferentes estão Canotilho, ao afirmar a necessidade da superação da distinção (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.591-592.), e Jorge Miranda, que advoga, como pressupostos de análise da eficácia horizontal, “o reconhecimento da qualidade de valores superiores da ordem jurídica dos direitos, liberdades e garantias, mas igualmente, (i) o reconhecimento da necessidade de um mínimo de separação entre Estado e sociedade civil (Comunicação entre Estado e sociedade não significa absorção desta por aquele (ou vice-versa), (ii) bem como da distinção entre Direito Público e Direito privado e (iii) entre inconstitucionalidade da lei e invalidade do contrato (Um contrato civil violador de um direito, liberdade e garantia é *inválido*, não é nunca *inconstitucional*, com tudo quanto isto significa).” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p.288.

²²⁴ “Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 593.

é entre um titular de direito fundamental e um não titular enquanto, na primeira, a relação é entre titulares. Quanto à teoria da construção, Alexy faz referência às teorias dos efeitos mediato, imediato e produzidos através de direitos frente ao Estado. A teoria do efeito mediato, ao contrário do que afirma Canotilho, no entender de Alexy, tem como destinatário o juiz e não o legislador que, sob o fundamento dos direitos fundamentais como “decisões valorativas”, “normas objetivas” ou “valores iusfundamentais”, ao aplicar as normas de direito privado, é fortemente influenciado. Não obstante, em relação à influência iusfundamental, as normas de direito privado devem seguir sendo normas de direito privado e os direitos e deveres por elas fundamentados, direitos e deveres de direito privado.²²⁶

A teoria do efeito imediato, segundo Alexy, citando Nipperdey e o Tribunal Federal do Trabalho Alemão, consiste no fato de que os princípios objetivos não afetam a relação cidadão/cidadão, influenciando a interpretação das normas de direito privado, mas influenciam, diretamente, os direitos privados subjetivos do indivíduo.²²⁷

A terceira teoria, dos efeitos produzidos através de direitos frente ao Estado, considera que os efeitos na relação cidadão/cidadão são conseqüências da sujeição do Estado aos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos. Alexy observa que o alcance das três construções é diferente uma vez que o efeito mediato aponta para o juiz, o efeito através dos direitos frente ao Estado vai na direção do legislador e do juiz e o efeito imediato vale, primariamente, para a atividade judicial.

Tendo por base a atividade judicial que, neste sentido, torna equivalente os resultados das três teorias referidas, as considerações de que a relação cidadão/cidadão envolve partes titulares de direitos fundamentais, de que a relação cidadão/cidadão é, em última instância, uma questão de ponderação não

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 593.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 512.

procuram descobrir qual das três teorias é a correta. As três construções abordam corretamente alguns aspectos das complicadas relações jurídicas que caracterizam os casos de efeitos em terceiros e todas, infelizmente, pois totalmente inadequadas, consideram que os aspectos por elas abarcados constituem a solução correta. Alexy propõe um modelo em três níveis de efeitos em terceiros, ou seja, um modelo que abranja todos os aspectos, que possa oferecer uma solução completa e, neste sentido, adequada.²²⁸

O modelo divide-se em: (i) deveres do Estado; (ii) direitos frente ao Estado; (iii) relações jurídicas entre sujeitos de direito privado. O primeiro é o lugar da teoria do efeito mediato. O fato de as normas iusfundamentais, como princípios objetivos (ordem objetiva de valores), valerem para todos os âmbitos do direito evidencia que o Estado está obrigado a tê-las em conta tanto na legislação civil como na jurisprudência civil.²²⁹

O segundo nível compreende os direitos frente ao Estado, relevantes para a sua influência em terceiros. Segundo Alexy, o dever do juiz de ter em conta os direitos fundamentais, ao aplicar regras de direito civil, não implica a afirmação de que, não cumprido esse dever, estarão lesionados direitos fundamentais sob a forma de direitos subjetivos. No entanto, observa Alexy, uma conexão tal tem que existir para que seja coerente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre os efeitos dos direitos fundamentais e das normas iusfundamentais de direito privado. Alexy faz referência a uma decisão do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, na qual a Corte Federal de Justiça havia indeferido a demanda de indenização, por danos, apresentada pelo editor de “Blinkfuer” (em razão de ter a Editorial Springer convocado os comerciantes de diários e revistas para um boicote à Revista “Blinkfuer”, e vinculado a este chamado a ameaça de sanções comerciais no caso de não se levar a cabo o boicote).²³⁰ O

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 512.

²²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 513-516.

²²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 516.

²³⁰ Decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão (BverfGE, 25, 256).

recurso de inconstitucionalidade fundamentou-se na violação do art. 5º 1 (liberdade de imprensa), uma vez que a Corte Federal de Justiça entendeu estar o boicote *permitido*. Alexy observa que a sentença do Tribunal Constitucional não constatou a violação de um direito fundamental de *status negativo*. A Corte Federal de Justiça não outorgou ao editor de “Blinkfuer” nenhuma *proteção estatal* frente a uma *ação privada* dirigida contra o referido editor. A violação, neste sentido, não é propriamente de um *status negativo*, segundo o entendimento de J. Schwabe, pois, em virtude de o Estado facilitar e impor um sistema de direito privado, participa de suas afetações, possíveis neste sistema, dos bens iusfundamentais de um cidadão por parte de outro cidadão, e que em última instância, tais afetações, como afetações estatais, ainda que provocadas privadamente, poderiam ser imputadas ao Estado²³¹. Tal violação, na verdade, é parte de um direito positivo frente ao Estado, que prevê a proteção frente a afetações provocadas por terceiros. A construção, portanto, dos direitos frente ao Estado implica a compreensão dos direitos de defesa como direito a prestações ou proteções jurídicas.²³²

O terceiro nível refere-se aos efeitos iusfundamentais nas relações jurídicas entre os sujeitos privados. Com isto, coloca-se o problema do efeito imediato em terceiros. Segundo Alexy, por efeito imediato em terceiro não se pode entender que os direitos frente ao Estado sejam, ao mesmo tempo, direito de cidadãos frente a outros cidadãos, nem se pode alegar um efeito imediato em terceiro mudando, simplesmente, o destinatário dos direitos frente ao Estado uma vez que nas relações cidadão/cidadão, em razão de ambos serem titulares de direitos fundamentais, existe uma “força de efeito” diferente da que existe na relação Estado/cidadão. Para Alexy, por efeito imediato em terceiro entende-se

²³¹ SCHWABE, J. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, p. 16 e seg. e 149, 154 e seg. e *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 213 e seg. citado por ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 513.

²³² ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 518-519. A violação (do art. 5º nº 1 da Lei Fundamental) ocorreu do fato de não ter a Corte Federal de Justiça outorgado a proteção judicial.

que, por razões iusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem estas razões, não existiriam. Se assim for conceituado o efeito imediato em terceiros, das teorias dos efeitos mediatos e dos efeitos em terceiros através da mediação do Estado, surge o efeito imediato em terceiros. Alexy procura explicar sua teoria recorrendo, novamente, ao caso *Blinkfuer*. A Corte Federal de Justiça chegou à conclusão de que o boicote não era contrário ao direito. Isto significou que o editor de *Blinkfuer* não tinha, frente ao Editorial Springer, nenhum direito de fazer com que este omitisse o referido boicote. Este *não direito* é equivalente a uma *permissão* do Editorial Springer de levar a cabo o boicote. De acordo com o Tribunal Federal Constitucional, os princípios iusfundamentais exigem justamente o resultado oposto, ou seja, significa que, sobre a base dos princípios iusfundamentais, existe um direito do editor de *Blinkfuer* frente ao Editorial Springer que omita o chamado ao boicote. Este direito é equivalente à obrigação do Editorial Springer, frente ao editor de *Blinkfuer*, de omitir o chamado ao boicote. Relacionado a isso, os princípios iusfundamentais conduzem a direitos e deveres em relações entre iguais que, devido à vigência destes princípios, relativa à Constituição, são necessários, mas que, sem sua vigência, não seriam. Este é um efeito imediato em terceiros. A teoria do efeito mediato em terceiros tem, pois, como consequência, necessariamente, um efeito imediato em terceiros. O mesmo ocorre com a teoria do efeito em terceiros através da mediação do Estado.²³³

Importante observar que, da análise metódica de Alexy, o autor, quando trata das relações entre particulares, pressupõe uma relação entre iguais, o que, de certa forma, irá deixar sem resposta as questões que envolvem aquilo que Vieira de Andrade chama de poder jurídico ou poder de fato. Portanto, mais adiante, na análise da impetração de Mandado de Segurança contra escola

²³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.520-522.

particular, a teoria de Alexy não se apresenta incompatível, apenas se revela incompleta sobre esse viés, que se apresenta de importância fundamental quando, hoje, a violação de um direito fundamental, em razão da desigualdade entre as partes privadas (portanto, não abrangidas por uma relação de direitos e não direitos, liberdades e não liberdades), pode se dar também pelo poder privado.

A Constituição brasileira, como já foi analisado no tópico anterior, estabelece apenas que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata. A Constituição Portuguesa faz referência expressa à vinculação das entidades privadas. A constituição alemã, por sua vez, disciplina que os direitos fundamentais constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judiciário (art. 1º, 3º parte).

A distinção acima referida (Teorias da eficácia imediata e mediata, bem como toda a argumentação de Alexy) é assentada na Constituição Alemã. Diante da peculiaridade da Constituição Portuguesa²³⁴ que, segundo Canotilho, “consagra inequivocamente a eficácia imediata em relação a entidades privadas”²³⁵, o Constitucionalista português propõe outra discussão, qual seja, a busca de soluções diferenciadas.²³⁶

Antes, cabe uma pergunta: Qual a finalidade da análise desta questão sob a ótica da Constituição Portuguesa? Em resposta, pode ser dito que, se a Constituição brasileira não restringiu a vinculação dos direitos fundamentais aos poderes públicos é porque, em princípio, recepciona a eficácia horizontal. O estudo se revelaria de difícil transposição para o direito Constitucional pátrio se a Constituição brasileira, como a alemã, tivesse restringido a vinculação aos poderes públicos.

²³⁴ Segundo Jorge Miranda, “uma forma como a do nosso art. 18 nº 1, quase não tem paralelo noutras constituições”. O autor cita as Constituições de Cabo Verde e da Suíça. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direitos Fundamentais*, tomo IV, p. 285.

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 595.

²³⁶ Esta afirmação não desconsidera a influência da doutrina e da jurisprudência alemã nesta matéria, apenas ressalta a peculiaridade da Constituição Portuguesa.

Canotilho advoga a tese de que o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias, na ordem jurídica privada, tende a uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata, a favor de *soluções diferenciadas*. Levando em consideração a *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, a apresentação de soluções diferenciadas e adequadas demonstra-se consoante o referente de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto. Quanto ao receio de que a idéia de eficácia imediata, em relação a entidades privadas, possa perverter a ordem jurídica civil, através de uma hipertrofia de direitos, Canotilho observa que a eficácia horizontal imediata “não pretende que os titulares dos direitos, colocados numa *situação de igualdade nas relações verticais* com o Estado (princípio da igualdade como princípio vinculativo dos atos dos poderes públicos), tenham, nas relações jurídicas civis, essa mesma situação de igualdade mediante o auxílio do Estado. Por outras palavras: as entidades públicas não são <<donas>> das relações privadas para transformarem a <<autonomia individual>> num concentrado de deveres harmonizatórios.”²³⁷

Canotilho apresenta uma metódica da diferenciação, procurando “arrumar” as várias constelações de eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias em cinco grupos.²³⁸ O primeiro refere-se à eficácia horizontal, expressamente consagrada na Constituição.²³⁹ Exemplo: Artigo 26 – (Outros direitos pessoais) 2. A lei estabelecerá garantias contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

²³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 595-596.

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 596-600.

²³⁹ Ao fazer referência a este grupo, Canotilho cita também, como exemplo, os art. 36, 3 e 4, e art. 38, 2, a, da Constituição Portuguesa. Jorge Miranda, quando aborda o tema, faz referência a esses artigos, como exemplo de não compreensão, dentro da esfera da eficácia horizontal. Segundo Miranda, “não estão em causa aqui (até porque então a regra seria inútil ou descabida) direitos nas relações entre particulares só elevados a direitos fundamentais por virtude da sua conexão com certos princípios constitucionais ou com outros direitos ou por virtude da relevância dos bens a proteger ou das instituições dentro das quais surgem – como os direitos dos cônjuges (art. 36, nº 3 e 4)”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 284.

O segundo grupo diz respeito à eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada. O legislador da ordem jurídica privada também está vinculado, de forma imediata, aos direitos, liberdades e garantias, na ocasião da edição de novas normas jurídico-privadas. Aqui, trata-se, em verdade, da problemática da vinculação de entidades públicas.

O terceiro grupo dispõe acerca da eficácia horizontal imediata e mediação do juiz. Neste caso, os tribunais “devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição”; devem declarar a inconstitucionalidade de lei violadora dos direitos fundamentais, se for o caso; devem interpretar os direitos fundamentais não apenas através das clássicas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados (boa fé, abuso de direito), mas também através das próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade).

No quarto grupo, estão os chamados poderes privados, decorrentes da constatação de que “a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de <<poderes sociais>> ou <<privado>> (associações, empresas, igrejas, partidos)”. Canotilho observa que “as categorias <<poder privado>> ou <<poder social>> não são juridicamente assimiláveis a <<poderes públicos>> e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung*”. Todavia, os “direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem ser perturbadas por forças ou domínios sociais”; a “função de proteção objetiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia destes direitos no âmbito de relações privadas caracterizadas pela *situação desigualitária* das partes”; “conseqüentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de

conduta e de decisão) que cumpram a função de proteção dos direitos, liberdades e garantias”.

O quinto grupo refere-se ao núcleo irredutível da autonomia pessoal. Aqui, poder-se-ia afirmar o limite da eficácia horizontal. “Só aqui se pode dizer não implicar a eficácia imediata dos direitos fundamentais proibir-se aos cidadãos aquilo que também é vedado ao Estado.” Como exemplos, pode-se citar o pai que favorece um filho e desfavorece outro, através da concessão da quota disponível; ou o locador que promove ação de despejo por falta de pagamento, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, pelo fato de este ter as suas convicções políticas.

Segundo Jorge Miranda, importam à eficácia horizontal aqueles direitos que, historicamente, surgiram frente ao Estado e que também podem adquirir sentido frente a particulares. Alguns exemplos são o sigilo de correspondência, a liberdade de consciência e de religião, a liberdade de reunião, a liberdade de profissão e outros. Neste sentido, esses direitos contrapõem-se à mera *eficácia externa*, traduzida no dever universal de respeito que recai sobre quaisquer cidadãos em face dos direitos dos outros.²⁴⁰

Quanto aos particulares envolvidos, Jorge Miranda faz distinção de três tipos de situações e relações: (i) relações dentro de grupos, associações, pessoas coletivas, entre os seus membros e os poderes instituídos; (ii) relações entre particulares e poderes sociais de fato; (iii) relações entre particulares em igualdade.²⁴¹ Quanto às duas primeiras, a aplicação das normas sobre direitos, liberdades e garantias dar-se-á por identidade de razão e com relação à terceira, por analogia.

Vieira de Andrade aborda a eficácia horizontal através da análise em duas direções. Em primeiro lugar, considerando que os direitos fundamentais, como princípios fundamentais, não podem deixar de serem aplicados em toda a ordem

²⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 285.

²⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 289.

jurídica, inclusive, na área do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico). Em segundo lugar, destacando a necessidade de proteger os particulares não apenas perante o Estado, mas também, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de fato.²⁴² Para isso, é imprescindível, segundo o autor, “desenhar com precisão e clareza possíveis, os contornos do instituto em face de um conjunto indeterminado de situações concretas”.²⁴³

Desta forma, é importante a análise da possibilidade de os particulares serem *sujeitos passivos* dos direitos, liberdades e garantias. Não está em causa apenas o efeito externo, mas a investidura dos particulares como partes na posição de destinatários dos direitos individuais. Esta situação pode se configurar, no entender de Vieira de Andrade, na hipótese de relações de poder, em que um sujeito privado (individual ou coletivo) exerce sobre outro poder jurídico ou poder de fato inequívoco. Assinala, no entanto, que “as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm, necessariamente, de variar, conforme os tipos de situações e as circunstâncias que, só em concreto, podem, em última análise, ser determinadas”. Poderão, então, os particulares, de acordo com a “*natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido* (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias (argüindo a invalidade dos atos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indenização dos danos causados), em termos semelhantes àqueles em que o podem fazer perante os poderes públicos.”²⁴⁴

²⁴² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 274.

²⁴³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 284.

²⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 286-287.

Situação diferenciada é a hipótese de relações entre iguais. Nestas, “não se pode dizer que os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, se dirigem contra os particulares”. Por certo, isso não significa que os direitos fundamentais “não se apliquem nas relações interprivadas, ou que os particulares possam impunemente violar os direitos fundamentais dos indivíduos”.²⁴⁵ A questão, nesse aspecto, reveste-se de outras características que implicam o poder de exigir do Estado a proteção dos bens jurídicos e da liberdade contra a violação de terceiros, a colisão de direitos fundamentais e a inconstitucionalidade de lei que dê à autonomia privada contornos insuscetíveis de harmonização com a Constituição. Nestas situações, não se está diante da eficácia horizontal, mas sim “perante efeitos das normas que atingem de modo indireto ou lateral os sujeitos privados”.²⁴⁶

Vieira de Andrade faz uma observação importante, ao anotar que não é “feliz a expressão aplicabilidade mediata, que se confunde com eficácia indireta, quando o que se quer afirmar é um imperativo de *adaptação e harmonização* dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é (também) Constitucionalmente reconhecida.”²⁴⁷

Sobre a autonomia privada, Ana Prata, observando que a ordem Constitucional portuguesa instituiu princípios que, “preservando o mercado, legitimam a intervenção estatal (...) na sua forma de funcionamento (...) salvaguardando no domínio das relações interprivadas a eficácia dos direitos fundamentais”²⁴⁸, conclui que a finalidade da eficácia preceptiva dos direitos fundamentais é “preservar a liberdade individual, no seu diversificado conteúdo

²⁴⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 287.

²⁴⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 288.

²⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 290.

²⁴⁸ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, p. 56.

de direitos fundamentais, dos atentados não apenas do Estado, dos poderes públicos, mas de quaisquer outros que possam, atuando em nome da liberdade individual, ofender esta até à sua supressão efetiva.”²⁴⁹ Segundo a autora portuguesa, “deixarem os direitos fundamentais de ser meros instrumentos da defesa da liberdade do cidadão contra o Estado é, alias, só por si, uma concepção superadora da tradicional colocação do problema da liberdade como pólo oposto à autoridade, por um lado, e da clássica consideração da posição de igualdade de todos os cidadãos, no seio da sociedade civil, por outro.”²⁵⁰

Toda essa discussão envolve três grandes núcleos de atividades privadas: (i) aquelas em que a autonomia privada pode ser exercida livremente (as partes estão em posição de igualdade), constituindo um núcleo inabalável e, em geral, vinculada ao direito civil, ainda que o conteúdo público nesta área seja crescente, haja vista institutos como o Código de Defesa do Consumidor, intervenções estatais contra o domínio de mercado e outros; (ii) as atividades particulares em que a ordem pública é reconhecida como são, por exemplo, o direito do trabalho e os campos do direito civil acima referidos. Nas áreas em que o Estado reconhece a desigualdade entre os particulares e, em virtude dessa desigualdade, regula as relações contratuais, não há a menor dúvida de que os direitos fundamentais sejam aplicáveis, o que se faz possível, até mesmo, em razão da intervenção do Estado; (iii) por fim, as atividades particulares exercidas por autorização do Estado, assim como as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, por exemplo.

²⁴⁹ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, p.136-137.

²⁵⁰ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, p.137. Análise bastante interessante, sob a ótica da legitimidade do direito, entre autonomia privada e pública, direitos humanos e soberania do povo, trazendo uma breve resenha da noção de autonomia privada e sua evolução no pensamento filosófico e jurídico, é encontrada em HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução portuguesa por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 116-139.

Nas atividades do primeiro núcleo, uma vez comprovadamente restritas ao âmbito da autonomia privada, os direitos fundamentais não são passíveis de vinculação. Quanto ao segundo e terceiro núcleos, os direitos fundamentais são aplicáveis, tendo em vista o nítido conteúdo público de tais atividades. A questão que se formula diz respeito ao instrumento processual adequado para fazer valer, neste caso, os direitos fundamentais contra os particulares, constantes do terceiro núcleo.

Desta forma, é possível a impetração de Mandado de Segurança contra ato de dirigente de escola particular? A Constituição Federal, no art. 5º inciso LXIX, dispõe que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Hely Lopes Meirelles, conceituado administrativista, na obra que é referência no direito público brasileiro, escreve que “*ato de autoridade* é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por *autoridade* entende-se a pessoa física investida de *poder de decisão* dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”. Mais adiante, o autor observa que “não se consideram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares cuja atividade seja apenas *autorizada* pelo Poder Público, como são as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, salvo quando desempenham atividade *delegada* (STF, Súmula 510).”²⁵¹

Nas hipóteses de ensino superior privado, a jurisprudência tem entendido que, em se tratando de ato administrativo delegado, a competência para

²⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 16º ed. atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 25-26.

conhecer da ação mandamental é da Justiça Federal.²⁵² Quanto à competência para processar a ação, um entendimento adequado deve levar em consideração a qual sistema de ensino pertence o estabelecimento particular. Tratando-se de ensino superior, a competência é da Justiça Federal pois, nos termos do art. 16 da LDB, as instituições de educação superior, criadas e mantidas pela iniciativa privada, pertencem ao sistema federal de ensino. Já as instituições privadas de ensino fundamental e médio, pertencentes aos sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal (art. 17, I da LDB), e de educação infantil, pertencentes aos sistemas municipais (art. 18 II da LDB), têm a competência para processar Mandado de Segurança, por ato delegado, na Justiça Estadual, tendo em vista que a delegação não provém do Ministério da Educação, mas das Secretarias Estaduais e Municipais de educação. De todo modo, é pacífico o entendimento de que, em atividades típicas de ensino que impliquem ato administrativo

²⁵² CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MENSALIDADES ATRASADAS. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA. COMPETÊNCIA. CF, ART. 109, I E VIII. LEI 5.789/72. DECRETO LEI 464/69. 1. Correspondente o ato a típica atividade administrativa interna corporis, originariamente estadeada nos Estatutos e Regimento do estabelecimento de ensino superior do Poder Público Estadual ou de organização privada, a competência para o processamento da ação pode ser reconhecida em favor da Justiça do Estado. 2. À parla de ato, pela sua natureza, longa manus do Poder Federal delegante, conseqüente à regência e disciplinamento apropriados ao ensino superior, nos limites do exercício de função pública delegada, o controle judicial compete à Justiça Federal. 3. Multifários precedentes jurisprudenciais. 4. Conflito conhecido, declarando a competência do Juízo Federal suscitante. STJ, Processo nº 25771, publicado no DJ 16/11/1999, p. 00174. No mesmo sentido, a decisão no Processo 22290, publicado no DJ de 26/04/1999. Em outra decisão, o STJ pronunciou-se da seguinte forma: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. Se a controvérsia diz respeito ao ensino superior e se trava em Mandado de Segurança, a competência para dirimi-la é da Justiça Federal, quer se trate de Universidade Oficial quer se trate de estabelecimento particular, entendendo-se neste último caso que a autoridade impetrada age por delegação do Ministério da Educação (CF, art. 109, inc. VIII). Se o litígio se instala em processo cautelar ou em processo de conhecimento (sob o rito comum ou algum outro procedimento especial que não o do Mandado de Segurança), a competência para julgá-lo será da Justiça Federal se a Universidade for Federal e da Justiça Estadual se a instituição de ensino for particular, salvo se dele participar – como autora, ré, assistente ou oponente – União Federal, alguma de suas autarquias ou empresas públicas (CF, art. 109, inc. I). Hipótese que a ação ordinária foi proposta por particular contra instituição privada de ensino. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de São Gonçalo-RJ. STJ, processo nº 19409, publicado no DJ de 06/10/1997.

delegado, é possível a impetração de Mandado de Segurança contra ato de dirigente de escola privada.

Talvez importe considerar qual o âmbito de abrangência da idéia de atividade delegada. A jurisprudência, em sua grande maioria, trata de hipóteses de indeferimento de matrícula por atraso no pagamento das mensalidades. Um entendimento mais amplo da educação privada, considerando que ela desempenha típica atividade de interesse público, de interesse da comunidade, e está sujeita a princípios comuns da educação pública (art. 206 da CF) e às normas gerais da educação nacional (art. 209, I da CF), implica considerar que, se o ato de dirigente de escola particular é ofensivo a direito fundamental, é passível de impetração de Mandado de Segurança. Neste sentido, trata-se de não vincular de forma estreita o conceito de ato de autoridade ao Estado, ou seja, interpretar os direitos fundamentais como somente dirigidos ao Estado, entendimento que se revela ultrapassado, como demonstrado.²⁵³

Desta forma, a possibilidade de dirigente de escola particular ser sujeito passivo de Mandado de Segurança decorre do melhor entendimento acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como também e, principalmente, decorre do fato de este exercer atividade, ainda que apenas autorizada pelo Estado, de indiscutível conteúdo público. Neste sentido, a atividade de ensino delegada importa em muitos atos de autoridade que podem estar sujeitos a Mandado de Segurança como o jubramento, a extinção de vínculo por ausência de matrícula, o indeferimento de transferência independente de vaga, a distribuição irregular de bolsas de estudo e outros.

²⁵³ Clèmerson Merlin Clève, analisando questão que envolve o direito eleitoral, escreve que “os direitos fundamentais previstos na Constituição protegem todas as pessoas e são oponíveis não apenas contra o Estado, como também contra os demais particulares, inclusive, pessoas jurídicas de direito privado, entre elas, o partido político. (...) cumpre concordar que cabe ao Poder Judiciário, sempre que ocorrente lesão ou ameaça de lesão a direito, exercitar o controle da atividade partidária.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária. Estudo de Caso*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 65-66.

2.13. A classificação dos direitos fundamentais. O direito à educação como direito fundamental prestacional

Uma primeira tentativa de classificar os direitos fundamentais deve-se ater às chamadas gerações de direitos. Tendo em Norberto Bobbio um dos seus defensores, partindo de uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais são classificados, na visão do jusfilósofo italiano, em três fases: os *direitos de liberdade*, entendidos como limites à ação estatal e, portanto, direitos negativos; os *direitos políticos*, que concebem a liberdade não apenas em seu aspecto negativo, mas positivamente, como autonomia; e, por fim, os *direitos sociais*, resultantes do amadurecimento de novas exigências ou de novos valores como bem-estar e da igualdade não apenas formal e que podem ser entendidos como liberdade obtida através ou por meio do Estado.²⁵⁴

No entender de Bobbio, não se pode abrir mão da perspectiva histórica dos direitos fundamentais, pois, “se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadão deveriam participar do poder político e, pior ainda, obter um trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de loucura.”²⁵⁵ Outro argumento pode ser encontrado quando Bobbio afirma que as “exigência nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.”²⁵⁶

²⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho. 9º ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32-33.

²⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p 33.

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 7.

No direito pátrio, Paulo Bonavides tem uma classificação dos direitos fundamentais também fundamentada em gerações de direitos.²⁵⁷ Segundo Bonavides, os direitos fundamentais podem ser divididos em quatro gerações: os de *primeira geração*, os direitos civis e políticos; os de *segunda geração*, os direitos sociais, econômicos e culturais; os de *terceira geração*, os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade; os de *quarta geração*, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.²⁵⁸

Flávia Piovesan critica a idéia de “gerações de direitos”, entendendo-a como fantasia.²⁵⁹ Tal postura, no entanto, deve ser compreendida no sentido que pretende dar a autora, que entende os direitos fundamentais como direitos positivos, como direitos que vinculam os órgãos estatais, em um sentido técnico jurídico. Desta forma, a autora afirma que “os direitos humanos não se ‘sucedem’ ou ‘substituem’ uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais. (...). Contra as tentações dos poderes de fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (e. g., os direitos econômicos e sociais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito dos Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental de concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos.”²⁶⁰

Da mesma forma, Ingo Sarlet, ao preferir a terminologia “dimensões de direitos fundamentais” em vez de “gerações”, escreve que “o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma

²⁵⁷ Observa, no entanto, o autor, que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo geração, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 525.

²⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 516-526. Ver também LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil. Desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 78- 84.

²⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 19.

²⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 19-20.

geração por outra, razão pela qual há quem prefira usar o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”.²⁶¹

Ainda sobre a classificação dos direitos fundamentais em gerações, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a primeira geração de “direitos humanos fundamentais” constitui as chamadas *liberdades públicas*, a segunda, os *direitos sociais* e a terceira, ainda não plenamente reconhecida, os *direitos de solidariedade*.²⁶²

A idéia de *liberdades públicas* merece menção aqui apenas a título informativo, uma vez que tal entendimento foi superado pela melhor doutrina dos direitos fundamentais. Segundo Ingo Sarlet, os termos “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos civis”, assim como suas variações, apresentam-se anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais, tendo em mente, também, sua flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que estão atrelados a categorias específicas do gênero direito fundamentais.²⁶³

Quanto à classificação dos direitos fundamentais, o autor que melhor abordou a matéria e influenciou a melhor doutrina dos direitos fundamentais foi Georg Jellinek. Em sua obra *System der subjektiv öffentlichen Rechte*, o autor alemão classificou os direitos fundamentais em quatro *status*. Segundo Alexy, o direito fundamental como um todo é um aglomerado de posições de diferentes conteúdos e estruturas. Estes tipos de posições totais concretas devem ser distinguidos das posições totais abstratas. O paradigma de uma teoria de posições totais abstratas é a teoria do *status* de Georg Jellinek. Sua consideração

²⁶¹ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 47.

²⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 6. Utilizando também a expressão “liberdades públicas” na interpretação dos direitos fundamentais da Constituição Espanhola, LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*, p. 169.

²⁶³ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 30-31.

não está justificada apenas pela sua importância histórica, mas por ter ainda vigência para a classificação dos direitos fundamentais.²⁶⁴

A atualidade da teoria do *status*, de Jellinek, revela-se em intentos como o de Häberle²⁶⁵, de retirar o autor do Absolutismo tardio e colocá-lo na democracia e de construir *status* competitivos ou complementares, como o *status activus processualis*, também de Häberle²⁶⁶, e do *status* de direito Constitucional e de direito político geral, de Hesse.²⁶⁷

Em que consiste o *status*? Pode ser caracterizado como uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo, ou seja, é uma relação do indivíduo com o Estado, sejam quais forem suas características. Como uma relação que qualifica o indivíduo, o *status* deve ser uma *situação* e, neste sentido, distinguir-se de um *direito*.²⁶⁸ Esta distinção implica a diferenciação entre o “ser jurídico” e o “ter jurídico” de uma pessoa.

Quanto aos quatro *status* da teoria de Jellinek, o *status passivo* (*status subjectionis*) revela uma situação de subordinação do indivíduo aos poderes do Estado, sendo, neste contexto, meramente detentor de deveres e não de direitos, significando, por outro lado, que o Estado possui a competência de vincular o cidadão, juridicamente, por meio de mandamentos e proibições; o *status negativo* consiste uma esfera individual de liberdade, imune ao direito de império do Estado. Para Jellinek, a liberdade individual é a classe de ações dos súditos juridicamente irrelevantes para o Estado; o *status positivo* completa o *status negativo* (o *status* positivo é o reflexo do negativo), uma vez que ao indivíduo é assegurada, juridicamente, a possibilidade de poder fazer uso das

²⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 247.

²⁶⁵ HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*, p. 80, citado por ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 248.

²⁶⁶ HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*, p. 52, 81, citado por ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 248.

²⁶⁷ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 280 (Trad. Portuguesa: Elementos de Direito Constitucional), citado por ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 248.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 248.

instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas; por fim, o *status activo* revela-se como o *status* da cidadania ativa, ou seja, ao cidadão surge a possibilidade de participar ativamente da vontade estatal. Portanto, o *status passivo* é o mandado de proibição que afeta o indivíduo, o *status negativo* é a liberação, o *status positivo* é o direito a algo e o *status activo* é a cidadania ativa.²⁶⁹

Ingo Sarlet, seguindo a doutrina de Alexy, propõe uma releitura do *status negativo*, também chamado de *status libertatis*. No dizer do jurista gaúcho, “tendo em mente que para Jellinek as liberdades do indivíduo, neste estado, são exercidas apenas no âmbito da lei, encontrando-se, portanto, à disposição do legislador, há que adaptar-se esta concepção aos tempos atuais, quando não se concebe mais (e isto também no direito Constitucional pátrio) uma sujeição das liberdades individuais à legislação infraconstitucional.” Neste sentido, o *status negativo* de Jellinek deve “ser encarado mais propriamente como um *status negativo* dos direitos fundamentais (*ein negativer grundrechtlicher Status*), no qual a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais, em outras palavras, em que as liberdades e os direitos fundamentais em geral vinculam também o legislador”.²⁷⁰

Da mesma forma, em relação à crítica de Hesse, para o qual o *status* Constitucional do indivíduo, garantido pelos direitos fundamentais, não constitui uma situação meramente formal, relativa ao indivíduo abstrato (como é o caso do *status negativo* de Jellinek), mas sim, um *status* jurídico material, com conteúdo concreto e determinado, que não se encontra à disposição ilimitada nem do indivíduo, nem do Estado.²⁷¹ Quanto à crítica de Hesse, Ingo Sarlet escreve que esta não tem a intenção de fulminar por completo as lições de Jellinek, sem que estas possam ser lidas e compreendidas à luz das atuais circunstâncias. A obra de Jellinek deve ser compreendida em seu contexto

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 249-261.

²⁷⁰ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 156.

histórico, ou seja, por um lado, levando-se em conta a prevalência da concepção liberal de Constituição, e por outro, a situação específica da Alemanha de Guilherme II, marcada por uma Constituição Monárquica e por um Estado altamente centralizado. Além, é claro, da observância do que escreve Alexy sobre o objeto da obra de Jellinek – a estrutura formal das posições jurídicas fundamentais do indivíduo – e do fato de não ser este incompatível com uma concepção material, uma vez não ser apenas necessário o questionamento a respeito do conteúdo das normas de direitos fundamentais, que fundamentam o *status* individual, mas também sobre qual estrutura jurídico-formal as normas devem possuir para exercerem esta função.²⁷²

Tendo como pano de fundo a classificação de Jellinek, os direitos fundamentais, atualmente, podem ser compreendidos em dois grandes grupos: os direitos fundamentais como direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos de prestações.

Sobre os direitos de defesa, são eles os clássicos direitos, em geral, vinculados à defesa da esfera individual de liberdade do cidadão contra os poderes públicos, que caracterizaram as revoluções burguesas, impondo limites ao poder do Estado. Em princípio, poderiam ser compreendidos como o *status negativo* da teoria de Jellinek. No entanto, o conteúdo dos direitos de defesa, hoje, não se reduz, apenas, a essas considerações.

Canotilho, em perfeita síntese, escreve que os direitos de defesa apresentam-se em uma dupla perspectiva: “(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes

²⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 230-231.

²⁷² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 247 (tradução espanhola: Teoría de Los Derechos Fundamentales), citado por SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 156-157.

públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”²⁷³ Neste sentido, o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, constitui a *liberdade positiva* enquanto que o direito de liberdade de expressão e de informação, sem impedimentos ou discriminações, constitui a *liberdade negativa*.

Da mesma forma, para Alexy, os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: (i) direitos ao não impedimento de ações; (ii) direitos à não afetação de propriedade e situações; (iii) direitos à não eliminação de posições jurídicas. O primeiro é formado por direitos que garantem que o Estado não impeça ou crie obstáculos a determinadas ações do titular do direito. O impedimento pode se dar pela criação de circunstâncias que venham faticamente impossibilitar a ação, enquanto a obstaculização é a criação de circunstâncias que podem impedir a realização da ação. O cidadão tem, perante o Estado, o direito de que este não estorve a realização de uma ação como, por exemplo, a expressão de opinião, a criação de uma obra de arte, a eleição de profissão, etc.²⁷⁴

O segundo grupo é constituído de direitos que asseguram que o Estado não afetará determinadas propriedades ou situações do titular do direito. É exemplo de *propriedade* de um titular de direitos fundamentais que pode ser afetada o fato de viver e estar são; bem como é exemplo de *situação* a inviolabilidade do domicílio. Alexy observa que, em lugar das expressões “propriedades” e “situações”, é comum a utilização do vocábulo “bens”. Observa, no entanto, o jusfilósofo alemão, com base na teoria de Jellinek²⁷⁵, que é necessário distinguir o ser jurídico do ter jurídico, uma vez que a vida, a saúde,

²⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 541.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 189-191.

²⁷⁵ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 83, citado por ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 192.

a liberdade e o medo não são objetos que a pessoa possui (tem), mas propriedades que constituem seu ser concreto.²⁷⁶

Por fim, o terceiro grupo compreende direitos segundo os quais o Estado não pode eliminar determinadas posições jurídicas do titular do direito. Um exemplo de *posição jurídica* completa é a de *proprietário*. A propriedade necessita, para ser praticável na vida jurídica, de uma configuração jurídica. Esta configuração jurídica se dá através de normas jurídicas que definem a instituição jurídica da propriedade. Entre as normas que definem a instituição jurídica da propriedade, encontram-se normas sobre a criação e finalização da posição de proprietário, assim como normas que vinculam conseqüências jurídicas com esta posição. Pode ocorrer a eliminação tanto de *posições jurídicas subjetivas concretas* (por exemplo, acordo e entrega, sucessão), como também de normas da própria instituição jurídica da propriedade, através da eliminação de *posições jurídicas abstratas* tais como a possibilidade jurídica ou a competência para adquirir ou transmitir a propriedade sobre determinados objetos como, por exemplo, a aquisição de um imóvel agrícola ou florestal, dependente de autorização, que, em virtude de determinadas condições, pode ser impossibilitada.²⁷⁷

Nas três hipóteses de direitos de defesa de Alexy, o direito apresenta-se em um sentido negativo, de não intromissão do Estado na esfera particular, seja através do não impedimento de ações, da não afetação de propriedades e situações ou da não eliminação de posições jurídicas. O autor pressupõe que a *liberdade positiva* ou o direito de exercer um direito fundamental é o oposto da *liberdade negativa*, que prevê o dever de abstenção do Estado, de não intromissão, de impedimento. Desta forma, como direito de defesa, toda liberdade positiva é complementada pela liberdade negativa.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 191-192.

²⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 192-194.

Já os direitos de liberdade são classificados como típicos direitos de defesa, não havendo a menor dúvida de que estão incluídos nesta categoria. Quanto aos direitos de igualdade, em que pese a estrutura normativa diferenciada, justifica-se a inclusão deles nesta categoria na “medida em que garantem a proteção de uma esfera de igualdade pessoal, no sentido de que o indivíduo, em princípio não pode ser exposto a ingerências causadas por tratamento discriminatório (desigual), gerando, em consequência, um direito subjetivo de defesa contra toda e qualquer agressão ao princípio da igualdade.”²⁷⁸

Os direitos de defesa não visam apenas resguardar os direitos de liberdade e igualdade. Segundo Ingo Sarlet, “em princípio se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo.”²⁷⁹ É necessário, também, observar que, abrangendo não apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas, os direitos de defesa são também dirigidos contra os particulares.

Os direitos fundamentais como direitos de prestações, na lição de Canotilho, apresentam-se como direitos ao acesso e à utilização de prestações estatais (que se subdividem em *direitos derivados a prestações* e *direitos originários a prestações*) e direitos à participação na organização e no procedimento de realização.²⁸⁰

Apresentando uma maior fidelidade à classificação de Jellinek, Vieira de Andrade classifica os direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos de

²⁷⁸ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 168-169. O autor observa que, não obstante os direitos sociais serem tradicionalmente concebidos como direitos de prestações, boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos art. 7º a 11º da nossa Constituição Federal, são concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo, posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. Exemplos: limitação da jornada de trabalho, igualdade entre o trabalhador com vínculo empregatício e o avulso, das normas relativas à prescrição, etc.. (p. 174)

²⁷⁹ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 169.

participação e direitos a prestações. Os direitos a prestações compreendem os direitos a prestações jurídicas e os direitos a prestações fáticas (materiais).²⁸¹

É necessário observar que Canotilho engloba no gênero “direitos de prestações” os direitos de acesso e utilização de prestações estatais e os direitos de participação na organização e procedimento de realização. Vieira de Andrade, por sua vez, trata essas duas questões como situações pertencentes a gêneros diversos, ou melhor, trata os direitos de participação como “mistos de direitos de defesa e de direitos a prestações” e que são autonomizados, “em virtude da sua função de garantia de participação individual na vida política, mais concretamente, na formação da vontade política da comunidade”.²⁸²

No entanto, na precisa observação de Ingo Sarlet, “a necessária releitura do *status activus*, de Jellinek (para nele integrar um *status activus processualis*) ensejou, na verdade, uma subdivisão manifestada pelo reconhecimento (ao lado dos clássicos direitos políticos) de autênticos direitos prestacionais nesta seara”²⁸³, além da tendencial aproximação dos direitos políticos (naquilo em que não constituem direito a prestação típico) com os direitos de defesa.

Desta forma, os direitos compreendidos no *status activus*, de Jellinek, na classificação de Canotilho, estariam diluídos entre os direitos de defesa e os direitos de prestação, uma vez que, como observou Sarlet, a atualização da teoria de Jellinek, também defendida por Alexy, neste aspecto, exige a consideração do que escreveu Häberle sobre um *status activus processualis*, que constitui um verdadeiro direito prestacional.

Os *direitos derivados a prestações*, sobre os quais escreve Canotilho, revestem-se do direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as

²⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.541-547.

²⁸¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 192. Na doutrina nacional, esta classificação foi recepcionada por FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*, p. 82-92.

²⁸² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.192-193.

²⁸³ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 187.

instituições públicas criadas pelos poderes públicos, bem como do direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas, por estes serviços, à comunidade. Na medida em que os direitos, em especial os sociais, dependentes de condições econômicas favoráveis, são concretizados, não podem sofrer retrocesso, ou seja, não podem deixar de ser fornecidos pelo Estado nem, tão pouco, terem sua quantidade de serviço diminuída. Os cidadãos podem recorrer ao judiciário para reclamar a manutenção do nível de realização. Neste sentido, fala-se de *cláusula de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social*. Canotilho faz referência a uma decisão do Tribunal Constitucional Português (Acórdão do TC nº 39/84 – DR, 1, 5-5-1984) que “declarou inconstitucional o DL nº 254/82 que revogara grande parte da L nº 56/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde. (...) <<a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas Constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito Constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social>>.”²⁸⁴

A argumentação que sustenta a cláusula do retrocesso social é parte de um estudo mais amplo que remete à Constitucionalidade das leis e à legalidade da constituição, pois “a dinamização da constituição dirigente através da lei pressupõe uma crescente intervenção legislativa na conformação das tarefas constitucionais”, sem que isso corresponda, *ipso facto*, à legalização da Constituição. Neste contexto, segundo Canotilho, julga-se que são, muitas vezes, confundidos dois aspectos fundamentais: a) a concretização legal propriamente dita; b) a elevação das medidas legais concretizadoras ao direito Constitucional. “O direito legal pode pretender arrogar-se a direito Constitucional (pelo menos material); mas nem toda a atualização legislativa pode ter este resultado a esta

²⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.542.

dimensão”. Portanto, é necessário distinguir as hipóteses em que a concretização legislativa representa um *consenso básico* e uma *radicação na consciência jurídica* em que “o grau de realização ou desenvolvimento obtido corresponde a uma complementação ou desenvolvimento do direito Constitucional, dispendo, como ele, da força ou dignidade normativa das normas constitucionais” de outras hipóteses, nas quais “a concretização legislativa das normas constitucionais dirigentes não passa de uma possível interpretação legal, dada pela maioria parlamentar ou pelo governo que nela tem apoio, em determinado contexto político”. Nesta segunda hipótese, o direito legal estará longe de um consenso básico e de uma radicação na consciência jurídica geral que legitimem a sua passagem a direito Constitucional complementar. Canotilho cita como exemplo a Lei da Reforma Agrária Portuguesa, que representa uma das possíveis interpretações concretizadoras, estando longe de ser uma atualização fundamentada em um consenso básico, justificador do reforço da sua força normativa.²⁸⁵

Vieira de Andrade parte de uma análise gradativa da cláusula do retrocesso social, visualizando um mínimo, representado pela “garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas”, através da proibição da destruição dessas situações ou posições, e um máximo, representado “quando essas concretizações legais devam ser consideradas materialmente constitucionais”.²⁸⁶

O autor concorda com Canotilho acerca de um “processo de transformação Constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na <<consciência jurídica geral>>”, uma vez que a Constituição é “susceptível de evolução, incluindo aí a possibilidade de, ao nível Constitucional, se vir a densificar (determinar) o conteúdo dos preceitos.” A divergência de Vieira de

²⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 411-412.

²⁸⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 308.

Andrade é quanto à “aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso social” e à “eficácia irradiante dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um <<bloco Constitucional dirigente>>”. Neste sentido, escreve o autor que “a proibição do retrocesso social não pode constituir um princípio jurídico geral, nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a à mera função executiva da Constituição.”²⁸⁷

A proposta de Canotilho parece não eliminar a autonomia da função legislativa, pois existe a ressalva de que, nas hipóteses em que a concretização possa se dar por diversas interpretações, a alteração da medida concretizadora não implicará, necessariamente, inconstitucionalidade. A decisão da Corte Constitucional, trazida por Canotilho, parece esclarecer o sentido da cláusula de retrocesso social, uma vez que ela constitui, verdadeiramente, uma vedação ao fato de o texto Constitucional ser colocado à disposição do legislador. É importante observar que há divergência entre os dois juristas portugueses. Canotilho advoga a presunção da Constituição como veículo dirigente dos direitos sociais, e Vieira de Andrade, que tal matéria compete ao legislador, pensamento que está em harmonia com o seu entendimento de que “os preceitos relativos aos direitos sociais são juridicamente vinculantes, mas têm densidade normativa reduzida” e de que “os direitos derivados a prestações são, salvos os casos excepcionais de Constitucionalização, direitos legais que não integram o conjunto material dos direitos fundamentais.”²⁸⁸

Já o *direito originário a prestações*, apresenta-se quando: “a partir da garantia Constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao

²⁸⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 308-309.

²⁸⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 311.

exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”²⁸⁹

O *direito originário a prestações* é representativo de diversas interpretações acerca do seu conteúdo normativo e vinculativo. Isso em razão de que, no momento em que se exige do Estado atuação positiva, parte da doutrina chega a negar-lhe a qualidade de direito, remetendo-lhe ao campo da “política social”. Segundo Canotilho, “este não é, contudo, o entendimento Constitucional”²⁹⁰.

Neste sentido, “trata-se de sublinhar que o *status* social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino – *originäre Leistungsansprüchen*.” Ainda que vinculado a uma *reserva possível* (dependência dos direitos sociais dos recursos econômicos), a sua efetivação não se reduz a um simples “apelo” ao legislador, mas constitui uma verdadeira *imposição Constitucional*. Quanto ao fato de depender de uma reserva de medida legislativa, possui relevante significado jurídico como direito subjetivo, uma vez constitui uma baliza à interpretação das normas (interpretação das normas legais em conformidade com o direito originário a prestações) e possibilita a ação de inconstitucionalidade por omissão, quando da inércia do Estado na criação da condição de efetivação.²⁹¹

Quando trata dos direitos a prestações em sentido estrito (direito sociais fundamentais), Alexy escreve que são direitos do indivíduo (contra o Estado) a algo que, caso tenha condições financeiras e estejam disponíveis no mercado, pode o indivíduo adquirir de particulares como são, por exemplo, o direito ao trabalho e à educação. Segundo o autor alemão, os direitos fundamentais sociais podem apresentar-se de forma bastante diversa, sendo necessário distingui-los conforme três critérios: (i) podem tratar-se de normas que conferem *direitos subjetivos* ou de normas que obrigam o Estado apenas *objetivamente*; (ii) podem

²⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.543.

²⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.544.

ser *normas vinculantes* ou *não vinculantes*; (iii) as normas podem fundamentar *direitos e deveres definitivos* ou *prima facie*, ou seja, podem ser princípios ou regras. A combinação destes critérios apresenta uma escala que mune as normas de direitos fundamentais sociais de alta densidade normativa (proteção forte) ou de baixa densidade normativa (proteção fraca). Como exemplo de alta densidade normativa, Alexy faz referência ao direito ao mínimo vital (direito subjetivo, vinculante e definitivo).²⁹²

Entendendo que os direitos fundamentais sociais não devem ser tratados como uma questão que envolve tudo ou nada, o autor explica que a proposta de um modelo de direitos fundamentais sociais necessita estar apoiada na teoria dos princípios, orientada pela idéia rectora de que os direitos fundamentais são posições tão importantes que seu outorgamento ou não outorgamento não pode estar nas mãos de uma simples maioria parlamentar e fundamentada por igual nos argumentos que apóiam e nos que vão contra os direitos fundamentais sociais.²⁹³

Ainda com base na classificação de Canotilho, os direitos de prestações, em um segundo momento, podem ser compreendidos como direitos à participação na organização e procedimento de realização. Canotilho fundamenta tal dimensão dos direitos fundamentais naquilo que Häberle

²⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.545.

²⁹² ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 482-485.

²⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 486. Os argumentos a favor dos direitos fundamentais sociais são: (i) quanto à liberdade jurídica, necessita da liberdade fática, pois, sem esta, carece de todo valor; (ii) nas sociedades industriais, a liberdade fática não depende apenas do cidadão, mas de atividades estatais. Os argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais podem ser agrupados em dois argumentos complexos, um formal e outro material. (i) o argumento formal apresenta um dilema: se os direitos sociais são vinculantes, a política social desloca-se do parlamento para o Tribunal Constitucional. A tese é de que os direitos sociais não são justiciáveis, uma vez que a grande maioria dos direitos são imprecisos; (ii) o argumento material indica que os direitos fundamentais sociais são inconciliáveis com normas constitucionais materiais ou, ao menos, entram em colisão com elas como, por exemplo, o direito do trabalho, em que, em uma sociedade de mercado, o Estado pode dispor apenas limitadamente do objeto deste direito, implicando à plenitude de emprego uma ampla redução da capacidade de decisão da economia privada ou, até mesmo, a

designou como *status activus processualis*.²⁹⁴ “A idéia conexas-se, de resto, com outras concepções políticas que agitaram a Europa a partir da época de 60. A exigência da <<democratização da democracia>>, a defesa dos direitos de participação dos cidadãos nas organizações para assegurar a transparência democrática, a relevância do procedimento (*Verfahren*) como instrumento de legitimação, a dinamização das leis fundamentais através da <<processualização da Constituição>>, foram encarados pela doutrina tradicional como <<slogans>>, <<aleluias>> ou <<folclores>>, sem dignidade jurídica e como representando um perigo para a liberdade: <<*mehr Freiheit*>> e não <<*mehr Demokratie*>>.”²⁹⁵

Segundo Häberle, “no Estado Constitucional democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia). (...) a democracia não se desenvolve apenas no contexto da delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente ‘competente’, a Corte Constitucional. (...). Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o ‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente”.²⁹⁶

A atualização do *status ativo* de Jellinek, através de uma fórmula que conceba o cidadão não mais na posição de agente passivo, alheio aos destinos de sua comunidade, do meio social em que vive, mas como atuante, parte do processo de formação de uma vida política movida pela pluralidade de idéias e

sua eliminação, situação que configura uma intervenção nos direitos fundamentais de quem dispõe da propriedade e dos bens de produção. (p. 486-494)

²⁹⁴ Além de Häberle, outros autores dedicam-se ao tema. A título exemplificativo: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 287; e ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 454, este, com maior profundidade.

²⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.546-547.

²⁹⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, p. 36.

de concepções acerca do mundo, da cultura, do lazer, de modo a respeitar as diferenças, é parte de um projeto que envolve uma nova sociedade, uma sociedade em que os direitos fundamentais estejam muito mais presentes e atuantes, pela força de seus próprios titulares.²⁹⁷

No âmbito do direito à educação, a Constituição Federal de 1988 positivou norma de procedimento, como a do art. 206 inciso VI, que disciplina a gestão democrática do ensino público, possibilitando que alunos, pais e professores formem um conjunto na condução da escola, disciplinando tarefas, definindo prioridades, enfim, gerindo aquilo que é parte de suas vidas.

Ainda sobre a classificação dos direitos de prestações, deve-se fazer referência a Alexy, uma vez que o jusfilósofo alemão compreende os direitos a ações positivas do Estado (prestações em sentido amplo, ou prestações normativas) como direitos à proteção, à organização e procedimento e a prestações em sentido estrito (prestações fáticas, direitos sociais fundamentais).²⁹⁸

O direito a ações fáticas (prestações em sentido estrito), refere-se aos direitos sociais fundamentais. O fato de estes direitos serem implementados por alguma forma jurídica não altera em nada o caráter de direito prestacional de cunho material (fático). Para a realização do direito, é indiferente a forma como isto irá se dar. Alexy justifica, com a irrelevância da forma jurídica para a

²⁹⁷ Neste sentido, em outro momento, (MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo e Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar o direito na atualidade*, Florianópolis, 1997. Trabalho de Conclusão do Bacharelado em Direito – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.), teve-se a oportunidade de abordar a questão do pluralismo na perspectiva que, em princípio, pode-se aqui conceber, ou seja, vinculada à noção de Constitucionalidade e integrante dos direitos fundamentais.

²⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p.195-196. O entendimento de que os direitos a prestações compreendem direitos a prestações fáticas (materiais) e jurídicas é também adotado por VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 192 e, na doutrina nacional, por FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*, p. 82-92; STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1995; e BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o*

realização do direito, o critério de distinção entre os direitos a prestações fáticas e os direitos a prestações normativas. Estes são direitos a atos estatais de imposição de normas, e, como tais, devem estar em perfeita harmonia com a forma jurídica de positividade das normas.²⁹⁹

Importante observar que embora Alexy, no capítulo quarto de sua obra, faça referência aos direitos a ações positivas e, que compreendem ações fáticas e normativas, no capítulo nove, escreve sobre os direitos a ações positivas do Estado, referindo-se a elas como prestações em sentido amplo. Se, no momento anterior, relacionou as prestações em sentido amplo com prestações normativas, tem-se que o direito a prestações fáticas é espécie, juntamente com o direito de proteção e o direito à organização e procedimento, do gênero “prestações normativas” (ou prestações em sentido amplo). Não há razão de tratar como categorias diversas as prestações normativas e fáticas e as prestações em sentido amplo e sentido estrito, até porque toda ação fática, ainda que não restrita a uma determinada forma, é também uma prestação normativa, como veículo de realização da prestação material.

Quanto aos direitos à proteção, Alexy define-os como os direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros. Os direitos à proteção assumem diversas formas (proteção da vida, da saúde, da dignidade, da liberdade, da família, da propriedade, etc.), que podem encontrar, em termos gerais, como ponto em comum, o fato de serem direitos subjetivos constitucionais frente ao Estado para que este realize ações positivas fáticas ou normativas, que têm como objeto a delimitação das esferas de sujeitos jurídicos de igual hierarquia, como também a imponibilidade e a imposição desta demarcação.³⁰⁰

controle de Constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais, p. 137, as duas últimas autoras baseiam-se na doutrina de Robert Alexy.

²⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p.195.

³⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p. 436.

A divisão dos direitos fundamentais prestacionais em direitos originário e derivado a prestações não é incompatível com o entendimento dos direitos fundamentais como sendo direitos a prestações fáticas (prestações em sentido estrito) ou normativas (prestações em sentido amplo). Escreve Ingo Sarlet que “tanto pode haver direitos derivados a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e organização e procedimento), quanto em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), valendo o mesmo para os direitos originários a prestações.”³⁰¹

O direito à educação é típico direito de prestação em sentido estrito (prestação fática, direito fundamental social)³⁰². Entre os direitos sociais, o direito à educação e o direito à saúde assumem características especiais, uma vez que a Constituição de 1988 definiu ambos como dever do Estado. Quando trata das normas programáticas, José Afonso da Silva, como já referido neste trabalho, na análise da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, exclui expressamente o direito à educação e o direito à saúde, por não se tratarem, propriamente, de um programa, mas de um dever que, em caso de não cumprimento, revela um desrespeito ao direito, um descumprimento da norma.³⁰³ Quanto ao direito à educação, uma situação que também caracteriza-o de maneira especial em meio aos demais direitos sociais diz respeito à qualidade de *direito subjetivo público* no ensino obrigatório. Portanto, neste aspecto, deve-se considerar que o Estado tem o dever, tem a obrigação jurídica de oferecer e manter o ensino público obrigatório e gratuito. Trata-se do mínimo em matéria de educação. Como corolário desta obrigação jurídica, o cidadão, em virtude da falta de atitude, por parte da administração pública, para tentar solucionar a

³⁰¹ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 189.

³⁰² Dispõe o art. 6º da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

³⁰³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 150.

inexistência de vagas nas escolas, pode recorrer ao Judiciário para requerer a matrícula.

Os diversos aspectos jurídicos e constitucionais que cercam o direito fundamental à educação serão tratados nos capítulos seguintes. Trata-se de uma tentativa de buscar compreender o texto Constitucional relativo a esta matéria, bem como de relacioná-lo com questões que podem, de alguma forma, tornar útil este trabalho para os operadores jurídicos que trabalham com o direito à educação.

3. O CONCEITO DE DIREITO À EDUCAÇÃO

Em que consiste o direito à educação? Qual a sua extensão? Qual a sua importância? Estas questões são necessárias a este trabalho em razão de representarem o núcleo de tudo o que aqui está sendo escrito. Por certo, respondê-las, significa também justificar o tema da pesquisa.

Mediado pelo texto Constitucional que, no art. 205 dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, a ser 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 e mediado também pela precisa lição de Jean Piaget, em livro que comenta o art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁰⁴, este trabalho pretender trazer alguns elementos que possam auxiliar na interpretação do conteúdo Constitucional do direito à educação.

Portanto, é importante analisar: (i) a educação como direito de todos; (ii) o dever do Estado e da família e a colaboração da sociedade; (iii) o pleno

³⁰⁴ Consta do art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

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

desenvolvimento da pessoa; (iv) o preparo para o exercício da cidadania; (v) a qualificação para o trabalho.

Quanto ao primeiro, inicialmente importa considerar que o desenvolvimento do ser humano está subordinado a dois grupos de fatores: “*fatores de hereditariedade e adaptação biológica*, dos quais depende a evolução do sistema nervoso e dos mecanismos psíquicos elementares e *fatores de transmissão ou de interação sociais* que, desde o berço, desempenham um papel de progressiva importância, durante todo o crescimento, na constituição do comportamento e da vida mental”³⁰⁵ (os grifos não constam do original). Falar em direito à educação é, pois, reconhecer o papel indispensável dos fatores sociais na formação do indivíduo.

Partindo da consideração de que a lógica se constrói³⁰⁶, não é natural, Piaget coloca que a primeira tarefa da educação consiste em formar o raciocínio. Deste ponto de vista (educação intelectual), o direito à educação consistiria no fato de que o indivíduo tem “o direito de ser colocado, durante a sua formação, em um meio escolar de tal ordem que lhe seja possível chegar ao ponto de elaborar, até a conclusão, os instrumentos indispensáveis de adaptação que são as operações da lógica”. Quanto à educação moral, é ainda mais evidente que, se algumas condições inatas (naturais) permitem ao ser humano a construção de regras e sentimentos morais, essa elaboração presume a intervenção de um conjunto de relações sociais bem definidas (da família, por exemplo). Quanto às educações intelectual e moral, analisadas em conjunto, Piaget afasta o entendimento de que tais compreenderiam apenas o direito de adquirir conhecimentos, por entender tratarem-se “de um direito a forjar determinados instrumentos espirituais, mais preciosos que quaisquer outros, e cuja construção

³⁰⁵ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*. (Tradução portuguesa por Ivette Braga) Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973, p. 35.

³⁰⁶ O autor faz uma interessante abordagem sobre as condições de raciocínio de crianças entre faixas etárias diferentes, para demonstrar que certos raciocínios, considerados logicamente necessários a partir de um determinado nível mental, são estranhos às estruturas intelectuais anteriores. PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 37.

requer uma ambiência social específica constituída não apenas de submissão”. A educação, desta forma, não seria apenas uma formação, mas uma condição formadora necessária ao próprio desenvolvimento natural. Tal entendimento implica afirmar que “o indivíduo não poderia adquirir suas estruturas mentais mais essenciais sem uma contribuição exterior, a exigir um certo meio social de formação, e que em todos os níveis (desde os mais elementares até os mais altos) o fator social ou educativo constitui uma condição do desenvolvimento”.³⁰⁷

A educação como direito de todos, portanto, não se limita em assegurar a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo. A rigor, deve garantir a todos “o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual”.³⁰⁸

O dever do Estado e da família e a colaboração da sociedade implicam situações diversas perante o direito à educação. Quanto ao dever do Estado para com a educação, esse será objeto de análise detalhada ao longo do trabalho. A colaboração da sociedade na educação pode ser compreendida sob duas perspectivas: a primeira, em um sentido mais imediato, estaria vinculada à possibilidade do ensino privado, que também será analisado no decorrer deste trabalho; a segunda, representaria aquilo que escreve Jean Piaget ao afirmar que o direito à educação é o direito “que tem o indivíduo de se desenvolver normalmente, em função das possibilidades de que dispõe, e a obrigação, para a sociedade, de transformar essas possibilidades em realizações efetivas e úteis”.³⁰⁹ É a sociedade sendo considerada o lugar em que a educação e seus atributos são desenvolvidos, ou seja, a sociedade como o lugar das oportunidades.

³⁰⁷ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 39.

³⁰⁸ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 40.

³⁰⁹ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 41.

O dever da família³¹⁰ para com a educação deve ser compreendido, historicamente, como uma progressiva redução da extensão e dos direitos da família (a partir do “clã”, da *gens*, da família patriarcal, etc.) para uma correlata extensão dos poderes do Estado.³¹¹ A educação está inserida neste processo, o que levou a uma progressiva limitação do direito dos pais sobre a educação dos filhos. Em nenhum momento, tal transformação implicou a desconsideração total de um em relação ao outro, mas uma adequação dos métodos educacionais a serem desenvolvidos tanto na escola como na família.³¹²

O dever da família, portanto, pode ser compreendido como o direito prioritário dos pais de escolher o gênero de educação a dar a seus filhos e como o dever, propriamente, de assegurar a educação a eles. O primeiro consta do art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como da Constituição Portuguesa, que faz referência a dever e direito.³¹³ Por certo, tais dispositivos podem servir como elementos orientadores da interpretação do dispositivo da Constituição brasileira, uma vez que também o Brasil é signatário da Declaração Universal.

O verbo “dever” deve ser compreendido como algo mais que ter direito. Desta forma, os pais não somente possuem o direito de educar os filhos e de determinar o gênero de educação a ser dado a eles, como possuem o dever de exercê-lo. Quanto ao gênero, os pais possuem a faculdade de optar; quanto à

³¹⁰ Importa observar que o conceito de família é extraído da própria constituição, que disciplina, nos art. 226 a 230, uma visão progressista de entidade familiar, estando aí compreendidos elementos que afastam qualquer interpretação discriminatória quanto aos filhos tidos fora do casamento, afronta a igualdade entre homem e mulher, o casamento não oficial, etc. Fica em aberto a questão da união homossexual, ainda envolta em muitas discussões e que enfrenta barreiras de cunhos moral e religioso.

³¹¹ Clássicos textos sobre a família são encontrados em: CANEVACCI, Massimo.(org.) *Dialética da Família*. (Tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho). 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. O livro possui textos de Morgan, Engels, Freud, Marcuse, Lévi-Strauss, Adorno, Horkheimer, Habermas, entre outros.

³¹² Segundo Piaget, “sem dúvida, antes dos 3-4 anos ou 6-7 anos, conforme o país, não é a escola, e sim a família que desempenha o papel de educadora. PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 40.

educação, não possuem margem de discricionariedade, devem exercer o direito de educar.

Piaget, ao abordar o direito dos pais de escolha do gênero de educação a ser dada aos seus filhos, faz referência aos conselhos de pais e mestres, como verdadeiros instrumentos de síntese entre a família a escola, uma vez que aproximam a escola da vida ou das preocupações profissionais dos pais e proporcionam, reciprocamente, aos pais, o interesse pelas coisas da escola, chegando, até mesmo, a uma divisão de responsabilidades.³¹⁴

O segundo aspecto do dever da família, o dever propriamente dito, que pode ser entendido como um *dever jurídico*, fundamenta-se na exigência que a Constituição faz aos pais de educar seus filhos, conforme depreende-se dos arts. 205, art. 208 § 3º, 227 e 229 da CF. Essa discussão coloca em análise os chamados “deveres fundamentais”, que Canotilho, ao tratar do dever dos pais de educar os filhos (art. 36, 3 e 5 da CRP), classifica-os como deveres diretamente exigíveis. Os deveres fundamentais diretamente exigíveis são exceções, pois, em geral, “as normas consagradoras de deveres fundamentais reconduzem-se (...) à categoria de normas desprovidas de determinabilidade jurídico-Constitucional e, por isso, carecem de mediação legislativa. Não se trata, propriamente, de normas programáticas de deveres fundamentais no velho sentido oitocentista (declarações, programas) como pretende certa doutrina, mas tão só e apenas de normas constitucionais carecidas de concretização legislativa”.³¹⁵

O terceiro aspecto do direito à educação, o direito ao pleno desenvolvimento da pessoa, implica, sob o ponto de vista psicológico e sociológico, a distinção entre o indivíduo e a personalidade. Segundo Piaget, “o indivíduo é o eu centrado sobre si mesmo e obstaculizando, por meio desse egocentrismo moral ou intelectual, as relações de reciprocidade inerentes a toda

³¹³ Artigo 36 (Família, casamento e filiação) Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

³¹⁴ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 57.

³¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 550.

vida social evoluída. A pessoa, ao contrário, é o indivíduo que aceita espontaneamente uma disciplina, ou contribui para o estabelecimento da mesma, e dessa forma se submete voluntariamente a um sistema de normas recíprocas que subordinam a sua liberdade ao respeito por cada um”. A personalidade, portanto, seria “uma certa forma de consciência intelectual e de consciência moral, igualmente distanciada da anomia peculiar ao egocentrismo e da heteronomia das pressões exteriores, porque ela realiza a sua autonomia adaptando-a à reciprocidade. Ou, mais simplesmente, a personalidade é ao mesmo tempo contrária à anarquia e à coação, porque é autônoma, e duas autonomias só podem alimentar entre si relações de reciprocidade.”³¹⁶

O direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana consiste, pois, “em formar indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos”.³¹⁷

O quarto aspecto do direito à educação diz respeito ao preparo para o exercício da cidadania. Aqui está o que afirma Konrad Hesse: “Em tudo, democracia é, segundo seu princípio fundamental, um assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionados, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade.”³¹⁸ A democracia tem na cidadania a sua base. O legítimo poder democrático é exercido quando a sociedade é composta por

³¹⁶ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 60-61.

³¹⁷ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 61. O autor questiona se será possível formar personalidades autônomas por meio de técnicas pedagógicas que impliquem, nos diferentes graus, o constrangimento intelectual e moral ou a formação da personalidade presume uma atividade espontânea e livre, em um meio social alicerçado na colaboração e não na submissão? Aqui, entra-se no campo das estratégias e, por certo, ainda que fundamentais, não serão objetos de análise neste trabalho, pois, este, alogaria-se demais. Como sugestão, dentre a infinidade de obras que tratam da matéria, vale conferir, pela fácil leitura e pela precisão da argumentação, FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia. Saberes necessários à prática educativa*. 13º ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

³¹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 133.

cidadãos ativos, cidadãos que exercem plenamente a sua cidadania, que não deve ser compreendida em um sentido formal e abstrato, mas como um conjunto de fatores que possibilita o controle do poder pela participação ativa dos envolvidos.

O quinto e último aspecto do direito à educação refere-se à qualificação para o trabalho. A educação, por certo, é elemento indispensável ao preparo profissional, ainda mais nos dias atuais, em que o preparo intelectual razoável do trabalhador é julgado como elemento indispensável até mesmo na realização de tarefas consideradas, em princípio, como trabalho não intelectual.³¹⁹ O direito ao trabalho, neste aspecto, pode ser compreendido, também, como direito às condições de qualificação para o trabalho, uma vez que o futuro profissional está sob responsabilidade da família e do Estado devido ao fato de a estes ser atribuído o dever de garantir a educação.

³¹⁹ Até poderia ser questionado até que ponto essa classificação ainda é válida.

4. O ENSINO PÚBLICO E O ENSINO PRIVADO: PRINCÍPIOS GERAIS

O art. 206 da CF disciplina alguns princípios, para o ensino, que assumem caráter geral, ou seja, que vinculam tanto as entidades públicas como as entidades privadas educacionais, naquilo que com estas for compatível.

É tradição, na cultura brasileira, a existência de instituições privadas de ensino. Como já observado na análise da educação no constitucionalismo brasileiro, a República tornou pública a escola, uma vez que, no Império, as atividades sociais ficavam a cargo, principalmente, da Igreja.

A distinção entre a esfera pública e a esfera privada, em matéria de educação, é compreendida até certo ponto, pois não se pode afastar o nítido caráter público que assumem as atividades particulares no âmbito da educação. Daí também ser lícito falar em esfera pública não estatal, compreendida como aquela em que o particular assume um objetivo social do Estado, colaborando, com ele, na realização das tarefas prestacionais públicas.

4.1. Consideração preliminar acerca do conteúdo normativo das regras e dos princípios

Algumas palavras sobre os princípios são necessárias em nome da adequada compreensão daquilo que estes representam no direito e na interpretação Constitucional.

Inicialmente, é importante lembrar a superação do entendimento dos princípios tanto como “inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito” (fase jusnaturalista) quanto como integrantes da ordem positiva e, portanto, pertencentes aos códigos, mas

relegados à fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais (fase juspositivista).³²⁰

O pensamento jurídico contemporâneo reconhece, por unanimidade, que os princípios jurídicos possuem o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Daí a fase do pós-positivismo, que postula o entendimento axiológico-normativo dos princípios, positivados nos novos textos constitucionais e que servem de base à compreensão da ordem jurídica.³²¹ “Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito. Isso se deveu, não só ao valioso trabalho teórico de juristas como Ronald Dworkin, mas também aos trabalhos de publicistas alemães, espanhóis e italianos, destacando-se o nome do alemão Robert Alexy”.³²²

Quanto à obra de Ronald Dworkin, é importante observar que o autor norte-americano não utiliza as expressões “princípios” e “regras” como espécies do gênero “norma”. Dworkin, que parte para um ataque geral ao positivismo, concebe a existência de normas, princípios e diretrizes políticas. A norma está caracterizada em seu conteúdo absoluto, ou seja, a norma não está sujeita a uma consideração relativa acerca de seu peso normativo, ou ainda, em outras palavras, em se tratando de normas, é tudo ou nada. Já os princípios carregam em seu conceito a dimensão de peso e importância. São passíveis de ponderação e avaliação. No entanto, é importante distinguir os princípios das diretrizes, pois estas são *standards* (pautas) que propõem um objetivo a ser alcançado,

³²⁰ Conforme o recomendável trabalho de ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58.

³²¹ As três fases dos princípios são encontradas na obra de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 232-238.

³²² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 59. Na doutrina nacional, ver os trabalhos de GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 73 e seg.; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*, p. 21 e seg. José Afonso da Silva diferencia normas de princípios e não acata a diferenciação entre regras e princípios. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 93-94. Na doutrina portuguesa, influenciado por Alexy e Dworkin, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 165 e seg.

geralmente, referente a algum aspecto econômico, político ou social. Os princípios, por sua vez, são *standards* (pautas) que devem ser observados não porque viabilizam ou asseguram a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da moral.³²³

No entanto, ainda que pertencentes a categorias formais diversas, os princípios e as normas podem, no entender de Dworkin, desempenhar papéis muito semelhantes. Fazendo referência a *Scherman Act*, que estabelece que todo contrato que restrinja o comércio será nulo, Dworkin cita a jurisprudência da Suprema Corte Americana, em uma situação na qual esta teve de decidir se tal disposição deveria ser tratada como uma norma em seus próprios termos, ou seja, que anula o contrato, ou como um princípio, que proporcionaria uma razão para anular o contrato por falta de diretrizes efetivas em sentido contrário. A Corte interpretou a disposição como uma norma, porém, tratou essa norma tendo em conta que esta continha a palavra “não razoável” e considerando que proibia somente as restrições não razoáveis do comércio. Isso permitiu que a disposição funcionasse como uma norma, ou seja, toda vez que um Tribunal entendesse que a restrição fosse não razoável, estaria obrigado a declarar o contrato inválido e, substancialmente, como um princípio, ou seja, o Tribunal deveria ter em conta a multiplicidade de outros princípios e diretrizes para determinar se uma restrição em particular, em determinadas circunstâncias econômicas, seria não razoável.³²⁴

Por certo, a observação, acima, quanto à conceituação, restringe-se somente a ela, pois, em conteúdo, ainda que por outras palavras, Dworkin acaba por reconhecer força normativa nos princípios, como, também, depreende-se da jurisprudência da Suprema Corte, citada por ele.

³²³ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. (Tradução para o espanhol por Marta Guastavino). Barcelona: Editorial Ariel, 1999, p. 72-80.

Alexy considera a distinção entre regras e princípios indispensável à existência de uma teoria adequada dos limites, de uma teoria satisfatória da colisão e, também, de uma teoria suficiente acerca do papel que jogam os direitos fundamentais no sistema jurídico, constituindo o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais. A distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais.³²⁵

Tradicionalmente, a distinção entre regras e princípios é apresentada como distinção entre normas e princípios, atribuindo a estes um caráter mais genérico, ou seja, os princípios possuem alto grau de generalidade, enquanto as normas, um nível relativamente baixo. A distinção é feita tendo em vista a “determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de sua gênese (por exemplo, a distinção entre normas criadas e interpretadas), o caráter explícito do conteúdo valorativo, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema, a importância para o ordenamento jurídico, ou ainda, a diferenciação segundo sejam fundamentos de regras ou regras eles mesmos, ou segundo se tratem de normas de argumentação ou de comportamento.³²⁶

Tendo por base esses critérios, são possíveis três teses totalmente diferentes sobre a distinção entre regras e princípios: (i) todo intento de dividir as normas em duas classes, das regras e dos princípios, é inútil, devido à pluralidade realmente existente. Segundo este entendimento, seria melhor dirigir a atenção às numerosas similitudes e diferenças, analogias e não semelhanças que se encontram dentro da classe das normas, algo que poderia ser captado melhor com o conceito wittgensteiniano de *parecido de família*³²⁷, com divisão em duas classes; (ii) a distinção entre regras e princípios é apenas em grau; (iii)

³²⁴ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, p. 79.

³²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 81-82.

³²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 82-84.

³²⁷ WITTGENSTEIN, L. *Philosophische Untersuchungen, e Schriften*, tomo 1, Frankfurt, 1969, p. 66-67, citado por ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 85.

a distinção entre regras e princípios não é apenas em grau, mas também qualitativa. Segundo Alexy, esta última é a tese correta.³²⁸

O ponto decisivo para distinguir regras de princípios está no fato de os princípios serem normas que ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios, portanto, são *mandados de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, e a medida devida para seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. De outro modo, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto, as regras possuem *determinações* no âmbito fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio.³²⁹

Os princípios possuem grande importância na hermenêutica Constitucional, por indicarem o sentido das regras jurídicas que estão sob seu alcance. Neste sentido, escreve Luís Roberto Barroso que “o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. (...). A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que regre o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”³³⁰

Portanto, o intérprete do direito à educação, na análise do texto Constitucional, deve ter presente a existência de princípios gerais em matéria de educação e, a partir deles, desenvolver sua atividade interpretativa de modo a,

³²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 86.

³²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 86-87.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

sempre, respaldar a concretização de uma regra na estreita conformação com a Constituição.

Os princípios, por possuírem uma textura aberta, possibilitam a concordância, a ponderação, o balanceamento, enfim, são estruturas normativas maleáveis, que servem para definir os contornos do sistema jurídico, a finalidade, o conteúdo básico. No entanto, é importante observar que os princípios não devem ser referidos, no corpo de uma argumentação, de forma aleatória, sem contexto, sem fundamentação.³³¹ A atividade de interpretação, entendida como concretização, exige do intérprete uma atividade criativa, uma atividade que exige a pré-compreensão, por parte do intérprete, do problema concreto a ser resolvido. O intérprete não é um sujeito alheio à História, mas um sujeito inserido em um determinado contexto histórico que forma juízos de pré-compreensão. A concretização só é possível diante de um problema concreto.³³²

Os princípios, portanto, são de extrema importância à compreensão do direito à educação. O texto Constitucional sobre educação está repleto de princípios que devem ser observados e levados em conta na análise da legislação infraconstitucional. A resolução de uma situação concreta deve ter como ponto de partida os princípios para, a partir deles, desenvolver-se uma linha argumentativa que apresente a solução mais acertada.

4.2. Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola

Tendo em conta que este princípio vincula as entidades públicas e privadas de ensino, em que sentido deve-se compreender a igualdade referida?

³³¹ Aí está uma crítica aos operadores do direito (juizes, promotores, advogados) que, muitas vezes, fazem referência a determinados princípios, em sentenças, petições e pareceres, sem nenhuma fundamentação, sem contextualizá-los, utilizando-os de forma totalmente equivocada e acabando por desprestigiá-los.

³³² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 61-62.

Jorge Miranda, fazendo referência ao art. 74/1 da CRP³³³, designa-o como derivado do direito de escolha da escola. O direito de escolha, por sua vez, segundo o Constitucionalista português, é parte do direito de liberdade de educação ou de ensino.³³⁴

Fazendo referência a Kant, o direito de liberdade nada mais é do que compreende-lo tendo em vista a igualdade no ponto de partida, a igualdade de oportunidades, pois a liberdade, o direito de perseguir seu próprio destino, desenvolver-se autonomamente, somente alcança sentido através de uma igualdade de oportunidades.³³⁵ A igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, portanto, constitui pressuposto indispensável ao desenvolvimento da liberdade do cidadão.

Dworkin, ao abordar o direito de liberdade, refere-se ao dever do Estado de não apenas tratar os cidadãos com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. O Estado não deve distribuir bens e oportunidades, de maneira desigual. Fala o autor de uma concepção liberal da igualdade, mas não no sentido de uma liberdade como licença e sim uma concepção de igualdade.³³⁶

³³³ Artigo 74 – (Ensino) 1. Todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar.

³³⁴ Segundo Jorge Miranda, “a liberdade de educação surge, ao mesmo tempo, como direito autônomo e como exigência ou decorrência de outros direitos e princípios. (...) Embora sem se esgotar na escola, avulta hoje principalmente sob a veste de liberdade de ensino, devido ao peso muito grande da educação escolar na vida moderna. A sua garantia implica, por isso, formas organizatórias cada vez mais complexas. Sob esta perspectiva de liberdade em função da escola, a liberdade de educação ou liberdade de ensino decompõe-se em três aspectos fundamentais: 1) em direito de escolha da escola; 2) em direito de criação de escolas distintas das do Estado, sem prejuízo do direito à existência de escolas públicas; 3) em liberdade de professores e alunos na escola. (...). O direito de escolha da escola compreende: a) o direito de acesso a qualquer escola, verificados os requisitos gerais prescritos na lei, sem impedimentos, nem discriminações (arts. 13 e 74/1 da CRP)”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 382.

³³⁵ Ver KANT, Emmanuel Kant. *Doutrina do Direito*. Tradução portuguesa por Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993; BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução portuguesa por Alfredo Fait. 4º ed. Brasília: Editora UNB, 1997; BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 86; ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1997, p. 91-93.

³³⁶ DWORCKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, p. 389.

A igualdade jurídica formal, a igualdade diante da lei (art. 5º *caput* da CF), é o tratamento formal igualitário assegurado a todos os cidadãos perante a lei. A igualdade formal está atrelada ao Estado de Direito Liberal e vem cedendo espaço à igualdade jurídica material, que procura, mediante a constatação de desigualdades fáticas, utilizar a lei como instrumento de concretização da igualdade.³³⁷ A constatação e assimilação, pelo constituinte, das desigualdades (art. 3º inciso III da CF) é a negação do primado clássico da igualdade perante a lei. Trata-se, agora, de uma igualdade através da lei, uma igualdade que é buscada pela lei por meio da regulação diferenciada das situações desiguais. A premissa de que haveria uma igualdade jurídica abstrata é substituída pelo inverso desta afirmação e pela confirmação de que as desigualdades devem encontrar, na Constituição e nas leis, instrumentos de libertação e não de opressão.³³⁸

Segundo Norberto Bobbio, o art. 3º da Constituição Italiana (os homens são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais ou sociais) não vincula diretamente os direitos sociais, “já que certas condições pessoais ou sociais são relevantes precisamente na atribuição desses direitos. Com relação ao trabalho, são relevantes as diferenças de idade e de sexo; com relação à instrução, são relevantes diferenças entre crianças normais e crianças que não são normais; com relação à saúde, são relevantes diferenças entre adultos e velhos.”³³⁹ Daí também a existência, em vez de direitos dos homens, em um sentido genérico, a existência dos direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, dos doentes, dos dementes, etc...

³³⁷ Sobre igualdade formal e igualdade material, ver: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 330 e seg.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 205;

³³⁸ É indispensável a leitura do texto de CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria Constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática Constitucional emancipatória). *Uma vida dedicada ao direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.

Canotilho escreve que o princípio da igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também do Estado social. “Independentemente do problema da distinção entre <<igualdade fática>> e <<igualdade jurídica>> e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (exemplo: políticas e teoria da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico Constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida. Garantir a <<liberdade real>> ou <<liberdade igual>> (*Gleich Freiheit*) é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição” (exemplo: CRP o art. 74 – ensino).³⁴⁰

Esta igualdade assume dois aspectos: (i) conexas-se “com uma política de <<justiça social>> e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais”; (ii) é inerente à “própria idéia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no art. 13/2 que, deste modo, funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico-Constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)”.³⁴¹

Canotilho, em *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, escreve que a “igualdade perante a lei e através da lei, controlável apenas no seu momento inequivocamente patológico – o arbítrio legislativo –, despreza a função social da igualdade. (...). Isto quer dizer que a *Chancengerechtigkeit* – a

³³⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 71-71.

³⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 567.

³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 567-568. Consta da Constituição Portuguesa, artigo 13 – (Princípio da Igualdade) 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social”.

igualdade como <<justiça de oportunidades>> – não é a mesma coisa que *Chancengleichheit* – igualdade de oportunidades. Esta pressupõe que se eliminem as desigualdades fáticas (...) para se assegurar a igualdade jurídica.”³⁴²

O direito de iguais condições para o acesso e permanência na escola é, em parte, a constatação do constituinte de que o Brasil é um país em que muitas crianças estão fora da escola, de que é necessário instruí-las, de que é necessário dar a oportunidade de estudo também àqueles que não a tiveram, na época adequada, enfim, tal direito é um instrumento de diminuição das desigualdades fáticas.

Para compreender adequadamente o princípio, importa diferenciar os ensinos público e privado. Tal depende-se das características de cada um, dos níveis de exigência e vinculação ao texto Constitucional. Quanto ao sistema público em específico, o princípio da universalidade do ensino fundamental, a progressiva universalidade do ensino médio, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, o atendimento às crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas, o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um, a gestão democrática, a gratuidade do ensino, enfim, todos os deveres do Estado para com a educação (material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde) são elementos que informam a interpretação do direito de iguais condições de acesso e permanência na escola. É indiscutível que a ausência de qualquer um dos deveres do Estado para com a educação pode vir a caracterizar um tratamento desigual, um tratamento que deve ser compreendido no seu devido alcance, pois em se tratando de cidadãos na linha de pobreza e abaixo dela, o não fornecimento das condições básicas (alimentação, por exemplo) pode propiciar o abandono escolar pela impossibilidade de permanecer na escola.

³⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 382.

Em termos gerais, o princípio da igualdade de condições de acesso e permanência na escola vincula as entidades públicas e privadas. Tal pode ser objeto de consideração, por exemplo, no caso de não aceitação de matrículas de alunos negros, de determinada crença religiosa, de determinada posição política, enfim, na hipótese de qualquer atitude discriminatória. A igualdade de acesso e permanência implica no estabelecimento de critérios gerais e não discriminatórios.

Pode-se trabalhar o seguinte exemplo. Imagine-se a hipótese de concessão de bolsas de estudo em escola particular que não apresentou os critérios de seleção de forma clara e, por esta razão, alguns alunos sofreram prejuízo. Em tese, é vislumbrada a afronta ao princípio de igualdade de condições de acesso e permanência na escola. Os alunos que foram prejudicados têm o direito de saber quais foram os critérios de julgamento, bem como, no caso de tratamento desigual, em hipótese em que deveriam ter recebido tratamento isonômico ou mesmo privilegiado, uma vez estarem em situação pior, o direito de anular a classificação ou adequá-la a quem de direito.

O direito de igualdade gera o direito subjetivo de exigir que, na hipótese de situações idênticas, ocorra o tratamento isonômico. Como o princípio também vincula as escolas privadas, nestas não pode ser admitido qualquer tipo de apadrinhamento ou distribuição de benefícios, de forma desigual. Mesmo se tais benefícios não provirem do Estado, mas da própria escola, esta não possui o direito de arbítrio.

Outro exemplo que pode ser aqui trabalhado refere-se à hipótese de um candidato, que ainda não concluiu o ensino médio, ser aprovado em concurso vestibular. Em que medida a negativa de matrícula, por ausência de documento indispensável (art. 44 inciso II, da LDB), atenta ou não contra o princípio da igualdade de acesso? Esta questão é freqüente, já que as Universidades não exigem no vestibular, o documento que comprova a conclusão do ensino médio. Mesmo sendo constatada a capacidade do aluno, aprovado no processo de

seleção, este não terá direito à matrícula pois a legislação infraconstitucional, que regulamenta o direito de acesso ao terceiro grau, é clara quanto à exigência de conclusão do ensino médio ou equivalente. Tratar o aluno de forma diversa é dar-lhe flagrante privilégio, o que fere o princípio da igualdade de acesso. Poderá ele garantir sua vaga até futura apresentação de certidão que comprove a conclusão do ensino médio? A resposta é também negativa, uma vez que a apresentação dos documentos está limitada a um prazo e a não apresentação deste dá, automaticamente, direito de matrícula ao outro candidato (com classificação imediatamente posterior à do candidato em questão).

4.3. Liberdade de apreender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber

O direito de liberdade é basilar nas culturas jurídica e social modernas. São unânimes os autores, neste final de milênio, ao mencionarem que a liberdade constitui um instrumento indispensável ao desenvolvimento da pessoa como ser humano ou, em outras palavras, ao desenvolvimento da pessoa em toda a sua extensão. Tratando a educação do desenvolvimento da personalidade, outra não pode ser a garantia da educação senão a liberdade para apreender, ensinar e divulgar a arte e o saber.

A garantia da liberdade, na CF, é encontrada, inicialmente, no art. 3º inciso I, segundo o qual constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. No art. 5º *caput*, é garantido o direito de liberdade aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

O direito de liberdade, ainda que amplamente protegido, é, por outro lado, constantemente restringido. Daí, por exemplo, em respeito às regras de trânsito, a existência de restrição à liberdade de circulação com veículos em determinadas áreas da cidade, a existência de rodízios, a exigência de

equipamentos de segurança como requisito para circulação, enfim, diversas e inúmeras restrições que são necessárias para a vida em comunidade.³⁴³

O art. 5º da CF, em vários incisos, dispõe sobre a liberdade de expressão.³⁴⁴ Comentando o art. 5º da Lei Fundamental Alemã³⁴⁵, Konrad Hesse escreve que “o alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direito de defesa como no de direito de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitucionais da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica.”³⁴⁶ A liberdade de opinião é constitutiva para a ordem democrática da Lei Fundamental.

Sobre a liberdade de arte e ciência, Hesse escreve que “ambas são reconhecidas como âmbitos de vida de legalidade própria e autonomia especial. A lei Fundamental proíbe qualquer tutela, guia ou prejuízo estatal da atividade artística e científica. (...). *Liberdade de ciência* é liberdade de investigação e ensino: investigação científica não deve, em seu método e em seus resultados, ser vinculada por objetivos transcendente-científicos ou *a priori* ideológicos.”³⁴⁷

³⁴³ Note-se que qualquer restrição ao direito de liberdade deve ser ponderada, ou seja, deve-se verificar meios pelos quais a restrição seja a mínima possível e seus efeitos atinjam o máximo pretendido. O rodízio de carros tendo por base o final da placa, de modo a diminuir o trânsito e a poluição, por certo seria uma medida perfeita se os poderes públicos oferecessem à população um transporte coletivo de boa qualidade, de modo a tornar menor a restrição de, naquele dia, estar proibido de sair com seu veículo.

³⁴⁴ Por exemplo, o inciso IV dispõe sobre a livre manifestação do pensamento; o inciso VI sobre a liberdade de consciência e de crença; o inciso IX sobre a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, o inciso XV sobre a liberdade de locomoção.

³⁴⁵ Consta da Lei Fundamental Alemã: Artigo 5 (Direito de livre expressão do pensamento) (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por meio da palavra, por escrito e pela imagem, bem como de se informar, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação pelo rádio e pelo filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

³⁴⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 302.

³⁴⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 311.

O ensino científico está atrelado à concepção de que não se trata apenas da transmissão do conhecimento técnico, mas também da instrução para o pensar científico, o elaborar de juízos científicos e da formação para clareza crítica e autonomia espiritual.

Os limites do parágrafo segundo, do art. 5º, da Lei Fundamental Alemã, não se aplicam à liberdade da arte e da ciência, porque não só a expressão artística, mas também o conhecimento científico e sua comunicação em sua orientação na investigação da verdade e no sentido espiritual das escolas superiores, não podem ser equiparados com a formação, muitas vezes acrítica, e a manifestação de uma opinião. As liberdades do art. 5º, parágrafo terceiro, da Lei Fundamental, são somente, pela Lei Fundamental, limitadas. “O art. 5º, alínea 3, frase 2, da Lei Fundamental, não pede ciência não-verdadeira: ela não vincula o professor acadêmico a nenhuma outra obrigação que aquela para o caráter científico, para a comprovação metódica e objetiva de seus conceitos e declarações, dado o caso, para a manifestação dos pressupostos ideológicos e sociais dos quais eles derivam. Ela dirige-se contra a exposição unilateral, o parecer politizante, não demonstrado conceitual e sistematicamente que, sem razões contrárias, não é controlável para os estudantes.”³⁴⁸

A liberdade na escola ou liberdade acadêmica, conforme escreve Jorge Miranda, significa: (i) a liberdade dos professores de ensino, de acordo com a procura da verdade, o seu saber, a sua orientação científica e pedagógica; (ii) o direito do aluno à compreensão crítica dos conteúdos do ensino.³⁴⁹ A liberdade de ensino, na Constituição Portuguesa, é disciplinada no art. 43 e compreende a

³⁴⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 312-313. Segundo Hesse, “a discutida cláusula de fidelidade (fidelidade à Constituição), do artigo 5º, alínea 3, frase 2, da Lei Fundamental, não normaliza barreira adicional. Como obrigação do professor acadêmico, de renunciar à comunicação científica de resultados obtidos cientificamente, mas para a vida Constitucional ‘perigosos’, ela iria conduzir a uma vinculação da ciência, que iria abolir a liberdade de ciência na frase 1 – exatamente também com vistas às vinculações políticas da ciência na época do regime nacional socialista – , novamente reconhecida, e o encargo do professor acadêmico para o ensino científico.”

³⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 384.

liberdade de aprender e ensinar; a proibição ao Estado de atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas; a vedação do ensino público confessional; e a garantia de criação de escolas particulares e cooperativas.

Por tratar-se de um princípio geral de educação, a liberdade aqui analisada não está somente vinculada à liberdade científica e à liberdade de investigação, em geral, desenvolvidas nas Universidades, nos centros superiores. Trata-se também da liberdade do professor de escola primária, do professor das primeiras letras.³⁵⁰ E, neste sentido, importa distinguir as situações para também admitir a ponderação do direito de liberdade quando ocorrer violação ou colisão com outro direito fundamental.

O professor Konrad Hesse faz referência aos limites do parágrafo segundo do art. 5º da Lei Fundamental Alemã como não extensivos à liberdade de ciência e arte. Uma vez que o ensino faz parte da ciência e o princípio atinge todos os níveis da educação, ainda que o professor tenha restringido sua análise apenas à liberdade entendida como aquela desenvolvida nas Universidades, nas pesquisas científicas, em alguns aspectos, podem, os limites referidos, atingir a liberdade de ciência.

Levante-se a hipótese de professora do ensino fundamental que utiliza um método de alfabetização não apropriado para as crianças. Está ela utilizando-se da liberdade de ensinar, ou seja, liberdade de transmitir o conhecimento que, na hipótese, reveste-se de um método de alfabetização. Por certo, ela terá seu direito de liberdade limitado pelas disposições acerca da proteção da criança.

Outro exemplo pode ser abordado levando-se em conta a realização de experimentos científicos capazes de criar alterações genéticas e, desta forma, ser

³⁵⁰ Este também é o entendimento de José Afonso da Silva: “A fórmula empregada agora é mais compreensiva porque se dirige a qualquer exercente da função de magistério, a professores de qualquer grau, dando-se liberdade de ensinar, e mais ainda porque também abrange a outra face da transmissão do conhecimento, o outro lado da liberdade de ensinar, ou seja, a liberdade de aprender, assim como a liberdade de pesquisar (modo de aquisição do conhecimento).” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 248.

possível a formação de pessoas superdotadas. Não que a liberdade seja tolhida, nesta hipótese, mas, com certeza, tendo presente os valores que a Lei Fundamental Alemã e a Constituição Brasileira garantem, o uso dos resultados da pesquisa, bem como a condução de todo esse processo, devem estar balizados pela Constituição.

A liberdade de divulgar o conhecimento científico fundamentado, em razão do puro conhecimento intelectual, parece não sofrer, em princípio, qualquer limitação, uma vez que está balizado pela própria fundamentação acadêmica científica, que exige a comprovação. A liberdade alheia ao conhecimento científico que, muitas vezes, ainda que na academia esteja desvinculada de uma fundamentação científica ou revele um pensamento acrítico típico do senso comum, poderá ser limitada nos termos gerais em que é passível de limitação o direito de liberdade. É importante observar que o Professor não pode fazer uso da liberdade científica para fazer referências infundadas e, deste modo, ignorar a restrição, aplicada a todos.

4.3.1. Pluralismo de Idéias e de Concepções Pedagógicas

A pluralidade de idéias e de concepções pedagógicas está compreendida na liberdade de ensinar e divulgar o pensamento. O tratamento a parte, dado pela Constituição, não possui o objetivo de tratá-la de outra forma, mas de realçar seu comprometimento com o pluralismo, tão duramente combatido na recente História nacional.

Com este princípio, está afastada a existência de um plano pedagógico nacional exaustivo, vinculativo de todas as escolas em sua integralidade. Quanto ao ensino fundamental, a própria Constituição, no art. 210, disciplina a existência de conteúdos mínimos, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. A LDB dispõe também que os currículos do ensino fundamental e médio devem

ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela (art. 26). Da mesma forma, as Universidades, ainda que com autonomia para fixar os currículos dos seus cursos e programas, necessitam observar as diretrizes gerais pertinentes (art. 53 II da LDB).

A educação segue um padrão mínimo nacional como forma de dar uma certa unidade ao ensino nacional, mas, necessariamente, deve adequar-se às características pedagógicas desenvolvidas, democraticamente, nos estabelecimentos de ensino, nos termos que garante o art. 12 da LDB.³⁵¹ Desta forma, cada escola desenvolve seu plano pedagógico e é livre para escolher a melhor maneira de desenvolver seu projeto, tendo em conta, principalmente, a realidade local e as peculiaridades da região de modo a transformar a educação em algo que tenha sentido para o aluno, em algo que consiga fazê-lo compreender os ensinamentos e, principalmente, que estes lhe sejam úteis.³⁵²

A idéia de pluralismo está no art. 1º inciso V da CF, que define o pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro. Antônio Carlos Wolkmer, defendendo o pluralismo jurídico como fundamento de uma nova cultura no direito, escreve sobre a necessidade “de se repensar a racionalidade não mais como projeto de totalidade acabada e uniforme, mas como uma constelação que vai se refazendo e que engloba a proliferação de espaços políticos, caracterizados pela coexistência das diferenças, bem como a

³⁵¹ “Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: I – elaborar e executar sua proposta pedagógica.”

³⁵² Neste sentido, o art. 28 da LDB, ao dispor: “Na oferta de educação básica para a população rural, os sistema de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região especialmente: I – conteúdos curriculares e metodologias apropriadas às reais necessidades e interesses dos alunos da zona rural; II – organização escolar própria, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas; III- adequação à natureza do trabalho na zona rural.”

diversidade de sistemas jurídicos circunscrita à multiplicidade de fontes normativas informais e difusas”.³⁵³

O pluralismo é uma necessidade hoje. As experiências históricas, vinculadas às tentativas de uniformização e hegemonias racial, filosófica, ideológica, religiosa, etc., demonstraram a sua insuficiência. Pode-se, hoje, falar, até mesmo, de um dever de tolerância, compreendido, nas palavras de Floriano Azevedo Marques, como “um núcleo da racionalidade individualista, a partir da qual podemos granjear uma racionalidade coletiva suficientemente edificada para evitar a volta a um Estado de Natureza hobbesiano, ou retornar à barbarie”. Segundo o autor, “a tolerância é imensamente necessária na atuação de minorias e movimentos sociais que, muita vez no afã de defender seus direitos, professam uma insuportável intolerância”.³⁵⁴

Portanto, a Constituição brasileira, reconhecendo as diferenças regionais e sociais (art. 3º), procurou instituir um Estado Social Democrático de Direito comprometido com o respeito à pluralidade. Pode-se afirmar que é a escola um dos ambientes mais propícios para a educação plural, que respeita o direito do outro, a educação da tolerância.³⁵⁵ Como imaginar uma sociedade plural quando a escola não é plural, ou seja, quando a escola é fechada em suas propostas pedagógicas?

A pluralidade de idéias também está presente quando a Constituição garante, no § 1º e 2º do art. 210, respectivamente, o ensino religioso e a utilização, nas comunidades indígenas, de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. O ensino da História do Brasil também é garantido por uma visão pluralista, pois o § 4º do art. 26 da LDB dispõe que deve-se levar

³⁵³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa ômega, 1994, p. 155.

³⁵⁴ MARQUES, Floriano Azevedo. O choque de direitos e do dever de tolerância: os direitos fundamentais no limiar do século XXI. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 9, out/dez. 1994, p. 35-41.

³⁵⁵ A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe, no art. 3, inciso IV, que o ensino será ministrado com base no respeito à liberdade e apreço à tolerância.

em conta “as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e européia.”

Ainda na perspectiva plural, a Constituição garante a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. Aí está outro aspecto que assume relevo quando o assunto é educação. Ainda que privada, a educação tem essencial caráter público, podendo-se imaginar as escolas privadas como espaços públicos não estatais.³⁵⁶

Tanto o art. 210 § 1º da CF como o art. 33 da LDB dispõem que o ensino religioso é de matrícula facultativa. Ainda que a redação faça referência ao fato de que a “rede pública de ensino constitui disciplina dos horários normais”, a redação do dispositivo, excluída a frase que faz referência à escola pública, é vinculativa também das escolas privadas. Assim, uma escola privada mantida por determinada ordem religiosa não poderá obrigar os alunos a assistir a disciplina de ensino religioso sob pena de reprovação por falta.

4.4. Valorização dos profissionais do ensino

A Constituição garante, no art. 206, inciso V, a valorização dos profissionais do ensino, assegurando, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso, exclusivamente, por concurso público de provas e títulos.

Valorizar significa prestigiar, incentivar, motivar os profissionais do ensino para que desempenhem da melhor maneira possível, suas atividades docentes. A Constituição procurou dar ao professor o *status* que lhe é de direito,

³⁵⁶ É certo que não se pode ser ingênuo a ponto de admitir que todas as escolas privadas assumem um caráter de espaço público não estatal, no que se refere à garantia dos direitos e à pluralidade de idéias. A realidade demonstra que as escolas possuem determinadas linhas de atividades que, em geral, quando não são respeitadas pelo professor, por este entendê-las de forma diversa, acabam implicando o seu desligamento. No entanto, tais práticas não diminuem, pelo contrário, fortalecem a necessidade de vinculação das entidades privadas ao princípio Constitucional.

enquanto pessoa respeitada e valorizada na comunidade por exercer tão importante papel na formação dos cidadãos.

A LDB, no art. 67, concretizou o princípio Constitucional, disciplinando que os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: (i) ingresso, exclusivamente, por concurso público de provas e títulos; (ii) aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim; (iii) piso salarial profissional; (iv) progressão funcional baseada na titulação ou habilitação e na avaliação do desempenho; (v) período reservado a estudos, planejamento e avaliação incluído na carga de trabalho; (vi) condições adequadas de trabalho, sendo a experiência docente pré-requisito para o exercício profissional de quaisquer outras funções de magistérios nos termos das normas de cada sistema de ensino.

Sendo um princípio geral da educação, bem como por expressa disposição do art. 67 da LDB, o princípio da valorização dos profissionais da educação deve também ser aplicado às instituições privadas. Observe-se que o referido artigo da LDB dispõe que “os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público...”. Uma vez que os sistemas de ensino compreendem também as instituições privadas e a clara natureza complementar, referida quando, inclusive nos termos dos estatutos e planos de carreira do magistério, não há a menor dúvida de que as instituições privadas devem observar os incisos do art. 67 da LDB.

Quanto ao ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, deve-se apreender que estão vedadas as contratações diretas, sem ampla divulgação ao público da abertura de vagas e dos requisitos mínimos para seu preenchimento. É um direito do profissional da educação, habilitado para

exercer o magistério, de ter igualdade de oportunidades no preenchimento das vagas, tanto nas instituições públicas como nas privadas.³⁵⁷

O aperfeiçoamento profissional continuado, com licenciamento periódico remunerado para esse fim, também deve estar entre as atribuições dos estabelecimentos de ensino e constitui direito do profissional do magistério, respeitada a igualdade de oportunidade de todos os profissionais do estabelecimento.

O piso salarial profissional e um plano de cargos e salários são indispensáveis à valorização do profissional do ensino. O profissional da educação, tratado seriamente em sua atividade, não pode ter no ensino uma atividade secundária, uma atividade desenvolvida paralelamente a outras de maior prioridade. Para evitar essas situações, é necessária a garantia de estabilidade financeira e essa garantia se dá através de um piso salarial profissional e de um plano de cargos e salários na instituição. Observe-se que o inciso IV do art. 67, que disciplina a progressão funcional, pressupõe um plano de cargos e salários e vincula a progressão funcional à titulação ou à habilitação, e à avaliação de desempenho.

A atividade do magistério não se resume ao período de permanência em sala de aula. Desta forma, o tempo gasto na preparação de aulas, nas leituras e nos cursos de atualização devem estar compreendidos na carga de trabalho, nos termos do inciso V do art. 67 da LDB.

Condições adequadas de trabalho compreendem não só as instalações físicas do estabelecimento de ensino, mas também e, principalmente, os instrumentos colocados à disposição do professor para desempenhar um bom trabalho. Os instrumentos são as bibliotecas, os laboratórios, enfim, os diversos

³⁵⁷ O artigo 85 da LDB disciplina que qualquer cidadão habilitado com a titulação própria poderá exigir a abertura de concurso público de provas e títulos para cargo de docente de instituição pública de ensino que estiver sendo ocupado por professor não concursado, por mais de seis anos, ressalvados os direitos assegurados pelos arts. 41 da Constituição Federal e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

meios de que necessitam os diversos níveis da educação. Por fim, a experiência docente é, ainda, condição para o exercício profissional de quaisquer outras funções de magistério.

4.5. Garantia de qualidade

A qualidade, em princípio, é um valor intrínseco a qualquer atividade, pois a realização de algo pressupõe a sua realização bem feita. Ainda que tendo presente esta premissa, a garantia de qualidade do ensino apresenta-se como um mecanismo de obrigação jurídica, ou seja, é possível exigir-se qualidade do estabelecimento de ensino por ser uma obrigação jurídica do estabelecimento escolar prestá-la.

O art. 9, incisos V, VI, VII e IX, da LDB dispõe incumbir à União coletar, analisar e disseminar informações sobre a educação; assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar nos ensinos fundamental, médio e superior; assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior; e autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. Do mesmo modo, o art. 10, inciso IV, dispõe ser da competência dos Estados autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. O art. 11, inciso IV, dispõe ser da competência dos Municípios autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Portanto, compete ao Estado fiscalizar a qualidade do ensino, pois tanto é dever da escola prestar o ensino com qualidade, como do Estado fiscalizar a prestação do ensino. Aqui talvez esteja aquilo que nos meios acadêmicos superiores é chamado de “pacto de mediocridade”, ou seja, o professor finge que

ensina e os alunos fingem que aprendem. É buscando afastar essa situação, que depõe contra a formação intelectual do alunado, que a garantia de qualidade deve ser efetivada.

O art. 46 da LDB dispõe que a autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação. O parágrafo primeiro do referido artigo dispõe que, após um prazo para saneamento de deficiências, eventualmente identificadas pela avaliação, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, na desativação de cursos e habilitações, na intervenção da instituição, na suspensão temporária de prerrogativas da autonomia ou no descredenciamento.

A qualidade de ensino é garantida através dos processos de avaliação comandados pelo poder de fiscalização do Estado. A obrigação jurídica do estabelecimento escolar de prestar o serviço de ensino com qualidade, portanto, é passível de ser exigida da fiscalização do Estado, que pode utilizar os instrumentos jurídicos adequados, de modo a compelir o estabelecimento para que este melhore seus índices. Quanto à forma de avaliação, tema bastante debatido e, por vezes, sem consenso entre os estudiosos e envolvidos no assunto, é algo para ser discutido e aprimorado, visando o método mais completo possível. Não se pode negar, no entanto, que a avaliação cria uma saudável competição entre as instituições e a busca do melhor desempenho faz com que mudanças importantes ocorram na instituição, o que beneficia, diretamente, os alunos.

A obrigação de prestar o ensino com qualidade pode gerar o direito do aluno de exigi-la? A resposta a este questionamento deve levar em conta a distinção entre ensino público e privado. Quanto ao primeiro, deve-se observar a gestão democrática, garantia do ensino público e que propicia que a gestão do ensino e, portanto, a sua qualidade, tenha a participação não só dos dirigentes do estabelecimento, mas também dos pais, professores e alunos. Neste sentido, no

ensino público, o aluno, no espaço democrático da gestão do ensino, através dos mecanismos procedimentais existentes, pode fazer a sua reivindicação e exigir qualidade no ensino. No ensino privado, não há a menor dúvida de que o aluno pode exigir o mesmo, já que está pagando pelo ensino. Inicialmente, o aluno pode requerer, através da associação dos alunos, que esta postule junto à instituição. Não obtendo êxito, a reclamação pode, em determinadas situações, ser comunicada ao órgão de fiscalização do Estado, para que este promova a intervenção necessária, apurando eventuais irregularidades.

É necessário destacar que o princípio da qualidade do ensino é passível de ser exigido das instituições, constitui uma obrigação jurídica do estabelecimento e, portanto, não pode ser encarado apenas como uma finalidade do ensino, uma meta a ser atingida. Nesta hipótese, a existência de bibliotecas deficitárias, laboratórios sem os equipamentos adequados, enfim, a ausência de condições exigidas para a manutenção da qualidade do aprendizado pode servir como fundamento para alegar a violação do princípio da qualidade de ensino.

No contrato de prestação de serviços firmado entre o aluno e a instituição, o princípio da qualidade de ensino, ainda que não figurante de qualquer cláusula, está implícito na avença. A natureza pública do ensino privado garante que toda a legislação sobre a educação seja aplicada na relação contratual.

São elementos auxiliares, na compreensão do princípio da qualidade de ensino, toda a legislação infraconstitucional que regulamenta o tema, as decisões do Conselho Nacional de Educação, bem como a razoabilidade da fundamentação tendente à identificação do padrão de qualidade exigido. A razoabilidade deve ser entendida, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, como a obediência “a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.”³⁵⁸ A

³⁵⁸ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Constitucional*. 10^o ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 54.

interpretação do princípio da qualidade de ensino deve levar em consideração critérios racionais, ou seja, critérios que são exigidos pela fiscalização do Estado como o mínimo à obtenção de padrões aceitáveis de qualidade.

5. O ENSINO PRIVADO

O ensino privado, como já foi abordado, é uma tradição na cultura nacional e possui a função de colaborador com o Estado. Ainda que o ensino seja um dever do Estado, as entidades privadas podem também prestá-lo mediante a autorização e a avaliação do Poder Público e o atendimento das normas gerais de educação.

No direito português, Jorge Miranda compreende o direito de criação de escolas distintas das do Estado como um aspecto do direito de liberdade de ensino.³⁵⁹ “O direito de criação de escolas distintas das escolas do Estado, de escolas particulares e cooperativas, significa, especificamente o direito de dar corpo a qualquer projeto educativo, ainda que a sua concretização requeira um grau maior ou menor de iniciativa econômica e da correspondente liberdade.”³⁶⁰

O autor português acerta por não confundir ensino privado com ensino livre. Note-se que a redação do art. 209 da CF utiliza a expressão “livre”. “Tão livre tem de ser o ensino nas escolas públicas como o ensino nas escolas não públicas. Mas a liberdade de criação de escolas não estaduais (naturalmente, em latitude variável do ensino primário ao universitário) salvaguarda também a própria liberdade dentro das escolas estaduais: até para que nestas escolas haja liberdade frente ao poder político, importa que em escolas não estaduais possa haver opções de fundo, programas, métodos, livros diferentes dos das escolas do Estado ou que os complementem.”³⁶¹

³⁵⁹ A CRP disciplina, no art. 43, a liberdade de aprender e ensinar: 1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar; 2. O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas; 3. O ensino público não será confessional; 4. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.

³⁶⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, p. 383.

³⁶¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, p. 383.

A prestação de educação é uma atividade típica do Estado, mas tal não inviabiliza a participação das entidades privadas na prestação de ensino, ainda mais quando o Estado não dispõe de recursos suficientes para atender toda a demanda. Ainda que tais recursos existissem, é necessário concordar com Jorge Miranda que, em última análise, observa que a liberdade de educação implica também a liberdade das entidades privadas de também ofertarem o serviço.

5.1. Natureza Jurídica das instituições privadas

A LDB, no art. 19, disciplina que as instituições de ensino dos diferentes níveis distribuem-se nas seguintes categorias: (i) públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público; (ii) privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

As instituições privadas de ensino, portanto, devem ser compreendidas como mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. O conceito “pessoa física”, utilizado pela lei, deve ser compreendido como o de “pessoa natural” do código civil. Trata-se do homem (art. 2º do Código Civil) como titular de direitos e obrigações na órbita civil que, nesta qualidade, pode exercer o direito de manter e de administrar instituições privadas de ensino.

A pessoa física referida não faz distinção entre brasileiro nato e naturalizado, uma vez que a Constituição Federal (art. 12 § 2º) disciplina as hipóteses privativas de brasileiros natos. Tal distinção também não alcança o estrangeiro regularmente residente no país. O art. 5º *caput* da CF garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O inciso XIII, do mesmo artigo, dispõe ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou

profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. A LDB não faz nenhuma exigência, quanto à naturalidade da pessoa física, para que esta mantenha e administre estabelecimentos de ensino privado. Atendidas, desta forma, as determinações do Poder Público, não há fundamento jurídico para inviabilizar a pretensão de estrangeiros de manter e administrar instituição privada de ensino.

Poder-se-ia aventar a hipótese de que o ensino, como instrumento de cidadania, deve ter como postulado os valores nacionais, os valores do país, não se podendo imaginar a formação de brasileiros em território nacional, sob a perspectiva de outra nacionalidade, de outros valores culturais e históricos. Por certo, essas questões têm procedência, mas tais estão no âmbito de atuação da fiscalização do poder público, referem-se ao conteúdo ministrado, aos valores transmitidos aos alunos. Em última análise, o controle está vinculado ao poder de fiscalização do Estado no tocante ao currículo. Esse controle não está diretamente relacionado ao fato de a instituição ser mantida e administrada por pessoa física estrangeira, pois pode ocorrer que a escola, ainda que vinculada a um estrangeiro, tenha um desempenho superior às demais escolas, demonstrando, sob todos os aspectos, convergência com o ensino nacional de um modo geral.

As pessoas jurídicas de direito privado, por sua vez, na disciplina do Código Civil, nos termos do art. 16, constituem sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, associações de utilidade pública e fundações, como também sociedade comerciais. Note-se que, na prestação de serviço de ensino, esteve sempre afastada a idéia de que tal atividade pudesse ser uma atividade mercantil. Tendo por base a teoria da empresa, que incluiu o elemento subjetivo na auferição da natureza jurídica das entidades, Fábio Ulhoa Coelho escreve que é certa a existência de uma zona cinzenta entre as atividades tipicamente de direito civil e aquelas regidas pelo direito comercial, sendo tal zona representada pela prestação de serviços, atividade econômica de

crescente significação para a sociedade. No entanto, segundo o autor, “sabe-se, com toda a certeza, que determinadas outras pessoas estão fora, definitivamente, do regime jurídico-comercial, como os profissionais liberais, as instituições de ensino, os negociantes de imóveis, etc.”³⁶²

Ainda que o entendimento que afasta o regime jurídico comercial da natureza jurídica dos estabelecimentos de ensino privado pareça ser o que melhor se adapta ao conjunto de elementos que compõe o cenário constitucional da educação, o fundamento constitucional da participação das entidades privadas na prestação de ensino, enfim, a verdadeira e indiscutível natureza pública do ensino e o seu caráter complexo, que ultrapassa os limites do mercado e das atividades mercantis voltadas ao lucro, aos fins, à atividade produtiva a legislação atual (nova LDB), ao prever a existência de instituições particulares de ensino em sentido estrito, possibilitou a abertura do setor de serviços de ensino à atividade comercial³⁶³. Por outro lado, ao disciplinar como empresas comerciais muitas entidades que estavam forjadamente inseridas em um regime jurídico que ocultava a sua atividade tipicamente comercial, a nova LDB veio dar maior transparência ao setor de serviços de ensino particular.³⁶⁴ Observa-se, no entanto, que independente da natureza jurídica das instituições privadas (civis ou comerciais), as exigências são as mesmas para todo o setor privado de ensino.

³⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

³⁶³ A atividade comercial é recepcionada pelo inciso I do art. 20 da LDB. No entanto, não está excluída a hipótese da formação de uma associação ou sociedade civil com base neste inciso. Tal entendimento irá implicar a possibilidade de imunidade tributária das entidades assentadas neste dispositivo, uma vez atendidas as exigências das leis tributárias.

³⁶⁴ A Lei 9.870/99 alterou o art. 7º da Lei 9.131/95, disciplinando que as entidades privadas de ensino poderão assumir qualquer das formas admitidas em direito, de natureza civil ou comercial. Quando as entidades mantenedoras são sem fins lucrativos, a referida lei disciplina como minúcias a forma de escrituração, o tempo de conservação, bem como a fiscalização do Poder Público dos documentos contábeis e fiscais da entidade.

A LDB definiu quatro categorias de instituições privadas de ensino, classificação que acaba por atualizar o Código Civil no que diz respeito às instituições de ensino.

5.2. Tipos de instituições privadas

Nos termos da LDB, as instituições privadas de ensino podem ser particulares em sentido estrito, comunitárias, confessionais e filantrópicas.

Na análise do tema, vale trazer os ensinamentos de Silvio Rodrigues quanto à classificação das pessoas jurídicas. Segundo o jurista de São Paulo, as pessoas jurídicas podem ser classificadas tendo em vista sua *estrutura* ou a *órbita de sua atuação*. Sob o primeiro aspecto, poder-se-ia agrupar: (i) “as que têm como elemento subjacente o homem, isto é, as que se compõem pela reunião de pessoas, tais como as associações e as sociedades – *universitas personarum*; (ii) as que se constituem em torno de um patrimônio destinado a um fim, isto é, as fundações – *universitas bonorum*.”³⁶⁵

Quanto à *órbita de sua atuação*, as pessoas jurídicas podem ser classificadas como: (i) de direito público externo ou interno, (ii) de direito privado. “As pessoas jurídicas de direito privado vêm enumeradas no art. 16 do Código Civil. (...). Podemos distinguir, ainda, dentre as pessoas jurídicas de direito privado de um lado as associações, isto é, os agrupamentos de indivíduos sem finalidade lucrativa, como os clubes esportivos, os centros culturais, as entidades pias etc., e, de outro, as sociedades, isto é, os agrupamentos individuais com escopo de lucro.”³⁶⁶

A redação da LDB quanto às entidades particulares em sentido estrito é por exclusão, uma vez que estas devem ser compreendidas como as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito

³⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 70.

³⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, p. 70-71.

privado que não apresentem as características de entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas. Observe-se que esta categoria de instituição privada de ensino está excluída da destinação de recursos públicos, disposta no art. 213 *caput* da CF.

Neste momento, surge um questionamento: o § 2º do art. 213 da CF está vinculado ao *caput* quanto ao fato de as atividades universitárias de pesquisa e extensão a que se refere somente poder receber apoio financeiro do poder público se tais forem entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas? A redação do *caput*, salvo melhor juízo, tende a vincular somente o § 1º, pois este faz referência direta aos recursos que trata o artigo. Já o § 2º parece tratar de assunto diverso, relacionado à pesquisa e à extensão, que assumem relevância por si só, pois estão além do ensino e merecem a devida atenção do Poder Público. Neste sentido, uma entidade privada (em sentido estrito) de ensino superior, com uma proposta de pesquisa ou extensão, pode vir a pleitear apoio financeiro do poder público, apoio este que estará vinculado não às atividades que, em geral, são desenvolvidas no estabelecimento, mas, diretamente, ao projeto apresentado, à proposta de pesquisa ou extensão apresentados. Não se está, na hipótese, avaliando a instituição como um todo ou a sua natureza jurídica, mas a qualidade do projeto de pesquisa ou extensão apresentado.

As instituições comunitárias são aquelas instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos que incluam, em sua entidade mantenedora, representantes da comunidade. As instituições confessionais, por sua vez, são as instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto quanto às instituições comunitárias. Observe-se que as instituições confessionais são, em verdade, instituições comunitárias que atendem a orientação confessional e ideologia específicas. É necessário, portanto, em entidades confessionais, a

inclusão, em sua entidade mantenedora, de representantes da comunidade. Por fim, as entidades filantrópicas são voltadas a ações humanitárias e de caridade.

Nos termos do art. 213 da CF, os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que (i) comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; (ii) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional ou ao Poder público, no caso de encerramento de suas atividades.³⁶⁷

No que diz respeito aos impostos, a CF, no art. 150, inciso VI, alínea “c”, disciplina que, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda e serviços das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei. O Código Tributário Nacional, no art. 14, ao regulamentar o disposto na alínea “c” do inciso IV do art. 9º, disciplina a observância dos seguintes requisitos: (i) não distribuição de qualquer parcela do patrimônio ou das rendas, a título de lucro ou participação no resultado; (ii) aplicação integral, no país, dos recursos, na manutenção dos objetivos institucionais; (iii) manutenção da escrituração das receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar a sua exatidão.

Portanto, contrário ao disposto no art. 213 *caput* da CF a destinação de recursos públicos às escolas privadas para fins de imunidade tributária independe da classificação da entidade privada nos termos da LDB, uma vez que os requisitos para concessão da imunidade estão condicionados à análise probatória e não a condicionantes *a priori*, tendo em vista a natureza jurídica em específico da instituição.

5.3. Atendimento das normas gerais da educação nacional

Na leitura de Celso Antônio Bandeira de Melo, os serviços públicos podem ser compreendidos como privativos do Estado, que podem ser autorizados, concedidos ou permitidos e como não privativos do Estado. “Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado pode desempenhar, imprimindo-lhes regime de direito público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem. Seria o caso de serviços de educação e saúde, por exemplo. Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão. Submetem-se, apenas, a uma fiscalização do Poder Público, que a efetua no exercício normal de sua Polícia Administrativa.”³⁶⁸

A posição do Professor Celso Antônio é de ser analisada com cautela se presente a perspectiva do conteúdo do serviço prestado. 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 outros.

³⁶⁷ É razoável admitir que as entidades que recebem incentivos do Estado devam garantir bolsas de estudo para alunos carentes, bem como justificar à comunidade os valores das mensalidades, como forma de retribuição ao financiamento público.

³⁶⁸ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 315. O autor observa em nota de rodapé na mesma página, que “a Carta Constitucional expressamente indica ser dever do Estado a prestação de serviços de ensino, saúde e previdência, o que não significa, entretanto, haja proscrito destas esferas, a iniciativa privada. Por outro lado, a circunstância de deixar tal campo aberto aos particulares não autoriza a ilação de que, por tal motivo, estarão descaracterizados da categoria serviço público, quando prestados pelo Estado sob regime peculiar, uma vez que seu desempenho se constitui em um *dever* para o Poder Público.”

Desta forma, os estabelecimentos privados estão vinculados aos princípios gerais de 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 as transferências independente de vaga. O dispositivo é aplicável, também, às instituições privadas, que não podem recusar aluno, servidor público, ou dependente de servidor público que preencha todos os requisitos da lei e esteja pleiteando o direito.

Da mesma forma, a idéia de espaço público não estatal reflete na postura assumida pelo Estado no que diz respeito ao pagamento de mensalidades em escolas particulares. O auto financiamento do ensino privado tem, na cobrança de mensalidades, a quase totalidade dos recursos necessários para manter o estabelecimento funcionando. No entanto, tal condição inerente à atividade privada de ensino não autoriza o estabelecimento a tomar, contra os alunos ou responsáveis, atitudes que venham colocar em causa a atividade de ensino prestada. Neste sentido, nos termos da lei 9.870/99, são proibidas a estipulação, em cláusula contratual de prestação de serviço de ensino, a vigência por período inferior a um ano do valor das mensalidades, a revisão ou reajustamento do valor das parcelas da anuidade ou semestralidade, a suspensão de provas escolares e retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas que possam vir a constranger o aluno e a prejudicá-lo em seus estudos.

5.4. Autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público

O Estado necessita avaliar as condições da proposta para criação de um estabelecimento privado de ensino para, a partir da análise dos critérios estabelecidos pelas normas administrativas que tratam do credenciamento dos cursos, poder autorizá-lo a iniciar suas atividades. A autorização para

funcionamento necessita de avaliações posteriores para o reconhecimento do curso e ainda está sujeita a avaliações periódicas visando a manutenção da qualidade. Outro não pode ser o entendimento, se o objetivo é, além de ter ampliação do acesso, qualidade na prestação do serviço.

O alargamento da rede privada de ensino, em especial da rede privada de ensino superior, torna imprescindível a atuação fiscalizadora do Poder Público, sob pena da formação de inúmeros profissionais desqualificados e sem as mínimas condições de adentrar ao mercado de trabalho ou mesmo de prestar seus serviços adequadamente.

A participação dos estabelecimentos privados na prestação de ensino é, de modo geral, bastante significativa. Quanto ao ensino superior no País, por exemplo, com base nos dados de 1996, do total de 136 Universidades, 72 são públicas e 64, privadas. Das 143 Federações e Faculdades Integradas, 11 são públicas e 132, privadas, o que equivale a 92,3 % por cento. Do mesmo modo, quanto aos estabelecimentos isolados, do total de 643, 128 são públicos e 515, privados, o que equivale a 80% por cento.³⁶⁹

Quanto ao ensino fundamental (1ª à 8ª série), também é significativa a participação dos estabelecimentos privados. Os dados de 1997 demonstram que, de 34.313 estabelecimentos no país, 18 são Federais, 15.470 são Estaduais, 10.553 são Municipais e 8.272 são particulares, ou seja, 24,1% dos estabelecimentos pertencem à rede privada de ensino.³⁷⁰

Os números do ensino médio (dados de 1997) demonstram que, de 16.633 estabelecimentos no país, 152 são Federais, 9.563 são Estaduais, 1.306 são Municipais e 5.612 são particulares, o que equivale a 33,7% por cento.³⁷¹

³⁶⁹ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Evolução do ensino superior: 1980 – 1996*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 15.

³⁷⁰ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Sinopse estatística da educação básica: censo escolar 97*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 67.

³⁷¹ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Sinopse estatística da educação básica: censo escolar 97*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 71.

Os números de 1997 sobre a educação infantil demonstram que, de um total de 80.961 estabelecimentos em todo o país, 35 são Federais, 10.703 são Estaduais, 51.323 são Municipais e 18.900 são particulares, ou seja, a participação de estabelecimentos privados chega a 23,3%.³⁷²

Quanto ao número de alunos no ensino superior, nos dados de 1996, de um total de 1.868.529 alunos, 1.209.400 estão nas Universidades, 245.029 nas Federações e Faculdades integradas e 414.100 nos estabelecimentos isolados.³⁷³

Nas Universidades, do total de 1.209.400 alunos, 373.880 estão nas Universidades Federais, 204.819 nas Universidades Estaduais, 47.432 nas Universidades Municipais, e 583.269 (48,2% por cento) nas Universidades Particulares. Quanto às Federações e Faculdades Integradas, a participação privada é quase hegemônica, pois, de um total de 245.029 alunos, apenas 1.592 estão nas instituições estaduais e 7.089, nas instituições municipais e 236.348 alunos (96,4% por cento), nas instituições privadas. Nos estabelecimentos isolados, do total de 414.100 alunos, 15.107 estão nos estabelecimentos Federais, 36.690, nos estabelecimentos Estaduais, 48.818, nos estabelecimentos Municipais e 313.485 (75,7% por cento), nos estabelecimentos privados.³⁷⁴

Os dados de 1996 quanto à distribuição dos alunos no ensino superior, segundo a dependência administrativa, indicam que, do total de 1.868.529, 388.987 alunos (20,8%) estão nos estabelecimentos Federais, 243.101 (13,0%) estão nos estabelecimentos Estaduais, 103.339 (5,5%) estão nos estabelecimentos Municipais e 1.133.102 (60,6%) estão nos estabelecimentos particulares.³⁷⁵

³⁷² Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Sinopse estatística da educação básica: censo escolar 97*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 64.

³⁷³ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Evolução do ensino superior: 1980 – 1996*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 19.

³⁷⁴ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Evolução do ensino superior: 1980 – 1996*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 19.

³⁷⁵ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Evolução do ensino superior: 1980 – 1996*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 23.

O número de alunos do ensino fundamental que freqüentam a rede privada é menos expressivo, mas não deixa de ser importante. De um total de 20.568.128 matrículas realizadas em março de 1997, no ensino fundamental de 1ª à 4ª série, em todo o país, 11.395 foram realizadas nos estabelecimentos Federais, 8.797.949, nos estabelecimentos Estaduais, 9.796.845, nos estabelecimentos Municipais e 1.961.939 (9,5% por cento), nos estabelecimentos particulares.³⁷⁶

De um total de 13.661.260 matrículas realizadas em março de 1997, no ensino fundamental de 5ª à 8ª série, em todo o país, 19.174 foram realizadas nos estabelecimentos Federais, 9.300.595, nos estabelecimentos Estaduais, 2.639.683, nos estabelecimentos Municipais e 1.701.808 (12,4 % por cento), nos estabelecimentos particulares.³⁷⁷

De um total de 6.405.057 matrículas realizadas em março de 1997, no ensino médio, em todo o país, 131.278 foram realizadas nos estabelecimentos Federais, 4.644.671, nos estabelecimentos Estaduais, 362.043, nos estabelecimentos Municipais e 1.267.065 (19,7% por cento), nos estabelecimentos particulares.

Quanto à educação infantil, de um total de 4.292.208 matrículas realizadas em março de 1997, em pré-escola, em todo o país, 2.025 foram realizadas nos estabelecimentos Federais, 606.858, nos estabelecimentos Estaduais, 2.695.893, nos estabelecimentos Municipais e 987.432 (23% por cento), nos estabelecimentos particulares. De um total de 348.012 matrículas realizadas em março de 1997, em creche, em todo o país, 387 foram realizadas nos estabelecimentos Federais, 16.349, nos estabelecimentos Estaduais, 216.664,

³⁷⁶ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Sinopse estatística da educação básica: censo escolar 97*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 20.

³⁷⁷ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Sinopse estatística da educação básica: censo escolar 97*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 21.

nos estabelecimentos Municipais e 114.612 (32,9% por cento), nos estabelecimentos particulares.³⁷⁸

Esses dados demonstram a importância do ensino privado em termos de números de estabelecimentos e da quantidade de alunos envolvidos. A política de abertura do ensino à iniciativa privada deve vir acompanhada do necessário zelo pela qualidade das instituições e do ensino a ser ofertado.

³⁷⁸ Segundo dados do: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. *Sinopse estatística da educação básica: censo escolar 97*. Brasília: O Instituto, 1998, p. 15-16.

6. O ENSINO PÚBLICO

O ensino público é tratado de forma especial pela Constituição, devendo tal característica estar sempre presente na interpretação das normas jurídicas de educação.

O dever do Estado com a educação é definido pelas atribuições constitucionais constantes do art. 208, pois toda e qualquer análise do sistema público de ensino, além dos princípios gerais que vinculam também as entidades privadas, deve, necessariamente, observar a disciplina do referido artigo. A concretização do dever do Estado com a educação, portanto, é guiada pelo texto Constitucional.

Neste tópico, é importante ressaltar a natureza jurídica das instituições públicas, a gratuidade do ensino, a gestão democrática, as educações infantil e especial, a obrigatoriedade do ensino fundamental, a progressiva universalidade do ensino médio, bem como a isonomia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, pesquisa e da criação artística.

6.1. Natureza Jurídica das Instituições Públicas

O art. 19 da LDB disciplina que as instituições públicas de ensino são aquelas criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público.

A criação de uma instituição ou a incorporação de uma já existente, tanto privada como pública de outra esfera de governo, exige a observação, inicialmente, do art. 37 inciso XIX da CF, que disciplina que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei

complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Na hipótese, trata-se de instituição com personalidade jurídica própria, pertencente à administração indireta do Estado.

Situação diversa é verificada na criação de estabelecimentos de ensino vinculados às secretarias de educação, em geral, dos Estados e dos Municípios. Na hipótese, os estabelecimentos não são pessoas jurídicas de direito público, como são as autarquias e as fundações, mas apenas órgãos das secretarias de educação.³⁷⁹ A criação e a incorporação dos estabelecimentos, salvo disposição em contrário, se dão através de ato do chefe do poder executivo, nos termos do art. 84 inciso VI da CF, que disciplina competir privativamente ao Presidente da República, dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei.

Quando mantidos pelo poder público, os custos de manutenção dos estabelecimentos são cobertos com dinheiro público. O Estado, mediante a arrecadação dos impostos, mantém os estabelecimentos de ensino através do pagamento dos professores, da compra de material para utilização na escola, enfim, através do pagamento de todas as despesas necessárias.

A administração pelo Poder público implica a compreensão de que o Estado, através de um corpo de funcionários, irá propiciar o desenvolvimento das atividades do estabelecimento, atividades essas vinculadas tanto às finalidades, como na hipótese das funções desenvolvidas pelos professores, como às atividades meio, administrativas em sentido estrito, compreendidas como aquelas de secretaria e demais atribuições necessárias ao

³⁷⁹ Segundo Hely Lopes Meirelles, “órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente *funções, cargos e agentes*, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isto explica porque a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares não acarreta a extinção do órgão.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 58-59.

desenvolvimento adequado do estabelecimento de ensino. Ressalve-se, todavia, a hipótese de terceirização de algumas atividades meio como, por exemplo, limpeza e vigilância.

Uma instituição de ensino, portanto, para ser concebida como de natureza pública, necessita conjugar os três elementos acima referidos. Sendo de natureza pública, ainda que a LDB faça menção a sistemas de ensino e nestes sistemas estejam presentes as instituições públicas e privadas, é necessário ter presente a clara distinção entre as duas esferas de vinculação jurídica. Tal diferenciação revela-se imprescindível uma vez que o sistema de ingresso no terceiro grau é diferenciado, pois, nos estabelecimentos oficiais, o ensino é gratuito e está sujeito ao princípio do art. 208, inciso V, da CF.

6.2. Gratuidade do Ensino

A Constituição de Portugal disciplina o estabelecimento progressivo da gratuidade em todos os graus de ensino (art. 74, n° 3, alínea “e”)³⁸⁰. Acerca dos diversos grau de ensino, Jorge Miranda escreve que o ensino básico universal e obrigatório “pode e deve ser gratuito, pelo menos nas escolas públicas: porque beneficia toda a comunidade, esta deve suportar integralmente o seu custo. De diverso modo, o ensino superior, visto que não é universal, tem uma gratuidade a ser conseguida progressivamente e moldável em razão das condições econômicas e sociais: ele deve ser gratuito, quando as condições dos alunos o reclamem, porque senão frustrar-se-ia o acesso dos que tivessem capacidade; não tem de ser gratuito, quando as condições dos alunos o dispensem.”³⁸¹

³⁸⁰ Artigo 74 – (Ensino) 3. Na realização da política de ensino incumbe ao Estado: e) estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino.

³⁸¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 395. Ainda segundo o autor, “a freqüência do ensino superior implica, ao mesmo tempo, o exercício de um direito

O Constitucionalista português discorre sobre o conceito de gratuidade, entendendo-o em três níveis: (i) a gratuidade como ausência de pagamento do custo imediato do ensino, das despesas de pessoal e de funcionamento das escolas, inclusive inscrições e matrículas; (ii) a ausência de pagamento de despesas adicionais de ensino, mediante taxas como, por exemplo, taxas de utilização de bibliotecas, de centros de documentação, de material informático, inclusive certidões e certificados; (iii) a gratuidade de livros e outros materiais escolares indispensáveis, de transportes, de refeições, de prática desportiva, assistência médica nas escolas, de residências (para os que vêm de fora), enfim, de tudo quanto seja requerido pela freqüência às aulas e pelo estudo. Tem-se, portanto, uma escala que parte de uma gratuidade parcial para uma gratuidade integral.³⁸²

A gratuidade “envolve não tanto não pagamento de propinas quanto atribuição de bolsas de estudo (pelo Estado e pela sociedade civil) e apoio social escolar; e, no limite, até salário escolar para compensação do salário profissional que deixam de granjear aqueles que não tenham outros meios de subsistência e que, se não foi previsto, não poderão continuar os seus estudos”. A gratuidade relevante não é uma gratuidade formal ou geométrica, mas uma que propicie a efetivação da igualdade de oportunidades de acesso e de êxito escolar.³⁸³

Por outro lado, a não gratuidade “não se identifica com pagamento da totalidade dos custos e das despesas pelos alunos. Mesmo considerando tão-somente a primeira dimensão ora enunciada – a das propinas – e tão somente o ensino superior, ela tem limites irrecusáveis. Porque há um benefício público ou comunitário do ensino superior, uma parte dos custos (maior ou menor) terá de

pessoal complexo (ou de um feixe de direitos pessoais) e um instrumento de elevação do nível educativo, cultural e científico do país (mais uma vez citados arts. 43 n° 1 e 76 n° 1). É um benefício para os próprios e um benefício para a coletividade. Logo, afigura-se justo, no plano dos valores constitucionais, que aqueles que podem pagar a sua *quota-parte* desse benefício ou contribuir para o pagamento de certo montante desta *quota-parte* o venha a fazer.” (p. 396)

³⁸² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 396.

³⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 397.

ser, forçosamente, suportada pela coletividade. O pagamento a cargos dos alunos (daqueles que *podem pagar e até onde podem pagar*, claro está) nem há de ser simbólico, nem superior à parcela (ou a uma parcela) do benefício que auferem, tudo sem quebra da regra da proporcionalidade”.³⁸⁴

No sistema Constitucional português, a democratização do ensino abrange as escolas particulares, de modo que o alargamento do estabelecimento progressivo da gratuidade também as atinge. Não sem dificuldades práticas, pode ser pensada a extensão da gratuidade às escolas particulares, pois há o problema da escassez dos meios financeiros mobilizáveis e da autonomia de gestão das entidades. “Frente a frente como em tantos outros casos os postulados da igualdade e da liberdade, haverá que os ajustar na medida do possível e do razoável”.³⁸⁵

De maneira geral, tendo como base o sistema Constitucional português, Jorge Miranda estabelece quatro pontos quanto à gratuidade do ensino nos estabelecimentos públicos, privados e cooperativos: (i) quanto ao ensino básico, se acaso não houver, em certa localidade, escola pública, o ensino particular e cooperativo deve ser integralmente gratuito com o alcance há pouco expresso; (ii) no ensino secundário (e em qualquer modalidade de ensino não superior), quando, em certa localidade, não há escolas públicas ou escolas públicas suficientes, o ensino particular e cooperativo deve ser gratuito, nos moldes da gratuidade do ensino público; (iii) no ensino superior, se no país não existirem escolas públicas suficientes para certo curso reconhecido, satisfazendo necessidades em quadros qualificados (art. 76, n° 1)³⁸⁶, o regime deverá ser tendencialmente semelhante ao das homólogas escolas públicas; (iv) o ensino especial para deficientes deve ser gratuito em todas as escolas – públicas,

³⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 397.

³⁸⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 398.

³⁸⁶ Artigo 76 – (Universidade e acesso ao ensino superior) 1. O regime de acesso à Universidade e às demais instituições do ensino superior garante a igualdade de oportunidades e a democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país.

privadas e cooperativas – pois o Estado obriga-se, constitucionalmente, a apoiá-lo e a realizar uma política de reabilitação e integração dos deficientes.³⁸⁷

No direito Constitucional brasileiro, a gratuidade é tratada, no art. 206 inciso IV da CF, nos seguintes termos: gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. No direito pátrio, desta forma, não existe a progressividade da gratuidade, nem mesmo a extensão dela às instituições privadas, nos termos definidos em Portugal. A gratuidade do ensino oficial nos três níveis – fundamental, médio e superior –, como bem lembra José Afonso da Silva, “é velha tradição do sistema educacional brasileiro. Pode-se, agora, dizer que essa tradição não era nada mais nada menos do que uma projeção futura, porquanto veio a ajustar-se à evolução que tornara a educação um serviço público integrante dos fins do Estado Democrático. Por isso é que a Constituição, acolhendo a evolução, elevara a educação à categoria de direito de todos e, correlativamente, à categoria de dever do Estado.”³⁸⁸

Segundo José Afonso da Silva, “o princípio do art. 206, IV, significa que onde o ensino oficial, em qualquer nível, já é gratuito não poderá passar a ser pago. Onde é pago, se for fundamental, deverá passar imediatamente a ser oferecido gratuitamente, e se for médio, a entidade pública mantenedora deverá tomar providência no sentido de que, progressivamente, se transforme em gratuito”³⁸⁹. O entendimento do jurista paulista está vinculado à idéia de universalidade, garantida ao ensino fundamental (art. 206, I, da CF) e, de forma progressiva, ao ensino médio. Todavia, o entendimento não se revela o mais correto. A progressiva universalidade do ensino médio gratuito não implica admitir estabelecimentos públicos não gratuitos, deve-se ter em mente que o Estado deve ampliar o número de estabelecimentos públicos e, portanto, gratuitos. Todos os estabelecimentos de ensino público, sejam de grau fundamental, médio ou superior, são gratuitos. Se o Estado criar uma nova

³⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 398.

³⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 768.

universidade, por exemplo, ela deverá ser gratuita também. Todo investimento público, em estabelecimentos públicos de ensino, implica a gratuidade de sua oferta. A universalização, garantida ao ensino fundamental como direito subjetivo público, não implica afirmar que o Estado possa manter estabelecimentos públicos de ensino médio e superior não gratuitos, mas que o Estado promoverá a universalização do ensino médio, criando escolas públicas gratuitas para suprir a demanda e, no tocante ao ensino superior, garantirá a gratuidade nas instituições oficiais e fiscalizará o ingresso segundo a capacidade intelectual individual.

De modo geral, portanto, em se tratando de estabelecimento oficial de ensino, a gratuidade deve estar presente. A gratuidade, por sua vez, entendida em um sentido mais amplo, pode compreender a *abstenção* de pagamento de mensalidades e de quaisquer despesas, como também uma *prestação* por parte do Estado. No primeiro caso, está incluso o não pagamento de mensalidades e taxas, enfim, de quaisquer despesas pelo usufruto do direito ao ensino. Neste aspecto, a Constituição estende a gratuidade a todos os níveis de ensino ofertados pelo Estado, fundamental, médio ou superior. Situação diversa apresenta-se quando a gratuidade é entendida como prestação. Aqui, trata-se das condições que o Estado deve colocar à disposição dos alunos para que estes desempenhem com êxito as tarefas escolares. O art. 208 inciso VII da CF dispõe ser dever do Estado garantir o atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares, de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Desta forma, a Constituição garante o direito à prestação das condições acima referidas apenas aos alunos do ensino fundamental.

Tendo presente a cláusula da vedação do retrocesso social, por certo, o Estado deve cumprir as prestações acima, nos ensinos médio e superior, através de subsídios que possibilitem uma alimentação, a preços módicos, nas

³⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 768.

universidades públicas e nas escolas médias, bem como através do oferecimento de residências para os alunos que vêm de fora, já que tais garantias não podem deixar de ser prestadas, visto que já alcançaram um nível de concretização.

José Afonso da Silva, combatendo a idéia do ensino pago nas instituições públicas, faz referência ao entendimento generalizado de que as instituições de ensino superior são locais próprios dos alunos ricos, visto que estes estão mais preparados para prestarem as provas de ingresso. O autor combate essa afirmação dizendo que “compete ao Poder Público, desde a pré-escola, ou até antes, proporcionar, aos alunos carentes, *condições de igualização*, para que possam concorrer com os abastados em igualdade de situação” e, também, que não será o ensino pago que possibilitará a correção das injustiças impostas pela estrutura sócio-econômica da comunidade.³⁹⁰ À análise perfeita de José Afonso da Silva vale acrescentar dados estatísticos que demonstram o valor relativo da afirmação de que nas instituições públicas é que se concentram as classes altas. A título exemplificativo, no curso de direito, a porcentagem dos alunos que possuem renda mensal de até R\$ 1.300,00 é de 25,0% nas instituições públicas federais, 27,0% nas estaduais, 28,0% nas municipais e 26,0% nas particulares. A porcentagem de alunos que cursaram todo o ensino médio em escola pública é de 27,0% nas instituições públicas federais, 25,0% nas estaduais, 33,0% nas municipais e 31,0% nas particulares.³⁹¹ A porcentagem baixa de alunos menos abastados e provenientes da escola pública é verificada, de maneira geral, no ensino superior e, desta forma, pode-se constatar que não há uma concentração de alunos ricos em estabelecimentos públicos, pois os alunos ricos encontram-se nas instituições públicas ou privadas superiores. Concordando com José Afonso da Silva, a solução está na melhoria dos ensinos fundamental e médio públicos, como forma de dar maiores condições de igualdade de acesso ao ensino superior.

³⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 769.

Por certo que a gratuidade do ensino, nos estabelecimentos oficiais, implica um estudo do alcance desta afirmação. Neste sentido, algumas questões concretas apresentam-se e merecem ser analisadas. Em primeiro lugar está a gratuidade das certidões expedidas pelas instituições públicas. A CF, no art. 5º inciso XXXIV, alínea “b”, dispõe que a todos é assegurada, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. A Lei 9.051, de 18 de maio de 1995, que regulamenta o dispositivo, estabelece o prazo máximo, improrrogável, de quinze dias para serem expedidas as certidões, bem como disciplina que os interessados devem fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e às razões do pedido. Neste aspecto, portanto, a gratuidade se faz presente mais em razão do dispositivo do art. 5, XXXIV, alínea “b”, que garante a gratuidade, do que, propriamente, em razão da existência de um conceito mais elástico de gratuidade do ensino, referido por Jorge Miranda.³⁹²

Outro aspecto que merece uma análise detalhada diz respeito aos convênios firmados entre instituições públicas de ensino superior, através de suas fundações de apoio³⁹³ e instituições particulares, para oferta de cursos de especialização em que os alunos pagam mensalidades. Nestas hipóteses, a parte pedagógica do curso é de responsabilidade da instituição pública, muitas vezes o curso realiza-se nas dependências da própria instituição e os recursos são geridos pela fundação de apoio, que cobre os custos do curso, inclusive com o pagamento de bolsas aos professores. O Certificado do curso é expedido pela instituição pública, o que justifica a sua participação, tendo em vista sua credibilidade perante a sociedade.

³⁹¹ Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Exame Nacional de Cursos; relatório-síntese 1998. Brasília: O Instituto, 1998, p. 91.

³⁹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 396.

³⁹³ As relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, estão regulamentadas na Lei 8.958/94.

Aqui, por certo, trata-se de um verdadeiro absurdo em termos de gratuidade do ensino público. Primeiro, porque a hipótese nem mesmo contempla a progressividade da gratuidade, nos termos definidos pela Constituição Portuguesa; segundo, porque a participação da instituição pública não se dá como forma de diminuir as desigualdades de acesso, mas em razão de sua credibilidade, pois somente terão acesso ao curso aqueles que puderem desembolsar os valores das mensalidades; terceiro, porque estão sendo flagrantemente violados tanto o dispositivo do art. 206, inciso IV da CF, que trata da gratuidade do ensino nos estabelecimentos oficiais, como o art. 208, inciso V da CF, que dispõe que o dever do Estado para com a educação deve se dar mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; quarto, porque o critério financeiro passa, indevidamente, a também fazer parte do ensino de pós-graduação público.

Os que defendem a cobrança levantam a distinção existente entre pós-graduação *estricto senso* (mestrado e doutorado) e pós-graduação *lato senso* (especialização, aperfeiçoamento, etc.), sustentando a possibilidade de cobrança de mensalidades dos alunos dos cursos de pós-graduação *lato senso*. Este argumento não é razoável, pois a LDB disciplina todos como espécies do gênero pós-graduação. Segundo o art. 44 da LDB, a educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: III – de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam as exigências das instituições de ensino.

Portanto, como os cursos de especialização não estão fora da abrangência do conceito de ensino e como a instituição responsável pela parte pedagógica e

expedição dos certificados é uma instituição pública, não se pode admitir que seja possível a cobrança de mensalidades.³⁹⁴

Tal argumentação é perfeitamente sustentável também nas hipóteses de “ensino à distância”, do qual trata o art. 80 da LDB. No momento em que o dispositivo disciplina que o Estado incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino à distância, os requisitos para o credenciamento da instituição e para a autorização do curso devem estar acompanhados, tratando-se de instituição pública de ensino, do respectivo custo de operacionalização do programa que, necessariamente, deve ser desembolsado pelo Estado.

A educação à distância é um instrumento que procura democratizar o acesso ao conhecimento a baixo custo. Portanto, imaginar que o curso³⁹⁵ dar-se-á através do pagamento de mensalidades, operacionalizado nos estritos termos dos cursos de especialização, acima referidos, mediante convênio com instituições privadas, através das fundações de apoio das instituições públicas, é desvirtuar as finalidades da idéia, que visa justamente o inverso, ou seja, democratizar e universalizar o saber. Neste aspecto, a situação revela-se mais grave, pois a não gratuidade refere-se a um curso de graduação.

É importante ainda dizer que, sendo a educação um dever do Estado e o ensino à distância um instrumento de acesso ao conhecimento, critério valorizado pelo política do Estado de ampliar o acesso ao saber, a educação à distância passa a ser, também, uma obrigação do Estado, que se dará através do incentivo às instituições privadas para que estas promovam o programa e, diretamente, através das instituições públicas, custeando todas as despesas necessárias.

³⁹⁴ É necessário lembrar os artigos 7, inciso III, e 55 da LDB. O primeiro dispõe que o ensino é livre à iniciativa privada, mediante a capacidade de autofinanciamento. Já o art. 55 dispõe que caberá à União assegurar, anualmente, em seu Orçamento Geral, recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior, por ela mantidas.

³⁹⁵ A hipótese é de curso de graduação à distância, nos termos do art. 80 da LDB e art. 2º do Decreto nº 2.494/98, que regulamentou o referido artigo da LDB.

Desta forma, tanto os custos dos cursos de especialização como da educação à distância devem estar previstos no orçamento das instituições públicas de ensino superior, pois são atribuições de ensino próprias das instituições e não passíveis de qualquer forma de pagamento por mensalidades. É necessário ressaltar que a vedação da fonte alternativa de custeio através de mensalidades pagas pelos alunos não implica em inconstitucionalidade quando os custos são arcados por instituições não governamentais, empresas, enfim, por qualquer instituição privada. Nesta situação, perfeitamente possível, em que a gratuidade está garantida, é necessário observar apenas os critérios de ingresso, que devem ser pautados pela isonomia.

6.3. Gestão Democrática

O processo de democratização das sociedades modernas, segundo Norberto Bobbio, não está na passagem da democracia representativa para a democracia direta, mas na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social. Tal processo “consiste na extensão do poder ascendente que, até agora, havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas, minúsculas, em geral politicamente irrelevantes associações voluntárias), para o campo da sociedade civil nas suas várias articulações, da escola à fábrica.”³⁹⁶

Segundo o jusfilósofo italiano, o que acontece hoje não é a afirmação de um novo tipo de democracia, mas “a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático.”³⁹⁷ Essa constatação implica analisar o nível de democracia, que pode ser auferido, de um lado, através da democratização do Estado (ocorrida

³⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 3º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 54-55.

com a instituição dos parlamentos) e, de outro, com a democratização da sociedade (escola, fábrica, família, etc.). Observando o nível de desenvolvimento democrático das sociedades modernas, Bobbio coloca a seguinte questão: até que ponto é possível a sobrevivência de um Estado democrático em uma sociedade (escola, fábrica, família, etc.) não democrática?³⁹⁸

A reflexão de Bobbio é perfeita para o estudo da gestão democrática do ensino público. A garantia do art. 206, inciso VI, da CF³⁹⁹, nada mais revela que uma perfeita harmonia do dispositivo com os demais artigos da Constituição, inclusive com a essência cidadã da Carta Constitucional brasileira. A democratização pretendida pela Constituição não se resume ao parlamento, é extensiva aos mais variados campos, pois a resposta ao questionamento levantado por Bobbio é negativa, uma vez que a democracia é, necessariamente, um exercício que deve ser cultivado pelos cidadãos no seu dia a dia. Viver em uma sociedade democrática é participar dela democraticamente, é o cidadão, em seu ambiente de vida, poder dar a sua contribuição, participando, dando idéias, para melhor solucionar os problemas.

Com este espírito, a LDB, no art. 3, dispõe acerca da gestão democrática do ensino público, na forma desta lei e da legislação dos sistemas de ensino.⁴⁰⁰ Ainda à gestão democrática, a LDB faz referência, no art. 14, que trata da educação básica e, no art. 56, que aborda a educação superior.

Quanto ao art. 14, a LDB disciplina que os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público, na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios: I – participação

³⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*, p. 55.

³⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*, p. 55-56.

³⁹⁹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei.

⁴⁰⁰ Importa esclarecer que a LDB disciplina, no art. 15 e seguintes, três sistemas de ensino: (i) o sistema federal; (ii) os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal; (iii) os sistemas

dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola; II – participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Jorge Miranda, comentando o art. 77 da CRP⁴⁰¹, escreve que as duas sedes de participação contempladas pelo referido artigo (das escolas e da política de ensino), correspondem a um nível diverso de participação. “Nas escolas, a participação é assegurada aos professores e alunos, e aos professores e alunos, antes de mais, individualmente considerados. Na política de ensino, participam as associações de professores, de alunos e de pais (e não já os professores, os alunos e os pais); as comunidades – não só as comunidades locais mas também outras relevantes para a vida escolar, como as culturais e as religiosas; e as instituições de caráter científico.”⁴⁰²

A interpretação a ser dada ao art. 206, inciso VI, da CF, por certo, deve ser a mais ampla possível, uma vez que esta deve compreender tanto a gestão democrática da escola, quanto a política de ensino, das quais trata o art. 77 da CRP. A participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares exige a competência para discutir tudo aquilo que possa dizer respeito ao ensino a ser ministrado naquele estabelecimento público. Sendo de competência dos conselhos da escola a deliberação sobre o assunto, a participação democrática deve estar assegurada. A participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola revela a preocupação com o conhecimento técnico da matéria.

No que diz respeito ao ensino superior, a LDB, no art. 56, dispõe que as instituições públicas de educação superior obedecerão ao princípio da gestão

de ensino municipais. Nestes sistemas, dependendo do nível do ensino (fundamental, médio ou superior), estão também incluídos os estabelecimentos da rede privada.

⁴⁰¹ Artigo 77 – (Participação democrática no ensino) 1. Os professores e alunos têm o direito de participar na gestão democrática das escolas, nos termos da lei. 2. A lei regula as formas de participação das associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de caráter científico na definição da política de ensino.

⁴⁰² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 389.

democrática, ficando assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos, dos quais participarão os segmentos das comunidades institucional, local e regional. O parágrafo único, no entanto, ressalta que, em qualquer caso, os docentes ocuparão setenta por cento dos assentos em cada órgão colegiado e comissão, inclusive nos que tratarem da elaboração e modificações estatutárias e regimentais e da escolha de dirigentes.

A Universidade é o lugar da prática democrática, pois nela é que os princípios, a sociedade e o futuro são pensados. Espera-se que a Universidade esteja sempre além de seu tempo pois, em um ambiente em que o nível intelectual é bem superior à média da comunidade, o razoável é ter sempre a Universidade como um modelo a ser seguido. Neste sentido, é relevante a responsabilidade da Universidade para com a democracia e o Estado de Direito.

6.4. Educação infantil

O art. 208, inciso IV, da CF define como dever do Estado a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. Trata-se da educação infantil que, nos termos do art. 29 da LDB, sendo a primeira etapa da educação básica, 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.

A educação infantil, nos termos do art. 30 da LDB, deve ser oferecida em: (i) creches ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; (ii) pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade. A LDB, no art. 4, inciso IV, faz referência à sua oferta gratuita. Tal referência apenas reforça a cláusula geral que garante a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais (art. 206, inciso IV da CF).

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 trabalhando.

Aqui, talvez seja possível fazer referência a Bobbio, que afirma que as “exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos.”⁴⁰³ Em uma sociedade em que a mulher estava restrita aos afazeres domésticos, cuidar dos filhos e educá-los era sua tarefa primordial. Hoje, estando a mulher no mercado de trabalho, surge um novo “carecimento”, uma nova exigência a ser feita ao Estado, de que este ofereça estabelecimentos adequados para albergar os filhos das mães que estão trabalhando.

O direito à educação infantil não está restrito às mães que trabalham. No entanto, é razoável admitir que, no caso de crianças de até três anos de idade (portanto, atendimento em creches), deva ser dada prioridade às mães que trabalham, pois, nesse período da vida da criança, ficar com a mãe talvez seja também importante.

6.5. Educação especial

Segundo dispõe o art. 208, inciso III, da CF, é dever do Estado prestar atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente, na rede regular de ensino.

A LDB repete o dispositivo Constitucional em seu art. 4, inciso III, acrescentando, apenas, que esse atendimento será gratuito. Como já foi

observado na análise da educação infantil, tal referência apenas reforça a cláusula geral, que garante a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais (art. 206, inciso IV da CF).

O Capítulo V do Título V da LDB trata da educação especial. Segundo o art. 58, entende-se por educação especial, a modalidade de educação escolar oferecida, preferencialmente, na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais. A redação do dispositivo é composta de novos conceitos, que no dizer de Rosita Edler Carvalho, implica em compreender que “de ‘excepcionais’ os alunos da Educação Especial passaram a ser denominados ‘portadores de deficiência’, ‘alunos com deficiência’, com ‘necessidades especiais’ ou ‘alunos com necessidades educacionais especiais’, no que se refere à educação escolar”⁴⁰⁴. Segundo a autora, “cada novo termo proposto objetivou a modificação da percepção social sobre essas pessoas. Tais termos pretenderam contribuir para a melhoria da qualidade de suas vidas. Certamente, o aprimoramento da linguagem é muito importante para evitar ambigüidades na interpretação do que se fala ou do que se escreve. Considerar a pessoa como anterior e mais significativa do que a sua deficiência é considerá-la, em relação às demais pessoas, com igualdade de valor.”⁴⁰⁵

Os dados indicam que 10% da população brasileira (15 milhões de pessoas) apresentam algum tipo de deficiência.⁴⁰⁶ “Notadamente, a partir do início deste século, graças ao desenvolvimento científico e ético da humanidade, estudos vêm mostrando que as diferenças individuais, quer sob o ponto de vista de desenvolvimento cognitivo, quer sob o ponto de vista físico ou sensorial, não constituem uma fatalidade irremovível, nem desabilitam as pessoas para a

⁴⁰³ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*, p. 7.

⁴⁰⁴ CARVALHO, Rosita Edler. *Removendo Barreiras para a aprendizagem. Salto para o Futuro: Educação Especial: tendências atuais*. Brasília: Ministério da Educação, SEED, 1999, p. 59.

⁴⁰⁵ CARVALHO, Rosita Edler. *Removendo Barreiras para a aprendizagem*, p. 59-60.

⁴⁰⁶ Secretaria de Educação à Distância. *Salto para o Futuro: Educação Especial: tendências atuais*. Brasília: Ministério da Educação, SEED, 1999, p. 13.

plenitude de suas realizações pessoais e sociais. Cada indivíduo, com personalidade própria e padrões específicos de desempenho, é dotado de um potencial que, convenientemente orientado, pode admitir, quase sempre, a sua auto-realização.”⁴⁰⁷ Tendo presente o significativo número de pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, bem como a possibilidade de remoção de tais deficiências, a questão requer, essencialmente, uma política para a inclusão.

A inclusão implica a aceitação do efetivo direito de todos à educação. Democratizar a educação “significa propiciar a todos o acesso e a permanência na escola. Dessa forma, nosso sistema educacional precisa saber não só lidar com as desigualdades sociais, como também com as diferenças. Precisamos, saber, então, associar o acesso à permanência com qualidade e equidade”⁴⁰⁸.

A LDB, neste sentido, garante, no art. 59: (i) currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos para atender às suas necessidades; (ii) a terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental em virtude de suas deficiências e a aceleração, para concluir em menor tempo o programa escolar, para os superdotados⁴⁰⁹; (iii) professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; (iv) educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade e condições adequadas para os que não revelarem capacidades de inserção no trabalho competitivo, mediante

⁴⁰⁷ Secretaria de Educação à Distância. Salto para o Futuro: Educação Especial: tendências atuais. Brasília: Ministério da Educação, SEED, 1999, p. 13.

⁴⁰⁸ GOFFREDO, Vera Lúcia Flôr Sénéchal de. Educação: Direito de Todos os Brasileiros. *Salto para o Futuro: Educação Especial: tendências atuais*. Brasília: Ministério da Educação, SEED, 1999, p. 29.

⁴⁰⁹ Neste sentido, também o § 2 do art. 47 da LDB disciplina que os alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino.

articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior na área artística, intelectual ou psicomotora; (v) acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

É garantido no art. 60 da LDB apoio técnico e financeiro do Poder público às instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial. A oferta de educação especial compreende a faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil (art. 58, § 3º da LDB).

6.6. Ensino Fundamental obrigatório

A garantia do ensino fundamental obrigatório é o mínimo em termos de educação. Neste estágio, tão importante quanto 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. O art. 208, inciso I, da CF, dispõe que o dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive, mediante a oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.⁴¹⁰

A Constituição, neste artigo, mais uma vez reconhece a realidade brasileira, uma vez tratar daqueles que não tiveram acesso à escola na idade própria. O Brasil é um país que tem um grande número de analfabetos. Os dados de janeiro – julho de 1999 demonstram que a taxa de analfabetismo, por região, entre jovens de 15 a 19 anos, chega a 25,6% na região Nordeste, 14,9% na região Norte, 6,5% na região Centro-Oeste, 4,6% na região Sudeste e 3,7% na

⁴¹⁰ Neste sentido, o art. 208, inciso VI, da CF, dispõe sobre o dever do Estado de ofertar o ensino noturno regular adequado às condições do educando. Da mesma forma, a educação de jovens e adultos, da qual tratam os arts. 37 e 38 da LDB.

região Sul.⁴¹¹ A constatação, pelo constituinte, da necessidade de se inserir, no texto Constitucional, as dificuldades do país e a necessidade de superá-las, reservou à Constituição a tarefa de ser um instrumento de mudanças da sociedade brasileira.

O ensino fundamental, segundo o art. 32 da LDB, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, tem por objetivo a formação básica do cidadão mediante: (i) o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; (ii) a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores sobre os quais 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 sobre os quais se assenta a vida social.

O § 1º do art. 208 da CF dispõe que o acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo. O art. 5º da LDB dispõe que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e ainda, o Ministério Público podem acionar o Poder público para exigir o cumprimento do dever Constitucional de prestar o ensino fundamental obrigatório. Trata-se de verdadeira legitimidade processual para a promoção de ações judiciais, visando o cumprimento do dever Constitucional.

O § 2º do art. 208 da CF dispõe que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.⁴¹² O § 2º do art. 5º da LDB disciplina que qualquer

⁴¹¹ Alfabetização Solidária: avaliação final: primeiro semestre de 1999. Brasília: Programa Alfabetização Solidária, 1999, p. 12.

⁴¹² A negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, segundo o § 4º do art. 5º da LDB, pode ser motivo para imputação de crime de responsabilidade.

das partes mencionadas no *caput* do artigo 5º (acima referidas) têm legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da CF, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente. O dispositivo Constitucional e a LDB procuram disciplinar os instrumentos de controle da ação estatal, através do mais amplo acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. A elevação do nível de educação da população brasileira implica uma ação conjunta da sociedade civil e do Estado, de maneira que é imprescindível a participação das pessoas, dos conselhos de pais e professores, enfim, da sociedade civil organizada, na fiscalização da gestão da educação pública.

O § 3º do art. 208 da CF dispõe que compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. O § 1º do art. 5º da LDB disciplina que os Estados e os Municípios, em regime de colaboração e com a assistência da União, irão recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental e os jovens e adultos que não tiveram acesso à escola, fazer a chamada pública e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Ainda sobre o ensino fundamental, a CF dispõe, no art. 210, que devem ser fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. O § 1º disciplina que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O § 2º dispõe que o ensino fundamental regular deve ser ministrado em língua portuguesa, assegurado, no entanto, às comunidades indígenas, a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. O inciso VII do art. 208 da CF disciplina que, no ensino fundamental, o Estado deve prestar atendimento ao educando através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O êxito escolar não é resultado apenas de uma política de melhoria do ensino. O índice de 25,1% de evasão escolar no Brasil aponta para a necessidade de se criar mecanismos que façam com que o aluno permaneça na escola. As causas da evasão, segundo dados de 1999, são, em primeiro lugar, mudança em busca de emprego, com 17,7%, depois, trabalho, com 16,9%, problema de visão, com 15,1%, problemas familiares, com 7,6%, desemprego, com 6,7%, doença, com 6,6%, distância, com 6,0%, mudança, com 5,6%, problemas escolares, com 4,2%, transporte, com 1,2% e outros, com 12,4%.⁴¹³ Somente uma ação conjunta do Estado e da sociedade, nos mais diversos aspectos que envolvem o problema social no país, pode reverter o alto índice de evasão escolar e, por consequência, apresentar melhores números educacionais.

A educação é uma questão que deve ser enfrentada em etapas pois, tão importante quanto a tecnologia de um país e a formação de bons quadros no terceiro grau, é a educação básica, que deve ser ofertada a todos. Neste sentido, escreve Jean Piaget que “o abismo que ainda separa a educação, tal como ela se apresenta na realidade, daquilo em que implica o direito à educação, (...) só poderá ser suprimido por etapas. Em primeiro lugar, trata-se de diferenciar o direito à educação de primeiro grau, reconhecido por todos os países – mas cuja aplicação ainda esbarra, em territórios imensos, com dificuldades intransponíveis – do direito ao ensino de segundo grau, que ninguém ainda reconhece. A seguir, tratar-se-á de estabelecer a diferença entre o direito de freqüentar uma escola organizada e o de ali encontrar tudo quanto pressuporia o ‘pleno desenvolvimento da personalidade humana.’”⁴¹⁴

A reflexão de Piaget apresenta dois aspectos: a prioridade do ensino fundamental, que deve ser efetivamente garantido, pelo Poder Público, a todos e a qualidade de sua oferta. Por certo que a Constituição do Brasil adota a idéia do pensador francês ao estabelecer um plano nacional de educação, visando a

⁴¹³ Alfabetização Solidária: avaliação final: primeiro semestre de 1999. Brasília: Programa Alfabetização Solidária, 1999, p. 16 e 18.

erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade do ensino, a formação para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214 da CF).⁴¹⁵

A LDB, na trilha do texto Constitucional, dispõe, no art. 87, a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da sua publicação. O arrojo do projeto de educação nacional é visto no § 3º do mesmo artigo, que dispõe que cada Município e, supletivamente, os Estados e a União, deverão: (i) matricular todos os educandos a partir dos sete anos de idade e, facultativamente, a partir dos seis anos, no ensino fundamental; (ii) promover cursos presenciais ou à distância aos jovens e adultos insuficientemente escolarizados; (iii) realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando, também, para isto, os recursos da educação à distância; (iv) integrar todos os estabelecimentos de ensino fundamental do seu território ao sistema nacional de avaliação do rendimento escolar. Os parágrafos 4º e 5º do mesmo artigo, prevêem ainda a capacitação dos professores, somente admitindo professores habilitados em nível superior ou formados por treinamento em serviço e a progressão das redes escolares públicas urbanas de ensino fundamental para o regime de escolas de tempo integral. Trata-se, por certo, de uma grande investida para a democratização e o amplo acesso ao ensino fundamental.

O abandono da educação no Brasil provocou feridas que não cicatrizarão com uma simples medida legislativa. No entanto, em um primeiro passo, a Constituição reconhece o problema e compromete o Estado com os devidos investimentos na área, investimentos que, como acima observado, devem cobrir a questão social como um todo, pois o analfabetismo é resultado de um processo mais amplo de exclusão. Em um segundo momento, o problema é enfrentado

⁴¹⁴ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*, p. 43.

⁴¹⁵ Segundo o § 2º do art. 5º da LDB, em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará, em primeiro lugar, o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando, em seguida, os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

pela legislação que regulamenta a Constituição, e neste sentido, com bastante empenho na concretização do texto Constitucional. Por fim, e aqui talvez esteja o grande desafio, encontra-se a necessidade de mudança na prática, de modo que o resultado das ações torne-se evidente e os objetivos sejam alcançados. Neste estágio, são indispensáveis a participação e a fiscalização da população no destino da educação, seja denunciando os casos de corrupção, seja lutando pela implantação de novas escolas para suprir a demanda, ou lutando pela melhoria da qualidade do ensino. O resultado desse processo implica a participação ativa do cidadão e sua responsabilidade como construtor dessa nova realidade.

6.7. Progressiva universalização do ensino médio

O dever do Estado para com o Ensino Médio é estabelecido no art. 208, inciso II da CF mediante a garantia de progressiva universalização. Novamente a CF utiliza a expressão “gratuito”, que apenas reforça a cláusula geral do art. 206, inciso IV, que prevê a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

A LDB, no art. 4º, inciso II, dispõe que o Estado deve garantir, de forma progressiva, a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino médio. 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.

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 primeira.

Somente na hipótese de existir vagas suficientes no ensino fundamental, pode o poder público investir na universalidade do ensino médio. A gratuidade do ensino médio está garantida em todos os estabelecimentos oficiais e a progressividade, que dispõem a Constituição e a LDB, diz respeito ao maior número de vagas nos estabelecimentos públicos e, portanto, gratuitos. Não se trata, desta forma, da progressividade com base na capacidade econômica do educando, entendimento que poderia sustentar a cobrança de mensalidades em estabelecimentos públicos.

Segundo o relatório Meirieu para a reforma do ensino médio da França, “o Liceu é uma instituição da República que forma seus alunos para que se tornem cidadãos ativos e solidários”⁴¹⁶. Partindo dessa reflexão, é possível a obrigatoriedade do ensino médio, nos termos do art. 4, inciso II, da LDB? Qual é a função do ensino médio? Estaria o poder público autorizado a compelir os alunos a matricularem-se no ensino médio? A resposta a estas questões talvez implique a distinção entre universalização e obrigatoriedade. O ensino fundamental é universal e obrigatório. O ensino médio pode tornar-se universal sem ser obrigatório uma vez que a iniciativa de cursá-lo é de inteira autonomia do educando e, se este for menor, de seus responsáveis. A obrigatoriedade do ensino fundamental é dirigida tanto ao Poder Público, que tem o dever de ofertá-lo de forma universal, quanto ao aluno e ao seu responsável, que também têm o dever de efetuar a matrícula. O ensino médio, tendo a função de aprimorar as condições do cidadão para exercer a sua cidadania, deve respeitar um princípio fundamental da democracia, a liberdade de escolha. O ensino fundamental dá ao aluno condições de avaliação sobre seu futuro acadêmico, de maneira que a continuidade dos estudos é de sua inteira responsabilidade.

O art. 208, inciso VI, da CF dispõe acerca do dever do Estado de ofertar o ensino noturno regular, adequado às condições do educando. Por certo que, se o

ensino fundamental se propõe, também, à educação de pessoas que não tiveram acesso à escola na época própria, é inevitável a sua oferta no período noturno. Mas, no ensino médio, talvez haja um grande número de pessoas que necessitam da alternativa de estudar a noite, isso em razão de que o jovem, com quinze ou dezesseis anos, e mesmo aquele que está cursando o ensino médio fora de época, muitas vezes, precisa trabalhar e o ensino noturno apresenta-se como solução.

A educação de jovens e adultos, temas dos arts. 37 e 38 da LDB, exige uma especial atenção àqueles que não tiveram acesso e àqueles que interromperam os ensinos fundamental e médio. Nos termos do § 1º do art. 37, os sistemas de ensino devem assegurar, gratuitamente, aos jovens e aos adultos que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, considerando as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

Em termos gerais, portanto, o ensino médio é também uma atribuição do Estado, que tende à universalização. O investimento público em educação é mais fortemente direcionado ao ensino fundamental, como forma de possibilitar a todo cidadão acesso à escola, sendo o ensino posterior ao fundamental uma atividade de consolidação e aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, bem como uma atividade que visa preparar o educando para o trabalho e a cidadania, aprimorar a sua condição de pessoa humana e fazê-lo compreender os fundamentos científicos-tecnológicos dos processos produtivos.⁴¹⁷

Ainda sobre o ensino médio, vale registrar as seguintes palavras: “O liceu é uma instituição da República que ocupa uma posição vital no sistema escolar. Entre a escolaridade obrigatória – que obedece a uma lógica de unificação – e o ensino superior – que obedece a uma lógica de especialização –, o liceu participa

⁴¹⁶ MEIRIEU, Philippe. Relatório Meirieu: para a reforma do ensino médio da França. Tradução portuguesa por José Adelmo Guimarães. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1999, p. 13.

⁴¹⁷ Nos termos do art. 35 da LDB.

da formação intelectual e social dos jovens, na perspectiva de uma diversificação progressiva. Para isso, ele articula dois elementos constitutivos: de um lado, uma cultura comum à qual devem ter acesso todos os alunos (...), de outro lado, cursos de formação, cuja inteligibilidade e coerência devem ser reforçadas. (...). À saída do liceu, todo aluno terá possibilidade de prosseguir os estudos ou ter acesso a um emprego qualificado.”⁴¹⁸

6.8. Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um

Segundo o art. 208, inciso V, da CF, o dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Em que consiste esta disposição Constitucional?

O dispositivo refere-se à educação superior, na extensão dada pelo art. 44 da LDB. Uma vez que o art. 208 da CF disciplina o ensino fundamental e o ensino médio, por certo que a expressão “níveis mais elevados do ensino” corresponde à educação superior. Segundo o art. 44 da LDB, a educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: (i) cursos seqüenciais, por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, aberto a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino; (ii) de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo; (iii) de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino; (iv)

⁴¹⁸ MEIRIEU, Philippe. Relatório Meirieu: para a reforma do ensino médio da França, p. 13-14.

de extensão, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos, em cada caso, pelas instituições de ensino.

A educação superior, nos termos do art. 43 da LDB, tem por finalidades: (i) estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; (ii) formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimentos, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira e para 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 patrimônios 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 em uma estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração; (vi) estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular dos 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 a difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e das pesquisas científica e tecnológica geradas na instituição.

Analisando o texto Constitucional Português⁴¹⁹ que disciplina o acesso ao ensino superior, Jorge Miranda escreve que a primeira regra a ser analisada é a

⁴¹⁹ Segundo o artigo 74, número 3, alínea “d”, da CRP, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística. O artigo 76, número 1, da CRP, disciplina que “o regime de acesso à Universidade e às demais instituições do ensino superior, garante a igualdade de oportunidades e a democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país”.

da igualdade. Segundo o autor português, “por decorrência do princípio geral consagrado no art. 13⁴²⁰, ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado do direito de acesso ao ensino superior ou isento de qualquer dever correlativo em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicção política ou ideológica, situação econômica, condição social ou de qualquer fator ou índice de diferenciação”.⁴²¹

Segundo, ainda, o autor lusitano, “ao passo que o ensino básico é necessariamente universal (por imperativo iniludível da Constituição) e o ensino secundário pode vir a ser (por decisão legislativa), o ensino superior não é. Nem poderia ser, por causa das desigualdades naturais entre os homens (de aptidões, de vocações, de interesses) e reconhecê-las não vai contra o princípio, como se sabe. Tudo está em apurar tais capacidades mediante provas e formas objetivas, fiáveis e minimamente consensuais.”⁴²²

A reflexão de Jorge Miranda é adequada à análise do dispositivo da Constituição Brasileira. A igualdade, que tanto faz referência o *caput* do art. 5º da CF como o art. 206, inciso I, da CF, ao tratar da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, é o primeiro passo no sentido da interpretação do art. 208, inciso V da CF. Com certeza, a discussão dos critérios mais adequados à aferição da capacidade intelectual individual dá margem a posições diversas, situação que não pode afastar a necessidade de critérios claros e objetivos, que possam atender de forma razoável o texto Constitucional.

A Constituição Portuguesa faz referência, no artigo 76, à necessidade de quadros qualificados, condição indispensável ao desenvolvimento futuro do país. O art. 214, inciso V, da CF, faz referência ao desenvolvimento

⁴²⁰ Segundo o artigo 13 da CRP: 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social.

⁴²¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 392.

⁴²² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 392.

humanístico, científico e tecnológico do País. Uma interpretação mais completa da função da educação na sociedade levará ao entendimento de que o dever do Estado para com a educação, através da oferta gratuita, não se restringe apenas aos ensinos fundamental e médio. Sendo o ensino superior aquele que irá produzir os futuros líderes do país, aqueles que serão responsáveis pela direção política, econômica, social e cultural, não se pode, em uma sociedade democrática, deixar tal responsabilidade nas mãos da iniciativa privada, através do ensino superior pago, pois o desenvolvimento da capacidade intelectual não pode ser limitado pelas condições econômicas do cidadão. O único critério é o intelectual e é um dever do Estado preocupar-se com a elite intelectual, preocupação que deve levar em conta que a intelectualidade não é reflexo da posição social do indivíduo.

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 (art. 51 da LDB). 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 garantida. Outros critérios de ingresso não estão afastados como o Estudante-Convênio (para alunos estrangeiros), a transferência dependente de vaga que, nos termos do art. 49 da LDB, deve atender a um processo de seleção, o diplomado que buscar complementar seus estudos e os diplomados em Estudos Teológicos que requererem ingresso em cursos de licenciatura, nos termos do Decreto Lei nº 1051/69, sempre sob a condição da existência de vagas. Ainda, conforme dispõe o parágrafo único do art. 49 da LDB, é possível a transferência independente de vaga, nos termos da legislação.

Sobre a transferência independente de vaga, regulamentada para os servidores públicos federais na Lei nº 9.536/97, a questão reveste-se de

peculiaridades que, aqui, merecem uma abordagem, pois a jurisprudência é oscilante no entendimento da matéria e, de maneira geral, não possui uma interpretação adequada da legislação infraconstitucional, em conformidade com o texto Constitucional.⁴²³

O direito à transferência independente de vaga é previsto no art. 49, parágrafo único, da LDB, nos seguintes termos: as transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei. A LDB reveste-se, como seu próprio nome vem a dizer, de diretriz geral para a educação pública em todos os níveis (Federal, Estadual e Municipal), e para a educação particular, em todo o país.⁴²⁴

A normativa acima referida confere um direito que será regulamentado em lei posterior. O comando normativo exige das instituições de ensino que observem este dispositivo.⁴²⁵ Em última análise, não será a lei futura que regulamentará a transferência independente de vaga, que irá vincular todas as

⁴²³ MALISKA, Marcos Augusto. O processo judicial como garantia do não direito. A hipótese de servidor público transferido *ex officio* e o ingresso na Universidade Pública. *O Estado do Paraná*, Curitiba, 13 de junho de 1999, caderno direito e justiça, p. 3.

⁴²⁴ O STF, no Recurso Extraordinário nº RE – 134795/DF, publicado no DJ de 20/11/1992, sendo relator o Ministro Marco Aurélio, decidiu que a transferência de alunos, disciplinada por lei de extensão nacional, não vulnera a Autonomia prevista no art. 207 da CF.

⁴²⁵ Em parecer jurídico da Universidade Estadual Paulista, o ilustre Procurador sub-chefe da UNESP Paulo Roberto Dib Pinheiro, trabalhando com a legislação anterior à nova LDB, escreve que “as Universidades estaduais sempre questionaram a incidência da Lei Federal nº 7.037/82 no seu âmbito, por vício de inconstitucionalidade, uma vez que não dispõe a respeito de matéria concernente a diretriz ou base da educação nacional, mas apenas concede favor especial a servidores da União, como distinguiu a professora Esther de Figueiredo Ferraz, em parecer manifestado perante o Conselho Federal de Educação sob o nº 106/80. E com maior razão há de fazê-lo agora a UNESP, em face da recepção da ‘autonomia universitária’ pela atual Constituição da República Federativa (art. 207).” PINHEIRO, Paulo Roberto Dib. Transferência de aluno em curso de graduação da UNESP e a não-incidência da Lei nº 7.037/82. *Estudos e Pareceres Jurídicos*, Unesp Assessoria Jurídica, São Paulo, vol. 4, jan/dez 1993, p. 26. Não obstante o entendimento do parecer aqui colecionado, a compreensão mais acertada é aquela que possibilita a recepção da normativa legislativa que disciplina as transferências independente de vaga, levando em consideração apenas a distinção entre os sistemas público e privado. Esta peculiar distinção se faz necessária em nome da conformidade com a Constituição. Sob outros aspectos, a não sujeição de um sistema de ensino aos pedidos de servidores-estudantes provenientes de outro sistema não é sustentável, já que qualquer leitura mais atenta da LDB, que cria os sistemas de ensino e também disciplina as transferências independente de vaga, irá concluir que a continuidade dos estudos, pretendida pela lei, como direito subjetivo do servidor público, não está limitada à pertença deste ou daquele sistema de ensino.

instituições de ensino, em todo o país. O comando normativo vinculativo é dado por esta norma, que será aplicada, tendo em vista a lei futura, que irá regulamentar a forma como o direito será exercido.

Desta maneira, o direito à transferência independente de vaga é dirigido tanto para os servidores públicos federais, quanto para os estaduais e municipais. Outra interpretação não é possível pois, se assim fosse, o legislador teria escrito, em vez de “as transferências *ex officio* dar-se-ão...”, “as transferências *ex officio* dos servidores públicos federais dar-se-ão...”. Desta forma, o legislador disciplinou de forma genérica, ou seja, para todas as esferas do poder público.

A LDB poderia ter regulamentado a matéria, mas entendeu de maneira diversa, remetendo à regulamentação na forma da lei. Portanto, em respeito ao princípio federativo, a União, ao regulamentar o dispositivo através da Lei nº 9.536/97, disciplinou apenas as hipóteses de transferência dos servidores públicos federais. A União aqui agiu de maneira correta, pois não compete a ela disciplinar as hipóteses de transferência independente de vaga dos servidores públicos dos Estados. Enquanto a LDB tem caráter nacional, é diretriz nacional e, neste aspecto, norma vinculativa das três esferas de governo, a Lei Federal regulamentar não possui tal caráter e, desta forma, ficou restrita aos servidores públicos federais.⁴²⁶

A primeira questão que se formula é a seguinte: possui o servidor público estadual direito à transferência independente de vaga? A resposta é sim, tendo

⁴²⁶ Neste sentido, escreve Clèmerson Merlin Clève “que as diretrizes e bases da educação nacional consubstanciam matéria legislativa de caráter nacional. Bem por isso, a lei de diretrizes e bases da educação não consubstancia simples lei federal. Vincula a União, os Estados, os Municípios e todos os estabelecimentos de ensino. Tratando-se de normativa nacional, e não federal, na Federação brasileira apenas ao Congresso é dado dispor sobre o tema, porque apenas no Congresso encontram-se presentes os senadores, representantes da vontade dos Estados e veículo de contribuição dos Estados no processo de formação da vontade nacional.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. As restrições à criação de novos cursos superiores e a sua aplicação às Universidades reconhecidas e, especialmente, às Universidades Públicas Estaduais. Limites da atuação normativa da União em matéria de diretrizes e bases da educação nacional. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, nº 7, dez/1995, p. 1067.

em vista o disposto no art. 49, § único, da LDB (Lei 9.394/96). Outra questão: diante da ausência de lei estadual regulamentando o disposto no art. 49, § único, a regra é aplicável aos servidores públicos estaduais? A resposta é sim. A norma em questão, ainda que seja de eficácia contida, ou seja, está vinculada à legislação posterior que delimite seu campo de abrangência, produz um mínimo de eficácia, que confere o direito, também, aos servidores públicos estaduais.

De que forma é possível solucionar o pedido de um servidor público estadual que requeira a transferência independente de vaga em razão de ter sido transferido *ex-officio*? Aplicando-se a regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Portanto, na hipótese em discussão, é perfeitamente possível aplicar aos servidores públicos estaduais, por analogia, o disposto na Lei 9.536/97, que disciplina as transferências *ex officio* dos servidores públicos federais, enquanto lei estadual superveniente não venha disciplinar a matéria no âmbito estadual.

Como argumentação, é possível levantar a hipótese de um servidor público estadual, transferido *ex officio* (por interesse da administração pública estadual), mas sem a garantia da continuidade dos estudos, poder até mesmo rebelar-se contra a transferência por estar sendo (ele e sua família) flagrantemente prejudicado.

Uma segunda questão que envolve os pedidos de transferência independente de vaga ocorre quando o requerente é originário de uma instituição privada de ensino superior. Segundo o art. 1º da Lei 9.536/97, a transferência *ex officio* será efetivada entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal, civil ou militar estudante ou de seu dependente estudante, se requerida em virtude da comprovação da remoção ou transferência de ofício que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situa a instituição recebedora ou para a localidade mais próxima. O

parágrafo único do referido artigo exclui a hipótese de o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de aprovação em concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

A interpretação do dispositivo acima referido não deve se apartar da finalidade buscada pelo legislador, na previsão de transferência independente de vaga, que é a continuidade dos estudos. Quando o dispositivo prevê que a transferência será efetivada entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, o legislador busca a totalidade das hipóteses, em abstrato, que podem abarcar a idéia de continuidade dos estudos. Pode-se citar, como exemplo, a transferência de um servidor para local onde não exista universidade privada, ou mesmo onde não exista o curso em universidade privada e exista em universidade pública, hipóteses que poderiam ser discutidas na interpretação do dispositivo.⁴²⁷

No momento em que a condição de ingresso na universidade pública é especial, pois o Estado está investindo no ensino superior público segundo a capacidade intelectual individual dos candidatos, as transferências independente de vaga não podem constituir instrumentos de ingresso no sistema público sem uma análise mais atenta da Constituição. Desta forma, é necessário interpretar a legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição e isso significa, basicamente, levantar as hipóteses em que a continuidade dos estudos podem se dar no sistema privado. A transferência, independente de vaga, de uma instituição privada para uma instituição pública, desta forma, somente deve ser aceita na hipótese de a continuidade dos estudos estar sendo prejudicada. Quando ao requerente é possibilitada a continuidade dos estudos no sistema

⁴²⁷ Neste sentido, decidiu o STJ, no RESP nº 172416, publicado no DJ de 19/10/1998, sendo relator o Ministro Ahemar Maciel: “Em princípio, servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada. No entanto, tal regra pode comportar exceção, como ‘in casu:’ quando não houver universidade particular na cidade para a qual o servidor foi transferido ‘ex-officio’, a matrícula poderá ser feita em instituição de ensino público.”

privado, o direito à transferência independente de vaga deve ser exercido junto à instituição privada.

Na hipótese em que o pedido de transferência independente de vaga é negado, administrativamente, pela universidade pública e o interessado recorre ao Judiciário mediante a impetração de Mandado de Segurança, o deferimento liminar acaba por satisfazer por completo a pretensão do requerente que, diante da morosidade da decisão judicial, acaba por completar os créditos antes do julgamento. Nesta hipótese, duas situações podem ocorrer: a colação de grau pelo aluno, independente da existência da ação judicial discutindo a transferência e o fato de a Universidade impossibilitar a colação uma vez que não existe decisão definitiva de mérito.

O entendimento razoável da matéria deve levar em consideração a necessidade de uma decisão de mérito, conferindo o direito à transferência e o direito do aluno em receber o certificado de conclusão do curso, ainda que seja pela instituição de origem.

O Judiciário tem julgado a matéria em favor dos alunos. O STJ, a título exemplificativo, entendeu que “concedida a liminar em mandado de segurança e encontrando-se o estudante em vias de concluir os seus estudos acadêmicos, deve-se respeitar a situação fática consolidada pelo tempo.”⁴²⁸ Em outra decisão, o STJ entendeu a ocorrência de situação fática consolidada, fundamentando que a “letra da lei cede ao interesse público”. Ao estudante matriculado por efeito de decisão judicial não é aconselhável desconstituir seus créditos escolares.⁴²⁹ Em decisão na qual o aluno não possuía o direito, como na hipótese de transferência por interesse particular, o STJ entendeu, contudo, que a situação fática deveria ser respeitada. “A jurisprudência tem admitido, mas no interesse da Administração, a transferência de estudante que necessite mudar de domicílio, a fim de exercer

⁴²⁸ STJ, Recurso Especial, RESP nº 109721, publicado no DJ, em 07/02/2000, sendo relator o Ministro Ari Pargendler.

⁴²⁹ STJ, Recurso Especial, RESP nº 197994, publicado no DJ, em 03/11/1999, sendo relator o Ministro Humberto Gomes de Barros.

cargo ou função pública, para estabelecimento de ensino sediado no lugar onde passará a exercer suas funções. Concedida que foi a liminar tal como a segurança requerida e, por isso, vencida grande parte do Curso, respeita-se a situação já consolidada”⁴³⁰.

⁴³⁰ STJ, Recurso Especial, RESP nº 149981, publicado no DJ, em 03/05/1999, sendo relator o Ministro Helio Mosimann. Da mesma forma, a decisão do STJ, em Recurso Especial, RESP nº 138201, publicado no DJ, em 14/12/1998, sendo relator o Ministro Ari Pargendler.

Merece ainda referência a decisão do STJ, cuja ementa é a seguinte: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ESTUDANTE. TRANSFERÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA POR DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1. Acórdão que garantiu à impetrante o direito à transferência de Universidade, em face de a mesma ter sido nomeada para exercer cargo público municipal, e se transferido da cidade de Recife-PE, para a cidade de Natal-RN.

2. A impetrante era aluna regularmente matriculada no Curso de Direito, da Universidade Católica de Pernambuco, na cidade de Recife-PE. Ingressou em Juízo pleiteando a transferência para o mesmo curso, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, em face de ter sido nomeada para exercer o cargo de Secretária Parlamentar – AP3 – na Câmara Municipal de Natal – RN.

3. Está consolidado no âmbito jurisprudencial desta Corte, o entendimento no sentido de que o servidor municipal, estadual ou federal, aluno de instituição de ensino superior, que for transferido de seu emprego, tem assegurado o direito à matrícula, seja em Universidade pública, federal, estadual ou privada.

4. O insigne Magistrado singular, em despacho de fls. 53/54, concedeu a liminar. O referido despacho está datado de 03/02/94. Em 22/03/94, a liminar foi considerada sem efeito, com a denegação da segurança (fls. 71), sendo informado à aluna embargada o cancelamento de seu cadastro junto a UFRN, em 18/04/94. Interposto o Mandado de Segurança contra a decisão do MM Juiz Monocrático, em 21/06/95, o Tribunal ‘a quo’ concedeu a segurança (fls. 102). Foi comprovado que a impetrante assistiu às aulas do Curso normalmente durante mais de 4 (quatro) anos, sob a proteção da liminar de primeiro grau e por decisão do Tribunal ‘a quo’.

5. Restaria à impetrante apenas 1 (um) ano, de um total de 5 (cinco), para a conclusão do curso, isso já contando o tempo em que a mesma já havia freqüentado o curso na Universidade Católica de Pernambuco. Pelo decorrer normal do tempo, há indícios de que a impetrante já deve até ter concluído o curso. Ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso em apreço.

6. Não podem o jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais.

7. Em se reformando a decisão do Tribunal ‘a quo’, nesta fase, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos educandos, *in casu*, uma acadêmica que foi transferida sob a proteção do Poder Judiciário e que já deve ter terminado seu curso. Em assim acontecendo, não teria a impetrante, com a reforma da decisão, o acesso à reta final do seu curso. Pior, estaria perdendo anos de sua vida freqüentando um curso que nada lhe valia no âmbito universitário e profissional, posto que cassada tal freqüência. Ressalte-se que a manutenção da decisão a quo não resultaria qualquer prejuízo a terceiros, o que de bom alvitre.

Em ambas as situações, ou seja, quando o aluno colou grau ou quando apenas concluiu os créditos, a interpretação da situação fática deve levar em consideração os dois aspectos acima referidos, a necessidade da decisão judicial de mérito e o direito do aluno de receber o certificado de conclusão de curso. Interpretando a matéria desta forma, a tese da “perda do objeto da ação”, como vem decidindo os Tribunais, não referenda a melhor adequação dos postulados constitucionais e legais e a situação fática consolidada. A resolução da questão implica a ponderação dos bens em jogo e não a simples e rápida extinção do processo por perda do objeto. Além do direito do aluno de receber o certificado, está a necessidade da decisão de mérito e, neste sentido, a demora do processo não pode ser considerada como condição para alcançar a legitimidade de ter um certificado de conclusão de curso por uma instituição pública.

A Universidade, para expedir o certificado de conclusão de curso, deve estar legitimada para tal. A legitimidade pode decorrer do concurso vestibular, que seleciona os melhores candidatos, como também dos mecanismos administrativos previstos nos regulamentos internos em consonância com a legislação que dispõe sobre a matéria (transferência dependente de vaga, intercâmbio com outros países, etc...).

No momento em que o interessado recorreu ao Judiciário para assegurar o seu pretense direito, negado na esfera administrativa, cabe ao Judiciário conferir a legitimidade para a Universidade, através de uma decisão judicial transitada em julgado que confira o direito. A hipótese de colação de grau está vinculada a uma decisão de mérito que confira o direito ao interessado.

Mas em que situação fica o aluno que não tem, ainda, a decisão de mérito transitada em julgado? Existem duas alternativas: aguardar a decisão de mérito ou

8. Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão.

9. Precedentes desta Casa Julgadora.

10. Embargos rejeitados em face da situação fática consolidada.”

RESP nº 140726, publicado no DJ, em 16/08/1999, sendo relator o Ministro Ahemar Maciel.

validar os créditos realizados na instituição de origem, visto que o vínculo ainda existe, por ausência de decisão de mérito do Judiciário. Mesmo em caso de indeferimento do pedido de transferência, o direito de realização dos créditos foi assegurado e eles devem ser validados na instituição de origem.

Um entendimento contrário ao aqui exposto pode significar uma grave ofensa ao princípio da isonomia de acesso ao ensino superior. O pedido administrativo negado implica a afirmação de que a Universidade não reconhece o direito do aluno de assistir às aulas. Uma vez que o aluno recorre ao Judiciário, a decisão definitiva de mérito é imprescindível, pois, senão, o processo judicial estaria sendo usado como um meio para atingir uma finalidade que pode ser contrária ao direito. A hipótese acima referida, na qual o STJ reconheceu a situação fática consolidada mesmo quando o aluno não tinha o direito, demonstra que a matéria não está recebendo, por parte do Judiciário, a devida importância, situação que revela uma flagrante inconstitucionalidade.

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 grau público não é universal, a universalidade deve ser garantida através de processos isonômicos de ingresso, em que apenas a capacidade intelectual seja o critério. Tendo 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 inconstitucionalidade. O Judiciário, decidindo a matéria através da perda do objeto, não está considerando a necessidade de fiscalização do princípio da isonomia de ingresso no ensino público. O mérito da ação é questão imprescindível e é somente ele que confere a legitimidade do assento em um banco escolar superior público.

Desta forma, tratando-se de transferência independente de vaga, quando a instituição de origem é de natureza privada, a tese da perda do objeto da ação afronta diretamente os art. 206 I e 208 V da CF. Quando o direito não assiste o aluno em decorrência da ausência de previsão legal, a tese da perda do objeto da ação reveste-se de ilegalidade e deve ser tratada no âmbito da legislação infraconstitucional.

7. O PAPEL DO ESTADO

O art. 211 da CF dispõe acerca da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios no tocante à organização dos sistemas de ensino bem como das respectivas áreas prioritárias de ação. O art. 212 da CF dispõe acerca dos recursos públicos, ou seja, acerca das fontes de custeio da educação pública no País. A matéria é regulamentada pela LDB.

Nos termos do art. 22, inciso XXIV, da CF, é de competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Desta forma, as normas gerais, em matéria de educação, devem constar da referida lei e vinculam todos os sistemas de ensino. O controle acerca do conteúdo e do alcance das diretrizes e bases já foi objeto de análise da doutrina.⁴³¹

Por certo que o controle das normas gerais deve ser feito, tendo em vista qualquer possível cerceamento do direito de legislar dos Estados membros da federação, bem como dos Municípios. Conforme escreve Clèmerson Merlin Clève, “nos termos do que dispõe o art. 22, XXIV, da Lei Fundamental, compete à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Em que pese a matéria estar inserida no art. 22 (competência privativa da União) e não no art. 24 (competência concorrente), podem os Estados nesse campo exercer competência supletiva e suplementar”.⁴³²

⁴³¹ A análise diz respeito à lei que alterou o art. 100 da antiga LDB e veio a disciplinar a transferência independente de vaga dos servidores públicos federais. O fundamento é que a então nova redação do art. 100 não encontrava receptividade no conceito de diretrizes e bases, sendo verdadeiro privilégio aos servidores federais. PINHEIRO, Paulo Roberto Dib. Transferência de aluno em curso de graduação da Unesp e a não incidência da lei nº 7.037/82.

⁴³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. As restrições à criação de novos cursos superiores e a sua aplicação às Universidades reconhecidas e, especialmente, às Universidades Públicas Estaduais. Limites da atuação normativa da União em matéria de diretrizes e bases da educação nacional, p. 1070.

No momento em que a matéria tratada na LDB assume o caráter de norma geral e não implica a violação da autonomia legislativa dos outros entes federados, a Constitucionalidade da norma encontra-se perfeita. Neste sentido, a título exemplificativo, a transferência independente de vaga, disciplinada no parágrafo único do art. 49 da LDB, deve ser entendida como norma geral, tendo em vista que a norma geral é a única que pode vincular todos os sistemas de ensino, condição indispensável à perfeita realização das finalidades da transferência, pois ao servidor é necessário que a continuidade dos estudos esteja garantida em qualquer sistema de ensino.

7.1. A União

Nos termos do § 1º, do art. 211, da CF, a União deve organizar o sistema federal de ensino e dos Territórios, financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistências técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O sistema federal de ensino, nos termos do art. 16 da LDB, compreende (i) as instituições de ensino mantidas pela União; (ii) as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada; (iii) os órgãos federais de educação. É necessário compreender que a existência de sistemas de ensino não implica a aceitação de que tais funcionem de forma totalmente autônoma, sem uma coordenação geral de políticas nacionais ou de que não estejam submetidos às diretrizes nacionais. Desta forma, a organização da educação nacional deve ocorrer com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em regime de colaboração, competindo à União coordenar a política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo

função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais, nos termos também do art. 8 da LDB. Note-se que o § 2º, do art. 8, da LDB, dispõe que os sistemas de ensino devem ter liberdade de organização, nos termos desta Lei.⁴³³

O financiamento das instituições de ensino públicas federais é também atribuição da União que, nos termos do art. 9º, inciso II, da LDB, deve organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e dos Territórios.

O art. 9º da LDB dispõe acerca das incumbências da União que, dentre as já mencionadas, compreendem ainda (i) estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum; (ii) coletar, analisar e disseminar informações sobre a educação; (iii) baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação; (iv) assegurar o processo nacional de avaliação do rendimento escolar nos ensinos fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino; (v) assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino; (vi) autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. Esta última atribuição poderá ser

⁴³³ Segundo Miguel Reale, a idéia de sistema de ensino “é mais que a mera criação de órgãos para o exercício das funções de ensino, com os naturais implementos materiais e humanos indispensáveis à consecução dos objetivos pedagógicos: no conceito de sistema inclui-se também um poder de emanção de normas próprias para determinar e reger o que lhe é próprio, normas essas que cobrem o vazio deixado pela generalidade obrigatória das diretrizes e bases.” REALE, Miguel. Regime Jurídico das Universidades Brasileiras. In. *Questões de Direito*. 1º ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 93).

delegada aos Estados e ao Distrito Federal, desde que mantenham instituições de educação superior (§ 3º do art. 9 da LDB).

É necessário observar que o inciso IV, do art. 10, da LDB, dispõe que os Estados incumbir-se-ão de autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. Em outro sentido, o § 3º, do art. 9, da LDB, dispõe que a União poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal, desde que mantenham instituições de educação superior, as atribuições do inciso IX (autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino). Desta forma, enquanto o § 3º, do art. 9, da LDB, dispõe que poderá ser delegada a competência aos Estados, o inciso IV, do art. 10, da LDB, dispõe que é competência dos Estados.

A interpretação dos dispositivos deve começar pelo entendimento da expressão “educação superior”. Tendo em vista que o art. 17 dispõe que pertencem aos sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal as instituições de ensino mantidas (que podem ser de ensino superior), respectivamente, pelo Poder Estadual e pelo Distrito Federal, bem como as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal, é razoável entender que as instituições de ensino superior que estiverem sob a abrangência dos sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal estejam também sob a competência dos Estados e do Distrito Federal no tocante a autorização, reconhecimento, credenciamento, supervisionamento e avaliação dos cursos destas instituições, independente da delegação da União. A delegação da União é viável para as instituições particulares de ensino superior e instituições públicas federais de ensino superior, que pertencem ao sistema federal. A delegação só é possível quando se tem competência. No momento em que a competência é dividida entre os sistemas dos estados e o sistema federal, a delegação sobre a qual dispõe o artigo que trata do sistema federal somente é

possível das suas próprias atribuições, até mesmo em razão de que tal dispositivo não implica a supressão da norma que define a competência dos sistemas dos Estados.⁴³⁴

Ainda sobre as atribuições da União, em sua estrutura organizacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, criado por lei (§ 1º do art. 9 da LDB), com funções normativas e de supervisão e atividade permanente.

7.2. Os Estados e o Distrito Federal

A CF, no art. 211, § 3º, dispõe que os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente, nos ensinos fundamental e médio. Ao Distrito Federal, segundo o parágrafo único do art. 10 da LDB, aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e aos Municípios.

Nos termos do art. 17 da LDB, os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem (i) as instituições de ensino mantidas, respectivamente, pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal; (ii) as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal; (iii) as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada; (iv) os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente. Nos termos do parágrafo único, no Distrito Federal, as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, integram seu sistema de ensino.

É papel dos Estados, nos termos do art. 10 da LDB: (i) organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino; (ii)

⁴³⁴ Sobre os limites da atuação da União em matéria de Educação, ainda que sob a égide da antiga LDB, ver o parecer de CLÈVE, Clèmerson Merlin. As restrições à criação de novos cursos superiores e a sua aplicação às Universidades reconhecidas e, especialmente, às Universidades Públicas Estaduais. Limites da atuação normativa da União em matéria de diretrizes e bases da educação nacional, p. 1064-1077.

definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público; (iii) elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios; (iv) autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino; (v) baixar normas complementares para o seu sistema de ensino; (vi) assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio.

7.3. Os Municípios

Segundo o § 2º, do art. 211, da CF, os Municípios atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil.

Os sistemas municipais de ensino compreendem, segundo o art. 18 da LDB: as instituições do ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal, as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada e os órgãos municipais de educação.

Nos termos do art. 11 da LDB, os Municípios incumbir-se-ão de: (i) organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados; (ii) exercer ação redistributiva em relação às suas escolas; (iii) baixar normas complementares para o seu sistema de ensino; (iv) autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino; (v) oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente

quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos, vinculados pela Constituição Federal, à manutenção e desenvolvimento do ensino. Nos termos do parágrafo único, os Municípios poderão optar, ainda, por se integrarem ao sistema estadual de ensino ou formarem com ele um sistema único de educação básica.

7.4. Os recursos públicos

O art. 212 da CF dispõe que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Nos termos do § 1º, do art. 212, da CF, a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. Da mesma forma, o § 2º, do art. 69, da LDB, dispõe que serão consideradas excluídas das receitas de impostos mencionadas neste artigo as operações de crédito por antecipação de receita orçamentária de impostos.

A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação (art. 212 § 3º da CF), assim como para efeito do cumprimento do disposto no *caput* do art. 212, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213 (art. 212, § 2º da CF).

Os recursos públicos destinados à educação, segundo o art. 68 da LDB, serão os originários de: (i) receita de impostos próprios da União, dos Estados,

do Distrito Federal e dos Municípios; (ii) receita de transferências constitucionais e outras transferências; (iii) receita do salário-educação⁴³⁵ e de outras contribuições sociais⁴³⁶; (iv) receita de incentivos fiscais⁴³⁷; (v) outros recursos previstos em lei.

Nos termos do art. 70 da LDB, considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas 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, o aprimoramento da qualidade e a 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 públicas⁴³⁸ 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.

De outro modo, o art. 71 da LDB disciplina as hipóteses que não constituirão despesas com a manutenção e desenvolvimento do ensino: (i)

⁴³⁵ Nos termos do § 5º, do art. 212, da CF, o ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação recolhida, pelas empresas, na forma da lei.

⁴³⁶ Dispõe o § 4º, do art. 212, da CF, que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

⁴³⁷ É a hipótese do art. 213 da CF, que dispõe que os recursos públicos podem ser destinados a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que (i) comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; (ii) assegurem a destinação de seu patrimônio à outra escola comunitária, filantrópica ou confessional ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. O inciso IV, do art. 77, da LDB, dispõe ainda sobre a prestação de contas, ao Poder Público, dos recursos recebidos.

⁴³⁸ É a hipótese, entre outras, da conhecida “Bolsa Escola”, em que famílias de baixa renda recebem um auxílio mensal para manter seus filhos na escola.

pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino ou quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, o aprimoramento de sua qualidade ou a 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.

Note-se que o inciso VII, do art. 208, da CF, dispõe que é dever do Estado para com a educação o atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. De outro modo, o art. 71, inciso IV, da LDB, como acima referido, disciplina que não constitui despesa com a manutenção e o desenvolvimento do ensino aquela realizada com programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica e outras formas de assistência social. Por certo que a melhor interpretação do dispositivo da LDB é aquela que o interpreta em conformidade com a Constituição. Neste sentido, se as despesas com alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica são destinadas aos alunos do ensino fundamental, tais devem ser compreendidas como despesas com a manutenção e desenvolvimento do ensino, por expressa disposição Constitucional (art. 208 VII). Por outro lado, se as despesas referirem-se à educação infantil, ao ensino médio ou ao ensino superior, não serão assim compreendidas.

Os recursos públicos destinados às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, além dos incentivos fiscais, podem compreender, também, a oferta

de bolsas de estudo para os ensinos fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e de cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir, prioritariamente, na expansão de sua rede na localidade (§1º do art. 213 da CF).

A qualidade do ensino será assegurada pela União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, através do estabelecimento de um padrão mínimo de oportunidades educacionais para o ensino fundamental, com base no cálculo do custo mínimo por aluno. Este será calculado pela União, ao final de cada ano, com validade para o ano subsequente, considerando as variações no custo dos insumos e as diversas modalidades de ensino (art. 74 e parágrafo único da LDB).

A União e os Estados atuarão de forma supletiva e redistributiva de modo a corrigir, progressivamente, as disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino. A ação obedecerá a fórmula de domínio público que inclua a capacidade de atendimento e a medida do esforço fiscal do respectivo Estado, do Distrito Federal ou do Município em favor da manutenção e do desenvolvimento do ensino. A capacidade de atendimento de cada governo será definida pela razão entre os recursos de uso Constitucionalmente obrigatório na manutenção e desenvolvimento do ensino e o custo anual do aluno, relativo ao padrão mínimo de qualidade. Tendo em vista os critérios referidos, a União poderá fazer a transferência direta de recursos a cada estabelecimento de ensino, considerando o número de alunos que efetivamente freqüentam a escola. Por fim, a ação supletiva e redistributiva não poderá ser exercida em favor do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios se estes oferecerem vagas, na área de ensino de sua responsabilidade, conforme o inciso VI, do art. 10, e o inciso V, do art. 11, da LDB, em número inferior à sua capacidade de atendimento (art. 75 e parágrafos, da LDB).

7.4.1. O Fundef

A Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, instituiu, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o Fundef.

A referida emenda alterou o art. 60 do ADCT dispondo que, nos dez primeiros anos da promulgação da emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de 60% (sessenta por cento) dos recursos, conforme o *caput* do art. 212 da CF, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

O Fundef é constituído por, pelo menos, 15% (quinze por cento) dos recursos, conforme os arts. 155, II; 158, IV; e 159, I, *a e b*, e II da Constituição Federal, quantia que será distribuída entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental (§ 2º, do art. 60, do ADCT, da CF).

A União complementarará os recursos dos Fundos sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente (§ 3º do art. 60, do ACDT, da CF). A União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios ajustarão, progressivamente, em um prazo de 5 (cinco) anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente (§ 4º, do art. 60, do ACDT, da CF). Uma proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) dos recursos de cada Fundo será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental, em efetivo exercício no magistério (§ 5º, do art. 60, do ACDT, da CF). A União aplicará os recursos na

erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a 30% (trinta por cento) dos recursos, conforme o *caput* do art. 212 da CF (§ 6º do art. 60 do ACDT da CF).

A alteração do art. 60, do ADCT, da CF, aumentou de cinquenta para sessenta por cento (60%) a aplicação mínima dos recursos do art. 212 da CF na universalização do ensino fundamental; responsabilizou os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela destinação da verba acima referida, ficando a União comprometida com apenas trinta por cento (30%) dos recursos do art. 212 da CF; criou o Fundef, vinculando quinze por cento (15%) das receitas que específica e que pertencem aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; atribuiu atividade complementar à União; por fim, vinculou sessenta por cento (60%) dos recursos do Fundo para pagamento dos professores do ensino fundamental, em efetivo exercício no magistério.

A vinculação das receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ao Fundef é matéria que está sendo discutida no Poder Judiciário, tendo em vista a interposição de medidas judiciais que alegam a sua inconstitucionalidade. Neste sentido, o Município de Diadema, Estado de São Paulo, interpôs Ação Cautelar Inominada preparatória de Ação Principal sob o nº 1999.61.14.004045-3, junto a 14ª Subseção Judiciária de São Paulo, 2ª Vara Federal de São Bernardo do Campo-SP, em que foi concedida a liminar e negado o efeito suspensivo requerido pela Advocacia Geral da União em Agravo de Instrumento interposto junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A inicial da ação fundamenta-se em duas inconstitucionalidades: a da Emenda Constitucional nº 14/96; e a da Lei Federal nº 9.424/96, que instituiu o Fundef. Quanto à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional, os argumentos são: (i) o princípio federativo e a autonomia municipal, fazendo referência ao art. 60, § 4º, inciso I, da CF, que dispõe que não será objeto de

deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; ao art. 1º da CF, que dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; ao art. 18 da CF, que disciplina a autonomia dos Municípios, entendida no processo como autonomia financeira, decorrente, basicamente, das fontes de receitas determinadas no texto Constitucional; (ii) a competência dos Municípios em instituir e arrecadar os seus tributos, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei, nos termos do art. 30, inciso III, da CF; (iii) a violação dos arts. 158, IV e 159, I *a e b* da CF, pois a condição de retorno dos recursos estar vinculada ao fato do número de alunos ser igual ou superior ao montante dos recursos repassados ao Fundo pelo Município, não se apresenta como legítima tendo em consideração os dispositivos constitucionais que tratam aqueles valores como pertencentes aos Municípios.

A Lei Federal nº 9.424/96, além dos fundamentos expostos acima, padece também de inconstitucionalidade decorrente do seu próprio texto. Os fundamentos são: afronta ao *Princípio da Isonomia* entre os entes federados, uma vez que a lei trata a participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante critérios objetivos de contribuição e quanto à União, utiliza critérios subjetivos de contribuição e afronta ao *Princípio da Autonomia Financeira dos Municípios*, já que a fixação do valor mínimo por aluno, segundo o art. 6º da referida lei, é da competência do Presidente da República e, portanto, verdadeiro ato discricionário, que implica determinar o *quantum* da participação da União no rateio do Fundo. Neste sentido, consta da inicial: “é a própria União Federal que fixa o valor mínimo por aluno. Caso esse valor seja muito alto, a tendência é que ela venha a contribuir mais para o fundo. Por outro lado, se o valor fixado for pequeno, a tendência é que os Municípios de maior porte e os Estados, por terem, conseqüentemente, maiores recursos investidos no fundo, transfiram seus recursos para Municípios menores, que contribuem com

pequenas parcelas para o fundo”. Como as receitas tributárias pertencem aos Municípios, o chefe do Poder Executivo Federal está impedido, mediante ato discricionário, e autorizado por lei ordinária, a transferir receitas que são Constitucionalmente definidas como pertencentes aos Municípios.

A decisão liminar entendeu que a alteração do art. 60, do ADCT, da CF, aumentando de 50% para 60% as receitas municipais destinadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, e inserido destinação diversa do texto original (que dispunha acerca da eliminação do analfabetismo e universalização do ensino fundamental), ao dispor sobre “remuneração condigna do Magistério”, violou a norma do art. 60, § 4º, I, da CF.

A análise da Constitucionalidade do Fundef implica, inicialmente, uma breve reflexão sobre a chamada inconstitucionalidade das normas constitucionais. O Professor Otto Bachof, da Universidade de Tübingen, na Alemanha, expõe o tema, de maneira precisa, em uma aula inaugural, proferida em Heidelberg, em 20 de julho de 1951, chamada “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”. O controle de normas jurídicas *sob* a Constituição (art. 93, nº 1, alínea 2 da LF⁴³⁹) não exige não se conceber também a inconstitucionalidade de normas constitucionais (um só e mesmo plano). Segundo o Professor, “isto resulta já do fato de a Lei Fundamental, no art. 79, nº 3⁴⁴⁰, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos. Se porventura, apesar disso, uma semelhante alteração – conscientemente ou mesmo não intencionalmente, em consequência de uma errada avaliação do alcance da norma modificadora ou da declarada como imodificável – fosse aprovada e publicada na forma de uma lei de revisão da Constituição, a norma modificadora reivindicaria para si

⁴³⁹ Artigo 93 (Tribunal Constitucional Federal, competência) (1) O Tribunal Constitucional Federal decide: 2º no caso de divergência de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental, ou da compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal.

própria a qualidade de norma Constitucional eficaz, e no entanto, simultaneamente, medida pela norma da Constituição até aí <<inalterável>>, seria inconstitucional”⁴⁴¹. Desta forma, no entender de Bachof, não há “nenhuma razão pela qual não devesse poder recorrer-se ao Tribunal Constitucional Federal também num tal caso: de contrário, deixaria de exercer-se uma das suas mais essenciais funções como guarda da Constituição; além disso, a letra do art. 93, nº 1, alínea 2, e do art. 100, nº 1⁴⁴², não vai contra essa solução, pois <<direito federal>> ou <<lei>> também o é uma lei de alteração da Lei Fundamental”⁴⁴³.

No direito brasileiro, segundo o Professor Clèmerson Merlin Clève, “as Emendas à Constituição (mesmo decorrentes da revisão Constitucional) sujeitam-se à fiscalização abstrata da Constitucionalidade. Devem observar, sob pena de inconstitucionalidade, as (i) limitações circunstanciais (art. 60, § 1º, da CF), as (ii) limitações procedimentais (art. 60, I, II, III e §§ 2º, 3º e 5º da CF), assim como (iii) as limitações materiais expressas (art. 60, § 4º, da CF) e implícitas (entre estas, o núcleo essencial determinante da identidade da Constituição) ao poder de reforma Constitucional.”⁴⁴⁴

Procedente, portanto, o controle, em tese, das emendas constitucionais. Quanto à análise da constitucionalidade da Emenda do Fundef, em um primeiro

⁴⁴⁰ Artigo 79 (Alteração da Lei Fundamental) (3) Não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em estados, ou o princípio da cooperação dos estados na legislação, ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.

⁴⁴¹ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais inconstitucionais?*. Tradução portuguesa por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 13.

⁴⁴² Artigo 100 (Controle de normas) (1) Quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

⁴⁴³ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais inconstitucionais?*. Tradução portuguesa por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 13.

⁴⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 197.

momento, não se verifica nenhum óbice à alteração em si do art. 60, do ADCT. Neste sentido, quanto à prorrogação do prazo por mais dez anos, a contar da promulgação da Emenda, quanto à alteração da alíquota de 50% para 60%, quanto à destinação de percentual para o pagamento de professores do ensino fundamental, ou mesmo quanto à diminuição do percentual da participação da União de 50% para 30%, não há nenhum obstáculo que possa afetar a constitucionalidade da Emenda.

A questão, propriamente, está na criação do Fundef, tendo em vista que o fundo é constituído por uma percentagem dos recursos de que tratam os artigos da Constituição e a distribuição dos valores do fundo é feita proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental. Aqui está o centro da questão, pois os Municípios que arrecadam mais não possuem o número suficiente de alunos no ensino fundamental para fazer com que toda a verba por eles contribuída ao fundo retorne. Desta forma, esses Municípios acabam por financiar o ensino nos Municípios em que a contribuição é baixa, mas o número de alunos é relativamente alto. Resta saber se é Constitucional tal vinculação.

A autonomia Municipal deve ser compreendida, segundo o art. 18 da CF, nos termos da Constituição. Partindo da premissa de que a autonomia dos entes federados é limitada pela Constituição e que, portanto, não se está diante de ilhas em que cada comunidade política decide seus destinos de forma totalmente independente, verifica-se que o art. 1º da CF dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. O art. 3º, inciso III, disciplina como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Quanto ao art. 23 da CF, esse disciplina a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e faz

referência, no inciso X, ao combate às causas da pobreza e aos fatores de marginalização e à promoção e integração sociais dos setores desfavorecidos.

Levando-se em consideração os dispositivos acima referidos, bem como o caráter transitório da norma do art. 60, do ADCT, é razoável admitir que o dever para com a educação, condição indispensável ao desenvolvimento da pessoa como cidadã e desta forma também como elemento de redução das desigualdades sociais, é dever de todos os entes federados e não somente da União e dos Estados, quanto ao auxílio às regiões menos favorecidas do país. Portanto, é possível admitir que não se está diante da quebra do pacto federativo, quando a criação do fundo exige, dos entes federados, esforços para afastar o Brasil dos piores índices de analfabetismo do mundo. Trata-se de um *special duties*, que escreve Habermas, isto é, deveres especiais que se colocam dentro dos limites de uma comunidade.⁴⁴⁵

Uma observação a ser feita refere-se à participação isonômica dos entes federados na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental. Nos termos da Emenda 14, a União aplicará nunca menos que trinta (30%) por cento dos recursos, segundo o *caput* do art. 212 da CF⁴⁴⁶. Levando-se em consideração que houve uma redução de vinte por cento da vinculação, tendo em vista que a redação anterior do art. 60 do ADCT previa a destinação de 50% das receitas do art. 212, bem como que os dados de 1998 demonstram que a participação da União na complementação da verba do Fundef atingiu apenas 3,9% do montante total do fundo⁴⁴⁷, resta esperar do Tribunal de Contas da União uma criteriosa análise das contas da União, pois o Fundef disciplinou de forma criteriosa, as

⁴⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, vol. II. Tradução portuguesa por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 299.

⁴⁴⁶ Segundo o art. 212 da CF, a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito por cento (18%) da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

⁴⁴⁷ Ministério da Educação. *Balanço do Primeiro ano do Fundef*. Brasília: Ministério da Educação, março de 1999, p. 6.

receitas dos Estados e dos Municípios e a aplicação de tais receitas na educação, atitude que também se espera do ente federal.

8. AS UNIVERSIDADES

Conforme escreve Boaventura de Sousa Santos, em texto intitulado *Da idéia de Universidade à Universidade de idéias*, as Universidades estão imersas em três contradições: (i) “entre a produção de alta cultura e de conhecimentos exemplares necessários à formação das elites de que a universidade se tem vindo ocupar desde a Idade Média, e a produção de padrões culturais médios e de conhecimentos úteis para as tarefas de transformação social e nomeadamente para a formação da força de trabalho qualificada exigida pelo desenvolvimento industrial”; (ii) “entre a hierarquização dos saberes especializados através das restrições de acesso e da credencialização das competências e as exigências sócio-políticas da democratização e da igualdade de oportunidades”; (iii) “entre a reivindicação da autonomia na definição dos valores e dos objetivos institucionais e a submissão crescente a critérios de eficácia e de produtividade de origem e natureza empresarial”⁴⁴⁸.

A gestão das tensões acima referidas reproduz uma controlada crise da universidade, que se manifesta da seguinte forma: (i) *crise de hegemonia*, na medida em que a Universidade, incapaz de desempenhar cabalmente funções contraditórias, leva os grupos sociais mais atingidos pelo seu défice funcional ou o Estado, em nome deles, a procurar meios alternativos de atingir os seus objetivos; (ii) *crise de legitimidade*, na medida em que se torna socialmente visível a falência dos objetivos coletivamente assumidos por ela; (iii) *crise institucional*, pois a especificidade organizativa da Universidade é posta em causa e se lhe pretende impor modelos organizativos vigentes noutras instituições tidas por mais eficientes.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 190.

⁴⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, p. 190.

A *crise de hegemonia* é a mais ampla e está presente nas demais. Nela, está em causa a exclusividade dos conhecimentos que a Universidade produz e transmite. Tomando-se o desenvolvimento do capitalismo em três períodos – o período do capitalismo liberal (até finais do século XIX), o período do capitalismo organizado (de finais do século XIX até os anos sessenta) e o período do capitalismo desorganizado (de finais dos anos sessenta até hoje), os fatores da crise de hegemonia configuram-se logo no primeiro período. “De fato, a proclamação da idéia da Universidade é de algum modo reativa, surge no momento em que a sociedade liberal começa a exigir formas de conhecimento (nomeadamente conhecimentos técnicos) que a universidade tem dificuldades em incorporar.” De outra forma, na *crise de legitimidade* está em causa o espectro social dos destinatários destes. “Os fatores desta crise configuram-se no período do capitalismo organizado por via das lutas pelos direitos sociais (entre os quais, o direito à educação) e económicos, cujo êxito conduziu ao Estado-Providência.” Por fim, na *crise institucional*, estão em causa a autonomia e a especificidade organizacional da instituição universitária. “Os fatores desta crise configuram-se no período do capitalismo desorganizado e decorrem, em geral, da crise do Estado-Providência”.⁴⁵⁰

A instituição universitária, desta forma, é o retrato das mudanças que estão ocorrendo no mundo, nos últimos tempos, pois, ao mesmo tempo que assentada em antigos paradigmas, é desafiada por uma nova realidade, que exige dela um novo comportamento.⁴⁵¹ Sendo uma das instituições mais antigas do mundo⁴⁵², a Universidade, hoje, é desafiada a conciliar a alta cultura com a cultura popular, a educação com o trabalho, a teoria com a prática.

⁴⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, p. 192.

⁴⁵¹ Neste sentido, ver o artigo de LIRA, Ricardo Pereira. Missões da universidade: a reforma agrária e a reforma urbana. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, nº 30, 1998, p. 257-270.

Tradicionalmente exigente da excelência de seus produtos culturais e científicos, preocupada com a criatividade da atividade intelectual, com a liberdade de discussão, com o espírito crítico, posição que, ao mesmo tempo, a afastava das demais instituições sociais e lhe conferia prestígio social, a Universidade, hoje, está diante do esgotamento deste paradigma.⁴⁵³

No âmbito da Constituição Federal, o art. 207 assegura a autonomia universitária, que será discutida adiante. O art. 52 da LDB dispõe que as Universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por (i) produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional; (ii) um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado; (iii) um terço do corpo docente em regime de tempo integral, sendo facultada a criação de universidades especializadas por campo do saber.

⁴⁵² Segundo Clark Kerr, dentre as oitenta e cinco instituições atuais, que já existiam em 1520, com funções similares às que desempenham hoje, setenta são universidades. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, p. 187.

⁴⁵³ Um indicativo das mudanças na estrutura universitária pode ser observado no preâmbulo da Lei Orgânica nº 11/1983, que promoveu a Reforma Universitária na Espanha. Segundo consta, a incorporação da Espanha nas sociedades industriais avançadas passa, necessariamente, por sua plena incorporação ao mundo da ciência moderna. A experiência de outros países tem demonstrado que a instituição social melhor preparada para assumir o dever de desenvolvimento científico e tecnológico é a Universidade. A reforma também deriva de outros dois tipos de exigências: (i) do número crescente de estudantes que exigem um lugar na sala de aula, tanto para sua formação profissional como para satisfazer seu interesse pela cultura em suas diversas formas; (ii) a incorporação da Espanha na área universitária europeia, possibilitando uma maior mobilidade de titulados estrangeiros e espanhóis, sendo necessário a criação de mecanismos para adaptação de currículos e a flexibilização dos títulos que se ofertam no mercado de trabalho. A democratização dos estudos universitários é a última etapa de um secular processo de democratização da educação e da cultura e tem demonstrado ser a mais sólida base para sociedades estáveis, tolerantes, livres e responsáveis. ARMIÑAN, Alfredo Pérez. *Lei organica de Reforma Universitaria. Trabajos Parlamentarios*. Madrid: Cortes Generales, 1984, p. 983.

A Universidade, desta forma, é responsável pela formação de quadros profissionais, de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano. Trata-se de uma responsabilidade que extrapola o puro conhecimento científico, extrapola a pesquisa de base para adentrar na pesquisa aplicada e que deve conjugar, ainda que de forma mínima, a formação profissional especializada com o domínio cultural. “Em 1987, o relatório da OCDE sobre as universidades atribuía a estas dez funções principais: educação geral pós-secundária; investigação; fornecimento de mão-de-obra qualificada; educação e treinamento altamente especializados; fortalecimento da competitividade da economia; mecanismo de seleção para empregos de alto nível através da credencialização; mobilidade social para os filhos e filhas das famílias operárias; prestação de serviços à região e à comunidade local; paradigmas de aplicação de políticas nacionais (ex. igualdade de oportunidades para mulheres e minorias raciais); preparação para os papéis de liderança social”⁴⁵⁴.

A Universidade está sendo “instada a mudar processos, rotinas e estruturas e a ajustar-se a novas demandas e pressões cada vez mais fortes, por parte da sociedade, seja no lado do ensino – mediante demandas cada vez maiores por acesso às universidades e cursos superiores –, seja no lado da pesquisa, por meio da busca crescente pela produção de novos conhecimentos, capazes de oferecer ganhos de produtividade ou vantagens comparativas aos seus detentores, ou de atender a necessidades básicas e inadiáveis, como aquelas ligadas à saúde, à alimentação e à educação, em geral”⁴⁵⁵.

A necessidade de a Universidade enfrentar os diversos desafios que estão lhe sendo impostos, está gerando, em particular nas Universidades públicas, no Brasil, uma profunda utilização equivocada de estratégias, situações que, muitas

⁴⁵⁴ OCDE (1987), *Universities under Scrutiny*, Paris, citado por SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, p. 187.

⁴⁵⁵ TRIGUERO, Michelangelo Giotto Santoro. *Universidades públicas. Desafios e possibilidades no Brasil contemporâneo*. Brasília: Ed. UNB, 1999, p. 15.

vezes, distanciam-se das finalidades da Universidade e adentram em outros campos como o corporativismo, o clientelismo e os interesses particulares. Neste sentido, escreve Michelangelo Giotto Santoro Trigueiro “que a captação de recursos e a idéia de parcerias com o setor produtivo são apontadas como as grandes soluções para as universidades, para a sua modernização e as reformas em sua infra-estrutura e demais investimentos em laboratórios, salas de aulas, equipamentos, bibliotecas e em outros setores importantes da instituição. (...). Mas, mesmo que tais possibilidades sejam alvissareiras, os benefícios reais ainda são muito discutíveis, se comparados ao efeito de desagregação interna e de produção de um sem número de relações clientelistas que são daí decorrentes, pela falta de articulação com um política macroinstitucional, que integre a captação de recursos a processos estratégicos mais amplos, nos quais se incluem o crescimento de áreas emergentes e a formulação de programas globais de desenvolvimento institucional e acadêmico”.⁴⁵⁶

É tendo presente as considerações acima que se pretende, neste trabalho, abordar, sob o ângulo do direito Constitucional à educação, as universidades no Brasil. Por certo que as observações aqui feitas estão além do conteúdo jurídico, mas uma análise comprometida com as mudanças que se fazem necessárias deve, indiscutivelmente, ter presente a realidade da universidade, seus descompassos e seus desafios.

8.1. A autonomia universitária

Nos termos do art. 207 da CF, as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Os parágrafos do mesmo artigo disciplinam que é facultado às universidades

⁴⁵⁶ TRIGUERO, Michelangelo Giotto Santoro. *Universidades públicas. Desafios e possibilidades no Brasil contemporâneo*, p. 51.

admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei, bem como estendem o disposto no *caput* do artigo às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Nina Ranieri, ao tratar da autonomia das universidades, resgata, inicialmente, o conceito de autonomia, entendendo-o, no direito público, como a possibilidade de direção própria, consentida por ordenamento superior e manifestada por meio de normas exclusivas.⁴⁵⁷

A Constituição, junto com as universidades, disciplinou diversas entidades e instituições autônomas como: os Municípios, detentores de autonomia legislativa em matéria de interesse local (art. 30 CF); o Poder Judiciário que, além da independência, assegurada no art. 2º da CF, possui autonomia em matéria administrativa e financeira (art. 99 da CF)⁴⁵⁸; os Partidos Políticos (art. 17 § 1º da CF); as entidades desportivas, dirigentes e associações (art. 217, inciso I, da CF); o Ministério Público (art. 127, § 2º da CF).

A característica comum a esses entes, incluídas as universidades, é “o núcleo de competência autônoma assinalado pela Constituição, dentro do qual agem por sua conta e risco, atendidos, por evidente, os limites constitucionais.”⁴⁵⁹

A autonomia universitária, desta forma, significa que as universidades não estão sujeitas a nenhuma espécie de ingerência naquilo que for de sua

⁴⁵⁷ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994, p. 26.

⁴⁵⁸ Sobre a autonomia do Poder Judiciário, Clèmerson Merlin Clève entende que ela compreende a (i) autonomia institucional e a (ii) autonomia funcional concedida à magistratura. A autonomia institucional “desdobra-se em alguns princípios constitucionais norteadores da organização dos tribunais judiciários. Com efeito, no sistema jurídico brasileiro, vigoram os princípios organizativos do (a) auto-governo, (b) da auto-administração, (c) da inicialidade legislativa e (d) da auto-administração financeira. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 38-40.

⁴⁵⁹ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 138.

competência, situação que implica a análise da estrutura dos órgãos e entidades da administração pública, caracterizada pela hierarquia funcional.

As universidades públicas em geral assumem o modelo autárquico ou fundacional. A questão que se coloca é em que medida essas estruturas jurídicas são receptivas ao conceito de autonomia, inerente à idéia de universidade. Rafael Bielsa distingue os conceitos de autonomia e autarquia por entender que o primeiro significa administrar e o segundo, legislar, regradar a administração. O conceito de autarquia, no administrativo, seria correlato ao de autonomia, no político. O autor argentino não admite a existência de ordenamentos autárquicos autônomos. “No âmbito do direito argentino, afirma o administrativista, se para determinado ente autárquico, além da faculdade de auto-administrar-se que lhe é inerente, a lei confere a capacidade de autonormação, o ente de autárquico converte-se em autônomo”⁴⁶⁰. Por certo que uma adequada análise da autonomia universitária requer um profundo estudo da natureza jurídica das universidades, atividade que extrapola os limites desse trabalho. Fica, aqui, registrada a necessidade desse estudo para melhor aplicar o conceito de autonomia.

A norma do art. 207 da CF é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, tendo em vista que independe de legislação que disponha sobre seu conteúdo, alcance ou sentido. A legislação infraconstitucional, neste aspecto, está restrita a uma possível e não necessária regulamentação que implemente ou otimize sua aplicação.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 3º ed. Buenos Aires: Libreria J. Lajoane y Cia, 1938, citado por RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 28.

⁴⁶¹ Fazendo referência ao pensamento de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*), Nina Ranieri entende que a norma do art. 207 da CF é uma norma completa, “no sentido de que contém todos os elementos e requisitos necessários à sua incidência direta, e de eficácia plena, no sentido de que desde a sua edição produz, ou tem a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativamente aos interesses que regula”. O art. 207 da CF, segundo a autora, não necessita de comandos legislativos complementares, podendo, em algumas hipóteses, aceitar regulamentação ancilar, de caráter instrumental, visando à maior funcionalidade do comando por via da legislação ordinária. Não se trata da incidência da norma, pois ela incide sozinha, mas apenas de regulamentação, embora ela não necessite

O caráter principiológico da autonomia universitária, modernamente conceituada como poder funcional derivado, circunscrito ao peculiar interesse da entidade que o detém e limitado pelo ordenamento que lhe deu causa, sem o qual ou fora do qual não existiria, importa o entendimento de que autonomia não é soberania, é poder derivado, nem independência, pois a autonomia é restrita ao peculiar interesse da entidade.⁴⁶²

A universidade, como instituição, tem o dever de desenvolver e reproduzir conhecimentos, com o objetivo de formar membros que contribuam para o progresso da sociedade a que pertencem. Através do serviço público específico que a universidade deve prestar à sociedade – ensino, pesquisa e extensão – pode ser exercitada a autonomia que lhe foi outorgada, servindo esta como um instrumento à consecução de sua finalidade social.⁴⁶³

A extensão da autonomia universitária é dada pelos objetivos das universidades, ou seja, no exercício de suas finalidades, as universidades são plenamente autônomas. Em um sentido mais amplo, a autonomia universitária está limitada pelos princípios constitucionais gerais que informam todo o ordenamento jurídico, em razão de que, mesmo no exercício de suas finalidades, as universidades devem respeitar todas as normas constitucionais, em especial os direitos fundamentais. De maneira mais específica, é importante compreender os limites constitucionais próprios da autonomia universitária, nos quais traduzem-se as chamadas: (i) autonomia didática; (ii) autonomia científica; (iii) autonomia administrativa; (iv) autonomia de gestão financeira e patrimonial.

A autonomia didática pode ser compreendida como direção própria do ensino oferecido, ou seja, como o reconhecimento da competência da universidade para definir a relevância do conhecimento a ser transmitido, bem

disso. RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 106-107.

⁴⁶² RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 115-116.

⁴⁶³ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 116.

como sua forma de transmissão.⁴⁶⁴ Entre os atributos que conferem a autonomia didática às universidades estão os referidos no parágrafo único, do art. 53, da LDB⁴⁶⁵, bem como nos incisos I, II, III, IV, V, VI e VII, do art. 53, da LDB⁴⁶⁶.

Uma interpretação da autonomia universitária que leve em consideração os princípios gerais do ensino, pode admitir que, por exemplo, em nome da qualidade, as universidades possam ser controladas externamente. Neste sentido, escreve Nina Ranieri: “a liberdade para dirigir o ensino que se reconhece às universidades não significa, portanto, independência ou soberania nesta área. Supõe, antes, a responsabilidade de oferecer ensino de alta qualidade. É sob esse ângulo – e apenas sob ele – que se legitima a interferência do Poder Público na autonomia didática das universidades, como instância superior de contraste do

⁴⁶⁴ Neste sentido, é importante observar que as hipóteses de Mandado de Segurança contra ato da universidade que declara jubilado o aluno, o objeto da ação mandamental somente pode ser em dois sentidos: a garantia do devido processo legal ou a garantia do princípio da isonomia. Estando presente, no ato da Universidade, o devido processo legal e assegurada a igualdade de tratamento, nas hipóteses de casos análogos, não compete ao Poder Judiciário decidir sobre o mérito do pedido administrativo de prorrogação do prazo, por afronta ao princípio da autonomia didática.

⁴⁶⁵ Nos termos do parágrafo único, do art. 53, da LDB, caberá aos colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre: (i) criação, expansão, modificação e extinção de cursos; (ii) ampliação e diminuição de vagas; (iii) elaboração da programação dos cursos; (iv) programação das pesquisas e das atividades de extensão; (v) contratação e dispensa de professores; (vi) planos de carreira docente.

⁴⁶⁶ Dispõe no art. 53 da LDB, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: (i) criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (ii) fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes; (iii) estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão; (iv) fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio; (v) elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes; (vi) conferir graus, diplomas e outros títulos; (vii) firmar contratos, acordos e convênios; (viii) aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais; (ix) administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos; (x) receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

uso adequado daquela liberdade, consoante os interesses para os quais foi concedida”.⁴⁶⁷

A autonomia científica recupera discussões profundas sobre a universidade.⁴⁶⁸ Compreendendo tanto a autonomia coletiva, referente à auto-gestão da universidade em matéria de seu peculiar interesse, bem como a autonomia pessoal, integrante do direito do professor universitário de pesquisar e ensinar o que crê ser a verdade, a matéria está incerta em sua completude, no dispositivo Constitucional que garante a liberdade de apreender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.⁴⁶⁹

Por certo que a liberdade acadêmica do docente não se realiza por completo se a universidade a qual pertence não possui idêntica liberdade. Sob o aspecto da autonomia universitária propriamente (autonomia coletiva), “a autonomia científica tem implicação direta na organização das universidades que, baseada na divisão dos campos de conhecimento, implica autonomia organizacional no que concerne ao desenvolvimento das disciplinas científicas. Como o conhecimento científico não é meramente local ou nacional, mas internacional, a organização das disciplinas confere às universidades sua dimensão universal, característica básica da vida universitária desde as suas origens.”⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 118-119.

⁴⁶⁸ Neste sentido, ver: WEBER, Max. *Sobre a Universidade*. Tradução portuguesa por Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez, 1989. Neste livro, que é uma coletânea de artigos do mestre alemão escritos para jornais, Weber demonstra sua indignação com os rumos da liberdade acadêmica na Alemanha, constantemente ameaçada pelo poder do Estado e da Igreja. Segundo Weber, “o fato é que a suposta liberdade acadêmica está nitidamente limitada pelo perfilhamento de certas opiniões que são politicamente aceitáveis em círculos da corte e em salões e, além disso, pela manifestação de determinado mínimo de conformidade com a opinião eclesiástica ou pelo menos, um fac-símile disso. A ‘liberdade de ciência’ existe, na Alemanha, dentro dos limites da aceitabilidade política e eclesiástica”. (p. 63)

⁴⁶⁹ Esse assunto é tratado, em parte, neste trabalho, também no tópico “Liberdade de apreender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, do capítulo “O ensino público e o ensino privado: princípios gerais”.

⁴⁷⁰ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 122.

O controle de qualidade mencionado acima também se aplica à autonomia científica. No momento em que o art. 218 da CF dispõe que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica e as universidades são os instrumentos mais adequados à consecução desses objetivos, ao Estado que investe recursos públicos é facultado o direito de exigir os resultados desse financiamento.⁴⁷¹ De forma alguma se trata de ingerência na autonomia científica das universidades, mas do dever de prestar contas.⁴⁷²

A autonomia administrativa, por sua vez, é decorrência da autonomia didático-científica e pressuposto da autonomia de gestão financeira patrimonial. Consiste, basicamente, no direito de elaborar normas próprias de organização interna, em matéria didático-científica, de administração de recursos humanos e materiais e no direito de escolher dirigentes.⁴⁷³

⁴⁷¹ Segundo os parágrafos 1º e 2º, do art. 218, da CF, a pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem comum e o progresso das ciências, bem como a pesquisa tecnológica voltar-se-á, preponderantemente, para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

⁴⁷² Sobre isso, escreve BOAVENTURA, Edivaldo M. A Constitucionalização da autonomia universitária. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 4, jul/set 1993, p. 13-22: “a liberdade atribuída à universidade deve ser combinada com a obrigação de prestar contas dos recursos recebidos.”

⁴⁷³ Implica a autonomia referida nos incisos VII, VIII, IX e X, do art. 53, da LDB, acima transcrito. Nos termos do art. 54 e § 1º, da LDB, as universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal. No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão: (i) propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis; (ii) elaborar o regulamento de seu pessoal, em conformidade com as normas gerais concernentes; (iii) aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor; (iv) elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais; (v) adotar regimes financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento; (vi) realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos; (vii) efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial, necessárias ao seu bom desempenho.

Segundo Nina Ranieri, “a competência para legislar sobre o que lhe é próprio tem por escopo a colmatação das áreas de peculiar interesse propositalmente não preenchidas pelo legislador (por determinação Constitucional), com vistas à consecução de seus objetivos institucionais”. Assim, “revestidas de tais atributos (e desde que emitidas validamente) as normas universitárias integram a ordem jurídica como preceitos de valor idêntico ao da lei formal na escala de suas fontes formais, e de idêntica hierarquia em relação às demais normas, gerais e especiais, que promulgadas com base no art. 24, IX, da Constituição Federal, disponham sobre matéria de cunho didático-científico, administrativo e de gestão financeira e patrimonial, e cujo sujeito passivo sejam as universidades”.⁴⁷⁴

Decorre dessa dupla condição não hierárquica um importante conseqüência jurídica: “a prevalência das decisões legais da universidade sobre normas exógenas de igual valor, no que respeita a seu peculiar interesse. Em outras palavras, a legislação universitária, no âmbito de sua competência, afasta a incidência de normas gerais que não tenham natureza diretivo-basilar, quando invadam sua esfera de incidência⁴⁷⁵ (...). Esse talvez seja o desdobramento mais significativo da autonomia universitária. A universidade é uma entidade normativa. Produz direito; suas normas integram a ordem jurídica porque assim determinou a norma fundamental do sistema.”⁴⁷⁶

É necessário observar que as normas disciplinadas pelas universidades devem estar voltadas à otimização dos fins da universidade – ensino, pesquisa e extensão – garantindo a utilização eficiente de recursos humanos e materiais.

⁴⁷⁴ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 124-125.

⁴⁷⁵ Nina Ranieri cita como exemplo de invasão intolerável aceitar que as Assembleias Legislativas Estaduais promulgassem leis que dispusessem sobre a forma de realização de concursos docentes ou sobre a forma e a constituição de órgãos internos, nas universidades estaduais públicas. RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 125.

⁴⁷⁶ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 125.

Em matéria de recursos humanos, a liberdade organizacional manifesta-se pela definição da forma de escolha dos dirigentes, pelo estabelecimento de planos de carreira, docentes e não-docentes e dos correspondentes vencimentos, através da criação de cargos e funções dentro das carreiras (observado o art. 169, § 1º, inciso I, da CF, que exige dotação orçamentária) e pela determinação de critérios de seleção, contratação, nomeação, demissão, promoção, exoneração e transferência de servidores docentes e não docentes, observadas as disposições constitucionais.⁴⁷⁷ A autonomia administrativa em matéria de recursos humanos, não é incompatível com a forma de contratação dos servidores (estatutário ou trabalhista), estabelecido, por lei, pela pessoa de direito público instituidora.⁴⁷⁸

A Emenda Constitucional nº 11 inseriu o § 1º, no art. 207, da CF, possibilitando a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. Da mesma forma, a Lei nº 8745/93, alterada, em parte, pela Lei 9849/99, dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX, do art. 37, da CF, hipótese que elenca a possibilidade da admissão de professor substituto e de professor visitante, bem como de professor e pesquisador visitantes estrangeiros. Nina Ranieri, analisando a matéria ainda sob a égide da Lei 8.112/90⁴⁷⁹, questiona se as universidades federais estariam sujeitas aos requisitos e condições impostas pela lei ordinária⁴⁸⁰, *ex vi* do art. 37, IX e do art. 39, da Constituição, ou estariam desobrigadas, em razão de sua

⁴⁷⁷ Quanto à responsabilidade das universidades para com os encargos previdenciários (aposentadorias), ver o parecer de GARCIA, Maria. A autonomia universitária e os encargos previdenciários (aposentadorias). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 8, jul/set, 1994, p. 170-173.

⁴⁷⁸ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 125-127.

⁴⁷⁹ A Lei 8.745/93 revogou os arts. 232 a 235 da Lei 8.112/90

⁴⁸⁰ Tanto a legislação revogada, analisada pela autora, como os dispositivos da Lei 8.745/93 com suas alterações posteriores, disciplinam condições e critérios para a contratação. Na legislação em vigor, os critérios e condições implicam a forma de contratação, seja através de processo seletivo ou da análise de *curriculum vitae*, nos prazos e possibilidades de prorrogação.

autonomia. Segundo a autora, o art. 207 da CF garante um certo grau de liberdade de ação da universidade em relação ao Estado, “diante da possibilidade de atuação autônoma dentro de limites específicos (as áreas didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial), o que implica a delimitação de um território imune a influências da legislação ordinária em hipóteses não derivadas diretamente da Constituição, e no qual prevalecerão as decisões da instituição”⁴⁸¹.

Desta forma, a análise da questão deve ser desmembrada em dois aspectos: o primeiro refere-se aos professores substitutos e aos professores visitantes não estrangeiros, que continuam regulamentados por lei ordinária. Quanto a estes, independente do fundamento Constitucional disposto no art. 37 IX da CF, Nina Ranieri entende que a legislação ordinária não alcança as universidades federais, por causa da autonomia universitária, assegurada no art. 207 da CF; o segundo aspecto refere-se aos professores, técnicos e cientistas estrangeiros e, em que pese a autonomia universitária, nessa matéria, o direito está regulado na Constituição e o dispositivo exige a regulamentação por lei. Nesta situação, surge o questionamento sobre uma possível inconstitucionalidade da emenda Constitucional, tendo em vista que a matéria deixou de ser própria das universidades para estar sujeita à regulamentação por lei. A análise desta questão implica a proteção do núcleo essencial, referente ao direito, ou seja, em que aspecto e extensão deve ser compreendido o conceito de autonomia universitária, bem como a possibilidade de o legislador ordinário disciplinar uma matéria específica no texto Constitucional e vincular a regulamentação de tal por lei ordinária, situação que afasta a competência normativa das universidades de disciplinar como dar-se-ão as contratações.⁴⁸²

⁴⁸¹ RANIERI, Nina. A autonomia universitária e a contratação temporária de excepcional interesse público. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 3, abr/jun 1993, p. 86.

⁴⁸² Sobre a contratação de professores estrangeiros, ainda que escritos antes da emenda Constitucional, ver os artigos de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Contratação de Professores estrangeiros perante a Constituição Federal de 1988. Revista de Direito Público*,

A autonomia administrativa, quanto aos recursos materiais, manifesta-se na própria estruturação dos órgãos, entidades, unidades, estabelecimentos de apoio etc., necessários ou convenientes a seus objetivos institucionais e na celebração de acordos, contratos, convênios, convenções etc., sob os mesmos fundamentos.⁴⁸³

A autonomia de gestão financeira e patrimonial, quanto às universidades públicas, “consiste, basicamente, no ato de gerir os recursos públicos (financeiros e materiais) que são postos à sua disposição. (...). Para as universidades estatais, cuidando-se de recursos e bens públicos, o ato de gerir tem alcance mais específico, estando a significar alocação e disposição de recursos com garantia de utilização criteriosa e destinação certa em face da finalidade pública que orienta a existência da própria instituição”⁴⁸⁴.

Segundo Nina Ranieri, “em face de seu caráter instrumental, a autonomia de gestão exige responsabilidade institucional, o que supõe o processamento interno de demandas, o estabelecimento de prioridades, de planos de desenvolvimento a médio e longo prazo, bem como a conseqüente promoção da democratização interna da universidade. (...). A ausência de autonomia financeira, comprovadamente, promove a irresponsabilidade administrativa e a

São Paulo, nº 97, jan/mar. 1991; GARCIA, Maria. Professores estrangeiros – Contratação pela Universidade Pública, *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 97, jan/mar. 1991; DALLARI, Dalmo de Abreu. Professores Estrangeiros. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 97, jan/mar. 1991; REALE, Miguel. Professores Estrangeiros. *O Estado de São Paulo*, edições de 22/02/1991 e 07/12/1991; RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 128.

⁴⁸³ Em parecer jurídico, a Procuradoria da UNESP aborda a ilegalidade e a inconstitucionalidade de uma medida administrativa do governo do Estado de São Paulo, que limita a prévia manifestação do Secretário de Fazenda quanto à disponibilidade financeira, a celebração, alteração e prorrogação de contratos de serviços e obras, bem como de compras de material permanente e de equipamentos até determinado valor. NACARATO, Eliete de Souza Ferreira. O alcance da autonomia de gestão financeira e patrimonial da Universidade, fundada no artigo 207 da Constituição Federal. *Estudos e Pareceres Jurídicos – Unesp*, São Paulo, vol. 4, jan/dez 1993, p. 37-40.

⁴⁸⁴ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 130.

impossibilidade de priorizar despesas tornando as universidades onerosas, perdulárias e ineficientes.”⁴⁸⁵

A autonomia de gestão financeira e patrimonial, desta forma, possibilita às universidades: alienar os bens imóveis que lhes pertençam (observadas as disposições legais pertinentes, em especial a Lei 8.666/93); decidir sobre a utilização e oneração dos mesmos; instituir fundações com bens de seu patrimônio e recursos de seu orçamento; contrair empréstimos; criar cargos próprios; investir em pesquisa; cobrar taxas de serviços; subsidiar restaurantes; realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, etc.⁴⁸⁶

A autonomia universitária também propicia, em especial à universidade pública, a obtenção de recursos para sua manutenção, em outras fontes e não, apenas, através de recursos públicos do Estado. Essa possibilidade, aliada aos problemas de financiamento público, encontrados em todas as universidades, está gerando diversas fontes alternativas de custeio, atividade que necessita estar disciplinada de forma criteriosa, sob pena de verdadeira desconfiguração do papel da universidade pública na sociedade brasileira.

Neste sentido, abordando a questão das fontes alternativas de custeio das universidades, Michelangelo Giotto Santoro Trigueiro escreve que, sem desconhecer as imensas carências de recursos das universidades, questiona-se a “pertinência da chamada ‘captação de recursos’, como é feita hoje, em várias universidades públicas, muitas vezes sem qualquer relação com os objetivos acadêmicos precípuos, ou até contra estes, competindo com a iniciativa privada, com prerrogativas ilegítimas, servindo-se da condição de ser uma instituição sem fins lucrativos e especializada, com vantagens na dispensa de processos

⁴⁸⁵ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 131-132.

⁴⁸⁶ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 132-133.

licitatórios”.⁴⁸⁷ Segundo o professor Michelangelo Trigueiro, “o poder paralelo de órgãos captadores de recursos e das fundações ao da reitoria e da administração superior das universidades é um dos grandes obstáculos internos a vencer na construção de um novo papel para essas instituições. É óbvio que tais órgãos são muito importantes, principalmente quanto à possibilidade de realizar inúmeras parcerias, acordos, convênios, melhorando a condição financeira das instituições universitárias, bem como propiciando, também, condições e oportunidades de trabalho adequadas aos membros da comunidade universitária”. A questão está em compreender até que ponto essas entidades de captação de recursos não estão desempenhando um papel que aumenta em muito as “resistências internas às mudanças mais profundas e necessárias nas universidades, entre as quais a melhor definição da autoridade, a delimitação das atribuições e competências de cada nível ou instância decisória e o fortalecimento acadêmico. Estas mudanças também passam pelo estabelecimento dos limites precisos de atuação desses novos setores e órgãos captadores de recursos externos, bem como pela redefinição da política orçamentária da instituição”.⁴⁸⁸

Tendo presente a complexidade da questão, mas, ao mesmo tempo, preocupada com as ações concretas da universidade no campo da prestação de serviços passíveis de captação de recursos para a universidade, a Consultoria e Procuradoria Jurídica da Universidade Federal do Paraná submeteu aos conselhos superiores da instituição uma proposta de alteração da Resolução interna, que trata da prestação de serviços. Com a proposta apresentada, ficam expressamente excluídas da prestação de serviços, que possibilitam auferir recursos para a Universidade, aquelas atividades de caráter meramente técnico-administrativo, não vinculadas estritamente às finalidades próprias da

⁴⁸⁷TRIGUEIRO, Michelangelo Giotto Santoro. *Universidades públicas. Desafios e possibilidades no Brasil contemporâneo*, p. 46.

⁴⁸⁸ TRIGUEIRO, Michelangelo Giotto Santoro. *Universidades públicas. Desafios e possibilidades no Brasil contemporâneo*, p. 50-51.

universidade⁴⁸⁹, bem como os serviços públicos, definidos, constitucionalmente, como dever do Estado, em especial o ensino público, a prestação pública de saúde e a assistência judiciária gratuita. A proposta ainda sugere que a receita bruta, advinda da prestação de serviços, seja parte integrante do orçamento geral da universidade, a título de receita derivada.⁴⁹⁰

Por fim, a compreensão da autonomia universitária implica uma breve menção ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Conforme escreve Nina Ranieri, “a relação entre ensino e pesquisa advém da própria essência da universidade.”⁴⁹¹ A extensão, por sua vez, decorre da natureza social do trabalho universitário (geração, organização e difusão de conhecimentos) que, financiado por recursos públicos (em se tratando de escolas estatais), deve visar aos interesses mediatos e imediatos da população”.⁴⁹²

No entendimento da jurista de São Paulo, o princípio da indissociabilidade reforça a autonomia das universidades: “sendo úteis ao Estado os resultados de sua atividade enquanto prestadora de serviços, a universidade de ‘protegida’ passa a ser parceira do Estado, abandonada para ambas as partes a tradicional postura paternalista. (...). O princípio da indissociabilidade não impede, todavia, que dentro de uma mesma instituição universitária, unidades diversas estejam

⁴⁸⁹ Neste sentido, escreve Michelangelo Giotto Santoro Trigueiro “sobre o não comprometimento institucional de diversos indivíduos, que procuram garantir espaços exclusivos de atuação profissional e compensação, mediante suas consultorias privadas, trabalhos desvinculados das práticas acadêmicas ou administrativas regulares, ou ações isoladas, nos departamentos e centros administrativos da organização.” TRIGUEIRO, Michelangelo Giotto Santoro. *Universidades públicas. Desafios e possibilidades no Brasil contemporâneo*, p. 53-54.

⁴⁹⁰ A proposta de alteração da Resolução nº 30/97 do Conselho Universitário da UFPR foi encaminhada através do Processo administrativo nº 23075.6912/99-49.

⁴⁹¹ Para a autora, “historicamente o ensino sempre esteve ligado à pesquisa (e, de fato, não haveria de se aceitar professores como meros repetidores de conhecimentos enlatados, ou o novo não repondo o antigo).” RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 135.

⁴⁹² RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 134.

mais voltadas com ênfases diversas à pesquisa, ao ensino e à extensão (considerada aqui a modalidade de prestação de serviços diretos).”⁴⁹³

A autonomia, referida no art. 207 da CF, em grande parte, é dirigida às universidades públicas, em especial à parte que compreende a questão administrativa e de gestão dos recursos financeiros e patrimoniais. Quanto à universidade privada, esta deve ser compreendida nos termos dos princípios gerais do ensino e do específico regime do ensino privado, já abordados nesse trabalho. A sua autonomia, por certo, está vinculada à parte acadêmica, uma vez que sua natureza jurídica garante independência administrativa e de gestão de seus recursos.

A autonomia didático-científica das universidades privadas corresponde, em igual extensão, à autonomia conferida às universidades públicas, nos termos já abordados. Em assuntos de cunho didático-científico, portanto, as universidades privadas possuem autonomia para disciplinar a matéria. Neste sentido, o art. 7º, inciso I, da LDB, é aplicável somente nas hipóteses em que a legislação se restrinja às normas gerais de educação nacional, pois o restante da matéria a ser disciplinada, tanto sob o aspecto didático como sob o científico, a competência é da universidade. Desta forma, a universidade está autorizada a criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior. Note-se que ao Poder Público é conferido o direito de fiscalizar a qualidade dos cursos ofertados, situação que pode acarretar o descredenciamento dos cursos que não atingirem os padrões de qualidade exigidos.

O tema da autonomia universitária é bastante complexo e está presente em toda a análise da universidade. Pensar a universidade sem discutir a sua autonomia é uma atividade quase impossível. No entanto, dentro dos objetivos desse trabalho, a questão da autonomia, infelizmente, não pode ser tratada de forma aprofundada.

⁴⁹³ RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, p. 136.

8.2. A função pública da universidade pública

No momento em que a universidade é, também, lugar da iniciativa privada, que sob as diversas formas de constituição, promovem o ensino, a pesquisa e a extensão, mediante auto-financiamento e, em especial, pela cobrança de mensalidades, o dever do Estado para com a educação implica a compreensão de que, além dos ensinos fundamental e médio, o ensino superior público e gratuito é indispensável a uma comunidade social e política que se pretenda democrática.

A universidade pública, neste sentido, deve-se distinguir da universidade privada, deve ser o local próprio daqueles que procuram a continuidade dos estudos apenas pelas qualidades que possuem, independente de condição social, credo, origem étnica, cor, etc. Isso não implica afirmar que a universidade privada não cumpre uma função pública. Pelo contrário, a universidade privada deve ser compreendida como um espaço público não estatal, portanto, como um espaço democrático, um espaço que respeita a diferença, enfim, como um espaço público livre.

No entanto, o financiamento do poder público⁴⁹⁴ e a garantia dos princípios da isonomia e da gratuidade fazem da universidade pública um lugar especial e a preservação deste lugar implica a definição clara de uma política pública para as universidades estatais.

Um tema presente no debate universitário são as funções públicas da universidade pública. Tendo em vista o alargamento de suas funções, a universidade está sendo cobrada pela sociedade em diversas frentes, mediante a prestação de serviços que, prioritariamente, não compete a ela fornecer. Neste

sentido, podem ser citados os hospitais universitários públicos, na prestação de saúde e os escritórios-modelos de assistência jurídica, na função de prestador de assistência judiciária gratuita.

Uma questão que está sendo discutida nas universidades e que implica uma análise profunda de suas funções diz respeito às fontes alternativas de custeio dos hospitais públicos universitários. Mantidos pelo Poder Público, a questão refere-se à possibilidade de os hospitais públicos universitários firmarem convênio, para atendimento particular ou através de fundo privado de assistência médica.

A análise adequada desta questão implica a divisão em tópicos, assim definidos: (i) serviço público e saúde; (ii) a saúde como dever do Estado; (iii) a natureza autárquica das universidades públicas; (iv) o ressarcimento, ao SUS, pelos planos de saúde privados.

Serviço público e saúde

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁹⁵, quando escreve sobre *serviço público*, o divide em duas modalidades: serviços públicos privativos do Estado e serviços públicos não privativos do Estado. Dentre os serviços públicos não privativos do Estado, está a *prestação de saúde*, que pode ser desempenhada por particulares, independentemente de concessão, estando sujeita apenas a uma fiscalização do Poder Público.

⁴⁹⁴ Segundo o art. 55 da LDB, a União assegurará, anualmente, em seu Orçamento Geral, recursos suficientes para a manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior por ela mantidas.

⁴⁹⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10^o ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 433-454.

No entanto, adverte o administrativista paulista que, em rigor técnico, a *prestação de saúde* somente é *serviço público* quando desempenhada pelo Estado.

Disso resulta que, sendo serviço público, a prestação de saúde está vinculada ao Regime Jurídico Administrativo, ou seja, ao Regime de Direito Público, que implica a observância de diversos requisitos legais para seu funcionamento.

Dentre esses requisitos, está o princípio da legalidade. Em seu sentido mais amplo, como escreve José Afonso da Silva, o princípio da legalidade “é nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.”⁴⁹⁶

No âmbito da administração pública, o princípio da legalidade, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”⁴⁹⁷

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, o princípio da legalidade “é o princípio capital para a configuração do regime jurídico administrativo. (...) a consagração da idéia de Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 400.

⁴⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 78.

⁴⁹⁸ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 47.

É importante frisar que a característica formal do serviço público é estar sob a égide do Regime Jurídico Administrativo, que tem no princípio da legalidade o seu fundamento. Como escreve o próprio Celso Antônio, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize.”⁴⁹⁹

A saúde como dever do Estado

O modelo Constitucional implantado em 1988 tem como característica a idéia de um Estado Democrático de Direito. Em que consiste esse Estado? A resposta a esta pergunta exige a análise dos princípios constitucionais fundamentais, esculpidos no art. 1º da Carta maior. São eles: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Em consonância com o movimento Constitucional que se solidificou no pós-guerra (Alemanha, Itália, França, Espanha e Portugal, principalmente), a Constituição Brasileira, muito mais do que positivizar princípios, buscou dar a esses princípios eficácia normativa.

Como conseqüência, todo o texto Constitucional procura fortalecer e concretizar os princípios referidos, que são a gênese de toda e qualquer sociedade. Portanto, quando a Constituição fala em saúde, no art. 6º, ou no art. 196, ela procura realizar, normativamente, os fundamentos constitucionais.

Muito mais do que realizar normativamente a constituição, os participantes da vida Constitucional necessitam lhe dar força viva. Konrad Hesse⁵⁰⁰, no melhor trabalho sobre a Lei Fundamental de Bonn, escreve que “a Constituição compõe-se de normas. Nelas estão exigências à conduta humana,

⁴⁹⁹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 52.

ainda não a essa conduta mesma; elas permanecem letra morta e nada produzem se o conteúdo daquelas exigências não passa à conduta humana.” Em outras palavras, a Constituição deve ser realizada, deve-se buscar a “vontade de Constituição”, que significa buscar realizar os seus mandamentos, os seus objetivos.

A construção de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, pela prestação de direitos sociais, direitos indispensáveis ao pleno desenvolvimento do ser humano. A Constituição Federal tratou dos direitos sociais, no art. 6º, qualificando como tais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer e outros.

No art. 196, a saúde figura como direito de todos e dever do Estado. Em que consiste esse dever do Estado? Qual a sua amplitude?

Cabe ao Estado, como define a própria Constituição, estabelecer “políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O dever do Estado para com a saúde é concretizado mediante ação integrada, em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes que estabelece.

O dever do Estado para com a saúde é realizado por via do SUS, Sistema Único de Saúde. Previsto no texto Constitucional (art. 198), o SUS foi regulamentado pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe o art. 4º, do referido texto legal, que o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS. Segundo o §2º, a iniciativa privada poderá participar do SUS, em caráter complementar.

⁵⁰⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 47.

Deve-se extrair, do referido dispositivo, que o legislador vinculou a administração pública prestadora de saúde, em todo o seu conjunto, ao Sistema Único de Saúde.

No mesmo estatuto normativo, o art. 43 prevê a gratuidade das ações e serviços de saúde. Segundo o dispositivo legal, a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos e privados contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Seguindo este raciocínio, o SUS, portanto, a operacionalização do dever Constitucional do Estado em prestar saúde à população, se dará de forma gratuita. Deve-se frisar, então, que o Estado, quando investe recursos públicos no sistema de saúde, não visa explorar economicamente essa atividade, mas visa prestar um serviço público básico ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Por ser objeto da presente análise, merece ressalva o art. 45 da mesma lei, que dispõe acerca dos hospitais universitários e de ensino. Segundo o dispositivo, os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao SUS, mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ao ensino, à pesquisa e à extensão, nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

Inicialmente, fazendo uma interpretação gramatical do dispositivo, verifica-se que o texto faz uma afirmativa: “os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao SUS”. Logo em seguida, é feita a ressalva de que a integração se dará por convênio, preservada a autonomia administrativa em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ao ensino, à pesquisa e à extensão, nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

Essa segunda parte do dispositivo deve ser interpretada no sentido de que as Universidades Públicas, por exemplo, já que o dispositivo não faz distinção entre Universidade Pública e Privada, têm preservada a sua autonomia administrativa. O que significa essa afirmativa? Significa que o patrimônio, os recursos humanos e financeiros e o que dispõe ficam sob responsabilidade da instituição de ensino, não são incorporados pelo SUS. A ressalva de que a prestação de saúde pelos hospitais universitários será feita por convênio, vem atender única e exclusivamente a autonomia administrativa da universidade, deixando a gestão do hospital sob responsabilidade da universidade. Agora, esse dispositivo não autoriza a realização de atendimento particular ou por convênio, nem pressupõe que apenas parte dos serviços realizados pelo hospital universitário esteja vinculado ao SUS. A regra do art. 4, da referida lei, dispõe que todo o sistema de prestação pública estatal de saúde fica vinculado ao SUS e é gratuito.

O dispositivo ainda faz menção a “limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados”. Essa questão nos remete a uma outra discussão, fundamental na análise do presente estudo: a natureza jurídica da instituição.

A natureza autárquica das universidades públicas

O Estado, quando necessita prestar uma atividade erigida como essencial e imprescindível ao desenvolvimento da sociedade, tem, entre suas possibilidades, a criação de uma autarquia.

Hely Lopes Meirelles⁵⁰¹ conceitua autarquia como “entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.” Escreve, ainda, o saudoso administrativista que “a autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da

Administração centralizada. Por essa razão à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo”.

É ponto pacífico o entendimento de que não compete à autarquia exercer atividade econômica, atividade que não esteja vinculada aos fins primeiros do Estado. Esse entendimento é fortalecido pelas prerrogativas que possui a autarquia, como o duplo de jurisdição, os prazos processuais diferenciados, o pagamento de suas dívidas, a cobrança de seus créditos etc., ou seja, ela não pode e nem deve participar de atividade econômica, até porque participaria em condição de desigualdade com os particulares.

A prestação de saúde, quando desenvolvida pelo Estado, é serviço público, é gratuita, está sob a égide do regime jurídico administrativo. Quando o serviço de saúde não é prestado por entidade pública, é atividade econômica, está sob a égide das leis de mercado, é de direito privado.

A Constituição Federal restringe a atuação do Estado, na atividade econômica, quando necessária, aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, ambos definidos em lei (art. 173). Essa restrição se faz em nome do princípio da livre iniciativa (art. 1º IV) que, nas atividades lucrativas, a preferência da exploração é do particular.

A universidade tem como principal finalidade o ensino, a pesquisa e a extensão, atividades vinculadas à área de educação. Dentro do propósito de melhor formar os seus alunos, a Universidade tem o seu hospital, que serve como laboratório para os alunos, onde são desenvolvidas tecnologias e, também, por ser inerente à sua atividade educacional, onde são prestados serviços de saúde. A interpretação da natureza jurídica desses serviços de saúde, fazendo referência ao que Friederich Müller⁵⁰² chama de *âmbito da norma*, não é outra

⁵⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 301.

⁵⁰² MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, Berlin, 3º ed. 1989.

senão de que esses serviços são serviços públicos, são atividades exercidas pelo Estado no desempenho de suas funções, constitucionalmente definidas.

No caso de prestação de saúde, sob o regime Constitucional de 1988, é impossível conceber que o Estado, através de instituições por ele mantidas, venha a desenvolver atividade econômica em setor que tem claro conteúdo de serviço público e essencialidade para a população. Olhando mais atentamente para a realidade brasileira, em que a falta de prestação pública de saúde é notória, visualizar modalidade particular em hospital público é flagrantemente inconstitucional.

A situação de hospital universitário não descaracteriza o dever Constitucional de ter a sua totalidade de serviços destinados ao sistema único de saúde. Isso porque o hospital é mantido por verba pública, pelo dinheiro do contribuinte, que tem direito subjetivo público de pleitear o atendimento.

A universidade, por ser pública, tem um dever para com a sociedade, de contraprestação dos investimentos públicos que aqui são feitos. A constante falta ou irregularidade no repasse dos recursos não autoriza a cobrança dos serviços. Sendo a falta de recursos uma realidade não só nos Hospitais públicos mas em toda a administração pública, os cursos de Direito poderiam, desta forma, também começar a cobrar honorários pelos serviços jurídicos prestados pelo Escritório-Modelo de Assistência Jurídica. No entanto, a institucionalização dessas práticas decretaria o fim da Universidade Pública!

Deve-se observar, também, que a Portaria conjunta MEC/MS nº 1, de 16/08/94, que determina setenta por cento (70%), no mínimo, de atendimento ao SUS, pelos Hospitais Universitários, não autoriza que os outros trinta por cento (30%) possam ser prestados nas modalidades particular e convênio. A portaria não pode restringir o que a Lei e a Constituição não restringiram. O argumento de que a obrigação dos Hospitais Universitários Públicos para com o SUS é de apenas setenta por cento (70%) de sua capacidade, não encontra respaldo legal, pois o art. 4º, da Lei 8.080/90, vincula todo o sistema estatal público

prestacional de saúde ao SUS, sob a égide do impositivo Constitucional de que a saúde é dever do Estado (art. 196 CF).

Acrescente-se, ainda, a condição de estar pagando pelo serviço implicar a exigência de um tratamento diferenciado, situação que ataca frontalmente o princípio da isonomia no serviço público.

O ressarcimento ao SUS pelos planos de saúde privados

A Lei 9.656/98 dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. O seu art. 32 regulamenta a prestação pública de saúde, pelo SUS, a consumidores de planos de saúde privados.

Com a pretensão de equilibrar as contas públicas, no caso de aquele que possui plano privado de saúde ter a restituição promovida, em razão de seu atendimento médico por hospital público - SUS, o art. 32 da referida lei estabelece que os prestadores públicos de saúde serão ressarcidos pelas operadoras, a que alude o art. 1º da referida lei.

Desta forma, o atendimento, pelo SUS, a consumidores de planos de saúde, será ressarcido pelas operadoras, como forma de evitar que o sistema público seja onerado indevidamente.

A operacionalização do sistema de ressarcimento, conforme dispõe a própria Lei referida e a Portaria n.º 9 de 03/11/1998 do Ministério da Saúde, será realizada, diretamente, pela prestadora do serviço (na hipótese, os Hospitais Públicos Universitários) (art. 32 § 1º da Lei), mediante a autorização do gestor local.

É importante frisar que a situação dos Hospitais Públicos Universitários é de vinculação total ao SUS, pois este representa os investimentos públicos na área de saúde, ressaltando que, no caso dos Hospitais Universitários, a vinculação não é automática, mas por convênio. Isto, em respeito à autonomia administrativa da Universidade, que faz o gerenciamento do Hospital.

Desta forma, o que pretende o art. 32 da Lei 9.656/98 não é permitir convênios com os planos privados de saúde, mas tão só ressarcir o sistema público – SUS, quando o atendimento se der a paciente portador de plano de saúde privado. Esse entendimento é fundamental na compreensão do referido dispositivo legal, em razão de que as verbas arrecadadas dos planos de saúde entrarão na contabilidade do Hospital Público universitário como verbas do SUS, e, desta forma, estão sujeitas a todos os procedimentos de aplicação e fiscalização aos quais, em geral, estão sujeitas as verbas destinadas pelo Sistema Único de Saúde.

Outro entendimento não é possível, já que o assunto em tela é ‘ressarcimento’ do investimento realizado pelo SUS. Na hipótese de Hospitais privados que são conveniados com o SUS, por certo que, se o paciente apresentar plano de saúde no qual o Hospital seja credenciado, ele não entrará nessa sistemática. Mas, no caso dos Hospitais Públicos Universitários, nos quais todo o atendimento de saúde é através do SUS, é saúde pública por imperativo Constitucional, a relação jurídica entre o Hospital e os planos de saúde será apenas de ressarcimento dos investimentos realizados pelo SUS, sendo contabilizada tal verba ressarcida como verba do SUS.

A operacionalização do sistema de ressarcimento é definida na Resolução n.º 9, de 03 de Novembro de 1998, do Ministério da Saúde, publicada no Diário Oficial do dia 04 de Novembro de 1998.

Com base no que foi exposto, pode-se concluir que: 1) o art. 32 da lei 9.656/98 não autoriza os Hospitais Públicos Universitários a fazer convênios com planos de saúde privados; 2) o ressarcimento estabelecido pelo dispositivo legal entrará no orçamento contábil do Hospital como verba do SUS, estando sujeita a todo o procedimento de fiscalização e aplicação aos quais, em geral, estão sujeitas tais verbas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aqui, talvez seja importante reafirmar algumas questões que foram abordadas ao longo do texto. Em um primeiro momento, tendo em vista o retrospecto do direito à educação, no Constitucionalismo brasileiro, é necessário frisar o potencial normativo, constante da atual Constituição brasileira. Sem dúvida alguma, a Constituição de 1988 prestigiou o direito à educação, atribuindo-lhe a característica de direito fundamental social e dispondo ser um dever do Estado prestá-lo.

Outro aspecto importante a ser reafirmado diz respeito a uma adequada teoria dos direitos fundamentais. É tendo em conta os direitos fundamentais como elementos fundadores da ordem jurídica que o direito à educação, em suas mais diversas peculiaridades, deve ser pensado. Compreender adequadamente os direitos fundamentais revela-se um quesito preliminar ao estudo do direito à educação.

Um terceiro aspecto revela-se no forte conteúdo interdisciplinar do direito à educação. Definir o que seja o direito à educação é uma atividade que o jurista sempre terá que buscar nas áreas afins à educação. Não se trata, portanto, de uma conceituação jurídica, nos moldes tradicionais de definição dos institutos jurídicos. A interpretação da norma deve compreender o texto escrito e o âmbito

da norma e este é totalmente influenciado pelas disciplinas da pedagogia, da psicologia, da sociologia e da filosofia.

Um quarto aspecto exige a distinção e também a conjugação das chamadas instituições públicas estatais de ensino e das instituições públicas não-estatais (ou privadas) de ensino. O ensino público estatal está sob regime especial e deve atender além das normas gerais (também vinculativas das entidades privadas), aquelas que são específicas suas, como pode-se observar no capítulo sexto do trabalho. O ensino privado (público não-estatal), por estar sujeito a princípios gerais, deve atender aquilo que é típico da esfera pública e, portanto, que não está sob a esfera da atuação privada livre. Ainda que a entidade seja formada nos moldes de uma sociedade mercantil, como uma sociedade com fins lucrativos, o espaço público do ensino não é descaracterizado e isso implica, principalmente, o atendimento das normas gerais do ensino como liberdade, igualdade, qualidade e valorização do profissional do ensino.

Outro aspecto diz respeito aos recursos públicos. A Constituição define um percentual da arrecadação dos impostos para a aplicação na educação. Tal definição é vinculativa e sujeita o administrador às responsabilidades civil e criminal, na hipótese de desvio de valores. Desta forma, os recursos públicos, como elementos financiadores do ensino público e também do ensino privado, nas hipóteses definidas em lei, são de importância inquestionável no desenvolvimento da educação.

Por fim, a Universidade, em especial a Universidade Pública, está inserida em profundas contradições, decorrentes dos novos papéis sociais assumidos por ela. A reflexão apresentada no texto indica que o futuro da universidade pública, no Brasil, está em uma profunda reflexão sobre as suas funções, limites, campos de atuação, financiamento público, enfim, está além do entendimento jurídico Constitucional. Por certo que a Constituição e os princípios do ensino público são guias na interpretação e na definição de políticas para as universidades, mas

a forma de realização dessas políticas implica um debate público mais amplo, sem o qual a universidade pública talvez esteja muito próxima do seu fim como instituição pública que garante a igualdade de oportunidades para o acesso aos níveis mais altos do ensino, da pesquisa e da extensão.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1997.
- ARMIÑAN, Alfredo Pérez. *Lei organica de Reforma Universitária. Trabajos Parlamentarios*. Madrid: Cortes Generales, 1984, p. 983.
- ARRUDA JR, Edmundo Lima. *Direito Moderno e Mudança Social. Ensaio de Sociologia Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. *Direito e Século XXI. Conflito e Ordem na onde neo-liberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais inconstitucionais?*. Tradução portuguesa por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Constitucional*. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 174.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. A Constitucionalização da autonomia universitária. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 4, jul/set 1993, p. 13-22.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho. 9º ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 3º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução portuguesa por Alfredo Fait. 4º ed. Brasília: Editora UNB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7º ed. São Paulo: Malheiros.
- _____. O método tópico de interpretação Constitucional. *Revista de Direito Público*. São Paulo nº 98, abril/junho 1991, p. 5-11.
- CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Direito Econômico*. 2º ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.
- CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na ciência do Direito*. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- _____. *Direito Constitucional*. 6º ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, Rosita Edler. Removendo Barreiras para a aprendizagem. *Salto para o Futuro: Educação Especial: tendências atuais*. Brasília: Ministério da Educação, SEED, 1999, p. 59.

- CANEVACCI, Massimo.(org.) *Dialética da Família*. Tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. As restrições à criação de novos cursos superiores e a sua aplicação às Universidades reconhecidas e, especialmente, às Universidades Públicas Estaduais. Limites da atuação normativa da União em matéria de diretrizes e bases da educação nacional. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, nº 7, dez/1995, p. 1067.
- _____. *Fidelidade Partidária. Estudo de Caso*. Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. A teoria Constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática Constitucional emancipatória). *Uma vida dedicada ao direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Professores Estrangeiros. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 97, jan/mar. 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Contratação de Professores estrangeiros perante a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 97, jan/mar. 1991.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Tradução para o espanhol por Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 13 – out/set, 1995, p. 03-10.
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 29/40, junho 1988.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia. Saberes necessários à prática educativa*. 13º ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- GARCIA, Maria. Professores estrangeiros – Contratação pela Universidade Pública, *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 97, jan/mar. 1991.
- _____. A autonomia universitária e os encargos previdenciários (aposentadorias). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 8, jul/set, 1994, p. 170-173.
- GENRO, Tarso. *O Futuro por Armar. Democracia e Socialismo na era globalitária*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GOFFREDO, Vera Lúcia Flôr Sénéchal de. Educação: Direito de Todos os Brasileiros. *Salto para o Futuro: Educação Especial: tendências atuais*. Brasília: Ministério da Educação, SEED, 1999, p. 29.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis S. Da interpretação especificamente Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 128 out/dez, 1995, p 255-259.
- HABERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Tradução portuguesa por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HERKENHOFF, João Batista. *Constituinte e Educação*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução portuguesa por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- _____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução espanhola por Pedro Cruz Villalon. 2º ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Concessão de serviços públicos e princípio da legalidade. *GENESIS. Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, julho/setembro de 1997, p. 644-654.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução portuguesa por Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução portuguesa. 2º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil. Desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- LIRA, Ricardo Pereira. Missões da universidade: a reforma agrária e a reforma urbana. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, nº 30, 1998, p. 257-270.
- LI BASSI, Antonino Pensovecchio. *Interpretazione costituzionale e legislazione costituzionale*. 2º ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 5º ed. Madrid: Ed. Tecnos.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo e Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar o direito na atualidade*, Florianópolis, 1997. Trabalho de Conclusão do Bacharelado em Direito – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

- _____. *A influência da Tópica na interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998. Trabalho de Conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.
- _____. *Acerca da Legitimidade do Controle da Constitucionalidade*. Curitiba, 1999. Trabalho de Conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.
- _____. O processo judicial como garantia do não direito. A hipótese de servidor público transferido *ex officio* e o ingresso na Universidade Pública. *O Estado do Paraná*, Curitiba, 13 de junho de 1999, caderno direito e justiça, p. 3.
- MARQUES, Floriano Azevedo. O choque de direitos e do dever de tolerância: os direitos fundamentais no limiar do século XXI. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 9, out/dez. 1994, p. 35-41.
- MARTINS, Adriano Kalfelz. Dos Efeitos das Normas Constitucionais Programáticas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 715, maio de 1995, p. 7-15.
- MEIRIEU, Philippe. Relatório Meirieu: para a reforma do ensino médio da França. Tradução portuguesa por José Adelmo Guimarães. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 16º ed. atualizada por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão: Cláusula Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua superação. *Revista AJURIS. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nº 60, março 1994, p. 249-254.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Madrid, nº 27, set-dec 1989, p. 119.
- _____. Concepções Modernas e a Interpretação dos direitos humanos. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Foz do Iguaçu, 4 a 8 de setembro de 1994, p. 104.

- NACARATO, Eliete de Souza Ferreira. O alcance da autonomia de gestão financeira e patrimonial da Universidade, fundada no artigo 207 da Constituição Federal. *Estudos e Pareceres Jurídicos – Unesp*, São Paulo, vol. 4, jan/dez 1993, p. 37-40.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução portuguesa por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
- OCCHIOCUPO, Nicola. *Liberazione e Promozione umana nella costituzione. Unitá di valori nella pluralitá di posizioni*. Milano: Dott A. Giuffré Editore, 1995.
- PACE, Alessandro. *La causa della rigidità costituzionale*. 2º ed. Padova: Cedam, 1996.
- PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?*. Tradução portuguesa por Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.
- PINHEIRO, Paulo Roberto Dib. Transferência de aluno em curso de graduação da UNESP e a não-incidência da Lei nº 7.037/82. *Estudos e Pareceres Jurídicos*, Unesp Assessoria Jurídica, São Paulo, vol. 4, jan/dez 1993, p. 26.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3º ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RANIERI, Nina. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.
- _____. A autonomia universitária e a contratação temporária de excepcional interesse público. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 3, abr/jun 1993, p. 86.
- REALE, Miguel. Regime Jurídico das Universidades Brasileiras. In. *Questões de Direito*. 1º ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 93).
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 1982.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- TRIGUERO, Michelangelo Giotto Santoro. *Universidades públicas. Desafios e possibilidades no Brasil contemporâneo*. Brasília: Ed. UNB, 1999.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça co-edição com EdUNB, 1979.
- WEBER, Max. *Sobre a Universidade*. Tradução portuguesa por Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez, 1989.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa ômega, 1994.